

RICARDO ARREDONDO / JULIO BARBOZA / CLAUDIA GASOL VARELA /
TOMAS GUISADO LITTERIO / TAMARA G. QUIROGA /
N. GLADYS SABIA DE BARBERIS / EDUARDO VALENCIA-OSPINA

REFLEXIONES SOBRE TEMAS DE LA CDI EN HOMENAJE A SU 70° ANIVERSARIO



CARI /

CONSEJO ARGENTINO PARA LAS
RELACIONES INTERNACIONALES

REFLEXIONES SOBRE TEMAS DE LA CDI EN
HOMENAJE A SU 70º ANIVERSARIO

REFLEXIONES SOBRE TEMAS DE LA CDI EN
HOMENAJE A SU 70º ANIVERSARIO

EDUARDO VALENCIA-OSPINA / JULIO BARBOZA /
RICARDO ARREDONDO / CLAUDIA G. GASOL VARELA /
TOMÁS GUIADO LITTERIO / TAMARA G. QUIROGA /
N. GLADYS SABIA DE BARBERIS

Reflexiones sobre temas de la CDI en homenaje a su 70° aniversario / Eduardo Valencia-Ospina ... [et al.].-

1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI, 2019.

214 p.; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-1558-24-7

1. Derecho Internacional. I. Valencia-Ospina, Eduardo.

CDD 341

*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, 2019

Uruguay 1037, piso primero

C1016ACA Buenos Aires, Argentina

Teléfono 4811-0071 al 74

Comité de referato: Julio Barboza, Alberto Davérède, Silvina González Napolitano y Paula Vernet

Diseño de tapa: *Noelia Oliveri*

Diagramación y corrección: *Marcelo Iglesias*

Prohibida su reproducción total o parcial

Derechos reservados

ÍNDICE

70º Aniversario de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) <i>Eduardo Valencia-Ospina</i>	9
La Comisión de Derecho Internacional <i>Julio Barboza</i>	17
El daño en la responsabilidad internacional <i>Julio Barboza</i>	29
La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del estado <i>Ricardo Arredondo</i>	47
Las organizaciones internacionales y el arreglo jurisdiccional de controversias <i>N. Gladys Sabia de Barberis</i>	85
El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas para el establecimiento de una jurisdicción internacional penal permanente (¿e independiente?) <i>Tamara G. Quiroga</i>	125
Tratados celebrados por sujetos de derecho internacional distintos de estados u organizaciones internacionales <i>Tomás Mariano Guisado Litterio</i>	159
La Comisión de Derecho Internacional y su legado en materia de derecho consuetudinario. Desde los medios de hacer más asequible su documentación, a los métodos de identificación <i>Claudia G. Gasol Varela</i>	173

70° ANIVERSARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI)*

*Eduardo Valencia-Ospina***

Señoras y Señores:

Deseo ante todo expresar a mi nombre, y en el de la Comisión de Derecho Internacional (la CDI) que tengo el honor de presidir, nuestro reconocimiento al Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales –CARI– por la invitación que se me hiciera para tomar la palabra en esta solemne sesión por la que el CARI se asocia a la conmemoración del 70 aniversario de la CDI.

Agradezco en particular a la Directora de su Instituto de Derecho Internacional, profesora Gladys Sabia de Barberis, por esta feliz iniciativa, y a la distinguida concurrencia por su presencia en este acto. Se me ha brindado así la oportunidad excepcional de dirigirme a devotos del Derecho y las Relaciones Internacionales, incluyendo reconocidos internacionalistas argentinos, entre quienes logro identificar un buen número de colegas y amigos de vieja data.

De éstos, quien me acompaña en la Tribuna –el Embajador Julio Barboza– merece especial mención. Habiendo sucedido como miembro y Presidente de la CDI al Embajador José María Ruda, conforma con éste último y el Embajador Enrique Candiotti, también ex-Presidente, el triunvirato de eminentes juristas argentinos que ha hecho parte de la Comisión durante sus setenta años de existencia.

La celebración de un aniversario es ocasión propicia para el recuerdo. Por ello permítanme invocar los estrechos lazos de amistad que por varias décadas me han unido a los tres distinguidos argentinos que he mencionado. En primer lugar, con quien ya no está con nosotros, José

* Intervención del Doctor Eduardo Valencia-Ospina en la sesión académica “70° Aniversario de la creación de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)”, realizada en el CARI el miércoles 27 de marzo de 2019.

** Presidente de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

María Ruda, cuyo ejemplo, desde el inicio de mi vinculación al Servicio Jurídico de las Naciones Unidas en Nueva York, guiara los pasos en la carrera profesional de internacionalista que he seguido en los ámbitos de la Comisión y de la Corte Internacional de Justicia. Y con Julio Barboza y Enrique Candioti, a quienes tuve el privilegio de conocer cuando hacían parte del equipo de juristas que defendió los intereses de la Argentina contra Chile en el caso del Canal del Beagle, ante un Tribunal Arbitral constituido en Ginebra, la sede de la Comisión. Una vez que fueron elegidos ellos miembros de la CDI, nuestra amistad se nutrió en las salas y corredores del Palais des Nations en donde coincidimos, en mi calidad de integrante de la Secretaría de la Comisión en relación con Julio, y posteriormente como miembro y Relator Especial de la misma en relación con Enrique. He tenido pues la fortuna de haber podido admirar y disfrutar de cerca la invaluable contribución de estos tres ilustres argentinos al fortalecimiento del Derecho Internacional en las relaciones internacionales, con la que han impreso una marca indeleble en su historia.

Porque la Historia, por supuesto, es creada por seres humanos, no por entidades abstractas. La autoridad atribuida al papel que la Comisión ha jugado a lo largo del tiempo y la relevancia de los resultados de sus labores, reposan en última instancia en el reconocimiento generalmente extendido hacia las mentes de los gigantes intelectuales de todo el orbe que, tal como lo hicieron Ruda, Barboza y Candioti, han recorrido los pasillos del Palais des Nations en ejercicio de su noble oficio. Es ésta la dimensión humana de la Comisión. Podemos caracterizarla como el coro que ha articulado la producción de la Comisión con el transcurso del tiempo. A pesar, o quizás debido a su pluralidad, diversidad y, con frecuencia, divergencias, todos ellos han dado en alguna medida su aporte a crear la voz colegiada de la Comisión, una de sus más sobresalientes características. Los métodos de trabajo de la Comisión han sido diseñados para que el producto final sea siempre plural y mayor que la suma de sus partes: es el destilado, la síntesis de las opiniones de muchas grandes mentes jurídicas que trabajan por un objetivo común.

Pero el trabajo de la Comisión no se realiza en el marco cerrado de una torre de marfil. Por el contrario, se fundamenta en la práctica de los Estados, los que participan activamente en las diversas etapas del proceso de desarrollo progresivo y codificación del Derecho

Internacional, función encomendada por el Artículo 13, 1 (a) de la Carta de las Naciones Unidas a la Asamblea General, y para el cumplimiento de la cual ésta creara la Comisión como su órgano subsidiario permanente.

La estrecha relación entre los dos órganos se manifiesta sobre todo en las resoluciones periódicamente adoptadas por la Asamblea General, resultado de la consideración que en cada una de sus sesiones ordinarias le da la Sexta Comisión a los informes sometidos anualmente a ella por la CDI. En tales informes, setenta de ellos hasta el momento, se encuentra plasmada la trascendental contribución hecha por la CDI a lo largo de su existencia al desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional. Esos setenta informes son la mayor prueba de la manera constructiva y eficaz como la Comisión ha sabido desempeñar la tarea que le asignara la Asamblea.

Los múltiples e influyentes resultados sustantivos a que ha llegado la CDI en su larga e ingente labor sobre diversos temas no requieren recapitulación en esta corta intervención. Baste con destacar que la Comisión se ha ocupado de las tres fuentes principales del Derecho Internacional mencionadas en el Artículo 38, párrafo 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De ello dan fe su proyecto definitivo sobre el Derecho de los Tratados, que sirvió de base para la elaboración de la Convención de Viena de 1969. Este trascendental instrumento, refrendado por la casi unanimidad de los Estados Miembros, ha servido de fecunda fuente de inspiración a la CDI para emprender su estudio autónomo acerca de una docena de temas derivados de la Convención o estrechamente relacionados con ella. Asimismo, el proyecto definitivo de Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario, la segunda de las Fuentes principales, adoptado durante el anterior período de sesiones en 2018. Y la tercera fuente, los Principios generales del Derecho, que fue materia inscrita en 2017 en el Programa de Trabajo a Largo Plazo de la Comisión y añadida el año pasado a su Agenda Corriente, con el correspondiente nombramiento de un Relator Especial.

Es también apropiado resaltar aquí cuál ha sido el rendimiento de la Comisión en relación con los temas incluidos en su Programa a Largo Plazo. Desde su primer período de sesiones en 1949 la Comisión

configuró un Programa de catorce temas, escogidos de la lista de veinticinco posibles enumerados en el célebre “Memorando Lauterpacht”. De ellos, la Comisión solamente no se ocupó de uno. A la lista de 1949 se han añadido con el transcurso de los años 44 temas más, de los cuales están siendo considerados activamente los ocho que constituyen su Agenda Corriente. Exceptuando estos últimos, y ocho más que nunca estimó oportuno estudiar, la CDI ha presentado informes definitivos sobre todos los temas, salvo tres, incluidos en la lista inicial o agregados a ella. Al término de sus labores de este año, se espera que la Comisión someta a la Asamblea General informes definitivos sobre otro tema, y proyectos aprobados en primera lectura en dos más. Dados los avances logrados en los demás temas bajo su consideración, en dos de los cuales se aprobaron ya proyectos en primera lectura en 2018, le hubiera sido factible a la CDI hallarse cerca de agotar su Agenda Corriente cuando finalice en 2021 el mandato quinquenal de sus actuales miembros.

Sin embargo, la Comisión continuará entretanto en su tarea permanente de seleccionar los temas de que habrá de ocuparse en el futuro. En ese proceso, no deberá limitarse a temas tradicionales, como preponderantemente lo ha hecho en el pasado, sino que deberá considerar también temas que reflejen las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del Derecho Internacional y las preocupaciones urgentes de la comunidad internacional en su conjunto, conforme al cuarto de los criterios adoptados en 1998 para la selección de temas. Al respecto es altamente significativo que, de conformidad con el Artículo 17 de su Estatuto y en respuesta al llamado que hiciera en su informe de 2017, la Comisión recibió de un Estado Miembro la petición formal de inscribir en su Programa de Trabajo un novedoso tema, que responde a una necesidad apremiante del importante sector de la comunidad internacional a que ese Estado pertenece, petición que fue atendida el año pasado con su inscripción en el Programa a Largo Plazo, con el patrocinio de cinco miembros de la Comisión. Es de esperar que dicho tema, intitulado “La Elevación del Nivel del Mar en relación con el Derecho Internacional” sea transferido a la Agenda Corriente de la Comisión en su período de sesiones de 2019, que habrá de empezar a fines del próximo mes de Abril.

De lo expuesto anteriormente se deduce claramente que la Comisión de Derecho Internacional ha cumplido y sigue cumpliendo con

creces la noble misión que le asignara la comunidad de naciones, fielmente representada en la Asamblea General. Sin embargo, la forma final que revistan los textos sometidos a la Asamblea en los informes definitivos de la Comisión, depende exclusivamente de la voluntad, primordialmente política, de la Asamblea, expresada en las resoluciones pertinentes que adopte siguiendo las recomendaciones de su Sexta Comisión.

Tradicionalmente la Comisión consideró que, en la mayoría de los casos, el principal objetivo de todos sus esfuerzos sobre un determinado tema debería ser la elaboración de un instrumento internacional que consagrara en forma vinculante los resultados de sus labores. Así lo consignó repetidamente en sus recomendaciones a la Asamblea General sobre la forma final a dar a sus proyectos definitivos. De hecho, el Artículo 20 del Estatuto de la Comisión solo contempla la preparación de proyectos en forma de artículos. Empero, la experiencia más reciente ha demostrado que esto no necesariamente es así en todas las circunstancias. La Comisión, cada vez con mayor frecuencia, ha emprendido y concluido su trabajo en proyectos redactados en términos de principios, directrices, conclusiones o simplemente un informe de un Grupo de Trabajo o de Estudio.

La anterior constatación fáctica no debe dar lugar a interpretaciones erróneas; el hecho de que le pueda dar una de las varias formas posibles a uno de sus proyectos definitivos de codificación y desarrollo progresivo, no significa que la Comisión estime que los tratados internacionales hayan llegado a convertirse en instrumentos obsoletos. A este respecto es altamente significativo que, recientemente, la Comisión haya, por consenso, explícitamente recomendado a la Asamblea General que el último proyecto a ella sometido en forma de artículos sea convertido en una convención multilateral. Así lo hizo en 2016 en lo referente al tema sobre el que tuve el honor de ser Relator Especial: la “Protección de las Personas en Caso de Desastre”. Y se espera que lo mismo sea también hecho en relación con el proyecto definitivo que se adoptará este año sobre los “Crímenes de Lesa Humanidad”.

El que la Comisión haya revertido de esta manera a su antigua práctica es altamente significativo. Dejarla de lado representó una trascendental concesión que la Comisión estimó conveniente hacer a fin

de conformarse con la renuente actitud que, de manera visible y cada vez más frecuente, ha demostrado la Asamblea General hacia la elaboración de convenciones internacionales que desarrollen progresivamente y codifiquen el Derecho Internacional sobre la base de los proyectos definitivos de la Comisión.

Una tal actitud se refleja fielmente en el hecho de que, a partir de 2004, vale decir, en los últimos quince años, ni una sola convención ha sido adoptada por la Asamblea, ni bajo sus auspicios, con base en alguno de los proyectos en los que la CDI ha plasmado, en forma de artículos, el fruto de su trabajo de desarrollo progresivo y codificación sobre un determinado tema. En los últimos dos decenios, la Comisión ha sometido a la Asamblea nueve proyectos definitivos sobre temas diversos, todos encaminados a servir eventualmente de base para la elaboración de convenciones internacionales codificadoras. A su turno, la Asamblea ha respondido sistemáticamente a las recomendaciones que en ese sentido le ha hecho la CDI, adoptando periódicamente, en general con intervalos de tres años, resoluciones sucesivas posponiendo, en un caso reciente casi *ad vitam aeternam*, su consideración y una decisión positiva sobre dichas recomendaciones. Este estado de cosas es altamente deplorable y exige una acción reparadora, eficaz e inmediata, por parte de la Asamblea General a través de su Sexta Comisión.

Como ha podido fácilmente comprobarse, la contribución de la Comisión de Derecho Internacional en sus setenta años de vida ha sido fundamental para el afianzamiento del imperio del derecho en las relaciones internacionales, permitiendo su evolución después de la Segunda Guerra Mundial de un esquema de confrontación a un esquema de cooperación. Ha sido éste un laborioso pero constructivo proceso de multilateralización el cual, no obstante, se pretende de forma alarmante subvertir hoy en día por parte de influyentes actores estatales en el concierto mundial, invocando una desfigurada noción de “interés nacional” en el ejercicio de su soberanía.

La Comisión ha desempeñado un papel preponderante en la construcción del edificio sobre el cual se asienta y funciona la comunidad internacional de la post-guerra. Dadas las preocupantes tendencias aislacionistas que han hecho reciente irrupción en el panorama internacional, hoy más que nunca se hace necesaria la

continuada realización de su vocación en pro del afianzamiento del derecho internacional, que sigue siendo el baluarte más firme para asegurar la supervivencia de una sociedad internacional que todas las naciones han ayudado a construir y de la cual todas se han beneficiado.

LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL*

*Julio Barboza***

1. La Organización de las Naciones Unidas tiene como objetivo fundamental el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

2. Uno de los pilares de cualquier sociedad es estar regida por un orden jurídico que le asegure la mejor convivencia.

3. Sin arriesgar un juicio de valor sobre el aporte de la ONU a la seguridad colectiva creo que la paz mundial fue mejor resguardada por otros mecanismos durante los años de la Guerra Fría que por nuestra organización global.

4. En cambio su contribución al derecho internacional fue notable a través del artículo 13, 1) (a) de la carta que le manda propiciar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho de gentes.

5. La Asamblea General creó un órgano auxiliar para que la ayudara a cumplir con ese mandato: la Comisión de Derecho Internacional, que este año cumple los setenta de su fundación.

6. Ahora bien, por qué le encomiendan la codificación? Porque el derecho internacional era básicamente consuetudinario, ya que la normatividad emanada de tratados multilaterales sólo apareció tardíamente.

7. En cuanto al desarrollo progresivo, la Comisión terminó con un método consolidado para ambas finalidades, sin duda porque no pudo encontrar una clara línea de separación entre ambas.

* Intervención del Embajador Julio Barboza en la sesión académica “70º Aniversario de la creación de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)”, realizada en el CARI el miércoles 27 de marzo de 2019.

** Embajador. Ex Consejero Legal, Cancillería argentina. Ex Miembro de la Comisión de Derecho Internacional, ONU. Ex Juez del Tribunal Administrativo, ONU. Consejero del CARI.

8. La codificación resulta inseparable del desarrollo progresivo. Ya la tarea de convertir la costumbre en derecho escrito implica una operación mayor. El profesor Jennings nos decía que la diferencia entre codificación y desarrollo, si de veras existe, es más de grado que de especie.

9. El artículo 15 del estatuto de la CDI dice que se trata de formular con mayor precisión y sistematizar las normas consuetudinarias y arreglarlas según los temas, lo que lleva ineludiblemente a actualizar normas en desuetudo o debilitadas y a introducir otras surgidas de los cambios en la realidad internacional.

10. La costumbre es fragmentaria y a veces ambigua, como ambiguo puede ser el significado de los actos humanos que componen su urdimbre.

11. Rellenar sus intersticios, completar sus cortedades y agregar una propuesta de desarrollo progresivo es la tarea de la Comisión.

12. Villiger opina que la codificación no equivale a una mera declaración de ese derecho consuetudinario ni respeta enteramente las normas de la costumbre que constituyen su materia prima. Agrega que la costumbre es por naturaleza algo vaga e imprecisa.

13. No sería deseable, por ende, copiarla exactamente.

14. Lauterpacht agrega, en vista de estas circunstancias, que la codificación es por naturaleza, legislativa.

15. A ese respecto, es cierto que el prestigio de la Comisión es grande, e influye sobre pronunciamientos de las mayores autoridades de la comunidad internacional (cortes, tribunales y otros órganos), pero ello también se debe al respeto de la Comisión por el derecho establecido y por el peso de las corrientes doctrinarias prevalentes.

16. Hay en doctrina un valor sobreentendido: completada la etapa de transformación de la costumbre al *jus scriptum* en forma de

tratado firmado y ratificado por un cierto número de estados ya la codificación está terminada y se pasa a otra cosa.

17. Que tal noción sea aceptada sin mayor crítica es algo extraordinario: un tratado por multilateral que sea no deja de ser derecho internacional particular y aplicable sólo entre los estados miembros.

18. Si la codificación consistiera solamente en eso, sus resultados serían notablemente magros.

19. Las convenciones propuestas por la ONU duran largos años: la Asamblea General no tiene efectivo poder legislativo y tras ser lanzadas a su utilización por la comunidad las normas de los tratados su aceptación no es instantánea ni mucho menos.

20. En un seminario que se realizó en la Asamblea General en ocasión del 50 Aniversario de la Comisión (1999) se dijo que de las 15 convenciones realizadas hasta ese momento, 10 habían entrado en vigor y sólo 2 podían reclamar aceptación universal: las diplomáticas y consulares.

21. Había otras intermedias, como la de prevención y castigo de los crímenes contra personas internacionalmente protegidas de 1973, que había llegado a tener 90 estados partes, y la de derecho de los tratados entre estados de 1969, que ostentaba 77 miembros. La de misiones especiales de 1969 apenas alcanzaba los 30 miembros.

22. Realmente, sorprende saber que una pieza maestra del derecho internacional contemporáneo como la Convención de Derecho de los Tratados, que entró en vigor en 1980 contaba, tras cinco años de su sanción, con menos de la mitad de los miembros de la comunidad internacional de entonces.

23. Más aún, sorprende la afirmación de Villiger según quien, tan tarde como 1949, no había ninguna rama del derecho de los tratados libre de dudas mientras que poco después de su entrada en vigor, la comunidad internacional vino a contemplar sus textos como declaratorios de la costumbre universal.

24. Y eso, sigue Villiger, sólo puede atribuirse al ímpetu de la convención misma, ímpetu que le imprimió la Comisión cuyo año Aniversario comentamos hoy.

25. El ciclo de la codificación es: de la costumbre al derecho escrito, del derecho escrito a la costumbre. Y agregar: a una costumbre perfeccionada y escrita, como es la nueva costumbre que descubrió el talento jurídico del maestro Abi Saab en Ginebra.

26. Volviendo ahora a nuestra Comisión de Derecho Internacional, querría decir dos palabras sobre los diálogos que jalonan su proceso interno, que son varios.

27. Dentro de la Comisión, el primer diálogo se entabla entre el relator especial del tema y el plenario de la Comisión, el segundo entre la Comisión y el Comité de Redacción.

28. De paso, pintaré un par de aguafuertes sobre esas dos instituciones.

29. Ser relator especial de un tema es un alto honor que se dispensa a quienes tienen un conocimiento especial de sus recovecos y cierta fama en los círculos académicos, amén de capacidad para guiar a los otros miembros en la redacción de textos que puedan ser bien recibidos entre los doctrinarios.

30. El relator especial presenta informes sucesivos sobre los diferentes aspectos de su tema, en forma de artículos y comentarios, que sustentan los debates del plenario.

31. Como contrapartida, el relator especial es quien recibe las críticas implacables de los miembros motivadas por la personal visión que tienen del tópico y que son variadas y reflejan a veces intereses de sus países diferentes de los del relator especial.

32. Finalmente se llega a textos consensuados y éstos se envían al Comité de Redacción donde se produce el segundo diálogo anunciado más arriba.

33. Dos palabras sobre este Comité. En primer lugar, que su nombre es engañoso, porque está lejos de reducirse a un grupo preocupado por los puntos y comas de los textos que se le someten.

34. Este grupo, abierto a miembros que no forman parte de su nómina y que acuden según los temas que se traten, es el corazón mismo de la Comisión.

35. Sus debates son informales y ágiles: los del plenario simples declaraciones de la posición de los miembros que reproducen, por lo general, las de sus respectivos países.

36. Los Comités de Expertos de las Naciones Unidas reclaman que no pueden sus miembros recibir instrucciones de sus gobiernos, pero ya sea que efectivamente las reciban o que las compartan sin recibirlas, sus declaraciones terminan siendo muy parecidas.

37. En el Comité de Redacción hay transacciones y cambios y siendo abierto a la intervención de todos los miembros se reflejan allí todos los intereses existentes respecto a los ítems del temario.

38. Finalmente, el informe vuelve al plenario y este normalmente lo aprueba *in totum* o con muy pequeñas modificaciones y este texto va a la Asamblea General, donde se produce el último diálogo en el que participa la Comisión, y externo a su ámbito.

39. O semi externo, porque muchos de los estados cuyos miembros tuvieron parte activa en los diálogos anteriormente comentados van a integrar la delegación de su país a la sesión de la Asamblea General.

40. En todo caso, la Asamblea General zanja todas las cuestiones en su resolución final, en la que establece prioridades para el trabajo futuro de la Comisión y hace recomendaciones.

41. El último diálogo se produce entre la Asamblea General y la Comunidad Internacional, a través de los estados que la constituyen.

42. Nuestro país tuvo en los 70 años de existencia de la Comisión tres miembros, los tres embajadores, en el siguiente orden sucesivo: Jose María Ruda, yo mismo y Enrique Candioti. En el presente nuestro país carece de representación, lo cual es lamentable.

43. Los tres fuimos presidentes de la Comisión en algún momento. En lo que a mí respecta tuve el honor y el suplicio de ser Relator Especial en un tema espinoso que me mantuvo muy ocupado durante los once años que duró mi intervención, de los 18 años que duró mi mandato: la llamada “liability”, o sea una responsabilidad por riesgo que no existía en el derecho internacional general.

44. Era un tema nuevo que miraban con escasa simpatía los países industrializados. Era también un tema de responsabilidad pero no por infracción a una obligación internacional, sino por el daño producido por una actividad peligrosa, pero lícita que el estado de origen y el derecho internacional no prohibían porque su utilidad era superior a su riesgo y porque prohibirlas paralizaría el progreso que la tecnología moderna ha traído a la sociedad de estados en su conjunto.

45. En suma, se trataba de una regulación del riesgo en las sociedades modernas que conviven con él.

46. Los estados más importantes del planeta prefieren mantener su libertad para afrontar caso por caso el problema del riesgo, que afecta actividades como la nuclear, el manejo de residuos peligrosos, la extracción petrolera, el transporte de petróleo por mar, la contaminación transfronteriza de la agricultura y ganadería, la calefacción doméstica, el tránsito automotor y todo lo que constituye la aplicación de la tecnología moderna a actividades de nuestra vida cotidiana.

47. Hasta ahora algunas de estas actividades son cubiertas por tratados multilaterales específicos, pero ninguna regulación general proporciona los principios que deben regirlas.

48. Además, la soberanía estatal interfiere con la regulación jurídica general.

49. Si ya la responsabilidad por infracción a las obligaciones legales motivó una reticencia de las grandes potencias que obstaculizó el proyecto de responsabilidad por hecho ilícito, es de imaginar la reticencia de esas mismas potencias hacia reglar actividades permitidas por el derecho internacional aunque peligrosas que se desarrollan en su territorio.

50. El consenso en la Comisión como en la doctrina era que no existía en el derecho internacional general norma alguna que impusiese obligación cierta a los estados de origen de una actividad de riesgo de indemnizar los daños originados en tales actividades.

51. En realidad había en la Comunidad Internacional una gran negociación pendiente de tipo legislativo que conciliara los dos aspectos de la soberanía estatal.

52. Que como el Dios Jano de la mitología romana tenía dos caras: una mirando al interior que protegía la total libertad de actuar a los estados dentro de su territorio y otra –defendida por el gran Juez Huber–, que miraba hacia fuera del territorio y que daba a los estados el derecho de que no se llevase el peligro y eventualmente el daño a su propio y sagrado ámbito territorial por actividades externas.

53. La Comisión estaba dividida respecto al fundamento del tema, tanto que afrontó una tentativa seria de terminar con él una vez que la Comisión finalmente separó los artículos referentes a la prevención, bajo un nuevo título.

54. La prevención trabajaba con normas primarias creadoras de obligaciones cuya violación engendraba responsabilidad por hechos ilícitos, mientras el tema lo era por hechos lícitos.

55. Allí entraba con legitimidad la noción de “debidamente diligencia”: si el explotador de una actividad semejante omitía alguna de las medidas necesarias para impedir el evento dañino.

56. Estábamos en la concepción del derecho romano del guardián de una fiera que por su descuido originaba algún daño. Era responsable.

57. Lo que distaba de ser una novedad en el siglo XX en que nos encontrábamos.

58. El título original del tópico era “Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional”. Al separarlo se le cambió por “prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”. O sea que si un estado no cumple con alguna de las obligaciones que el texto considera que deben cumplirse se aplican las reglas generales de la responsabilidad.

59. Pero puede suceder que el estado cumpla de buena fe con dichas obligaciones, y no obstante el daño se produzca, en cuyo caso se aplican los principios del tema: principios sobre asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

60. Se trata de una responsabilidad sin culpa y de una indemnización pronta, para que la actividad peligrosa pero útil no sufra interrupciones indebidas.

61. Su monto no necesita ser “in integrum restitutum” sino simplemente tener en cuenta que el estado responsable puede ser, en cierta medida, también una víctima más que un infractor.

62. Había que enunciar los principios para la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

63. Para responder a su intención de “allocation of loss” la responsabilidad puede recaer sobre personas distintas del explotador por estar en mejores condiciones de afrontarla, por ejemplo el o los que comercializan la actividad o que en otra forma se benefician con ella, aunque nada tenga que ver con el incidente que provocó el daño.

64. El riesgo forma parte de un “continuum” con el daño: el riesgo es daño en potencia, el daño es riesgo en acto: no existe por sí solo: riesgo sin daño eventual no es riesgo a tener en cuenta por el derecho. Daño sin riesgo establecido previamente no es daño objeto de

una responsabilidad por riesgo. Como dije en uno de mis informes, en la responsabilidad por riesgo el daño responde a una predicción anterior de que podría suceder.

65. El riesgo engendrado por una actividad humana significa que el daño puede ocurrir, pero también que el daño puede no ocurrir.

66. Crear un riesgo real puede ser objeto de sanciones, incluso penales, aunque no se produzca daño alguno, como sucede universalmente con el exceso de velocidad de un automóvil, por ejemplo.

67. Un buque de guerra (art. 110, CONVEMAR) puede ejercer el derecho de visita “at its own risk”.

68. En algunas doctrinas un riesgo de inminente ataque armado puede originar un derecho de legítima defensa preventiva, o en otras crear un estado de necesidad.

69. Una conducta peligrosa está siempre al borde de la ilegalidad: se ha dicho que las actividades de riesgo pertenecen a una zona gris entre legalidad e ilegalidad.

70. La probabilidad de que ocurra el daño habilita el principio de *naeminem laedere*: un estado no tiene derecho a causar un daño a otro estado (*trail smelter, corfu channel*). El aspecto activo de la soberanía está limitado por el derecho soberano del estado afectado a no sufrir daños en su propio territorio.

71. El riesgo es tolerado bajo ciertas condiciones que equilibren los intereses en presencia.

72. La prevención es una de ellas pero aunque necesaria no es suficiente. Es admitido que aún la prevención más diligente deja un margen de daño posible, particularmente en actividades tecnológicamente complejas.

73. Existe un umbral de daño tolerado por la sociedad. Pero en caso de excederse, algo más es necesario si se produce el daño, o sea, la indemnización.

74. La responsabilidad propiamente dicha requiere una conducta ilegal para funcionar; las actividades peligrosas son legales si cumplen todas las condiciones requeridas.

75. Tal es el fundamento del tema.

76. Para terminar, una apreciación general sobre los proyectos de la CDI a este respecto.

77. Separar “liability” de “prevención” parece correcto si mantienen vigencia los dos y no solamente uno, porque se complementan.

78. La responsabilidad por riesgo es necesaria dados los peligros de la vida moderna.

79. Esta responsabilidad es muy distinta de la otra: no hay hecho ilícito ni culpa de nadie. El daño viene de un acontecimiento adverso que afecta a una comunidad de personas y debe ser reparado.

80. La reparación puede asignarse al personaje mejor ubicado para cargar con ella, porque puede trasladarla a los precios, o tiene mayor solvencia, o puede ser distribuida entre varias entidades relacionadas con la industria, o mediante la creación de fondos o de otras formas como se ha hecho en varios de los muchos tratados que regulan actividades de riesgo.

81. En actividades ultra peligrosas como la nuclear, el Tratado de París provee por fondos públicos si los seguros contratados no alcanzan para reparar el daño.

82. Para satisfacer a los estados eventualmente contaminadores, que fueron los que más obstaculizaron una consideración objetiva del tema en la CDI el proyecto contiene principios generales que no obligan a los estados mediante la palabra inglesa “should” en lugar de “shall”.

83. Esto hace que no haya un verdadero desarrollo progresivo del tema. Boyle critica el proyecto porque dice que retrocede con la práctica existente. En efecto, además del número importante de tratados existentes no se registran casos en que hayan quedado sin alguna respuesta a daños creados por actividades peligrosas, incluso pagos *ex gratia* u otros cambios resultantes de negociaciones entre los países interesados.

84. Por otra parte, es muy práctica la suscripción de tratados que cubran actividades específicas porque así se tienen en cuenta particularidades de los riesgos existentes y se pueden crear organismos que tomen las medidas más adecuadas para la prevención del riesgo y para el asesoramiento de métodos que la cambiante tecnología aconseje.

85. Con esto pongo fin a mi participación en este homenaje que se rinde a la Comisión. He pensado que una incursión al trabajo interno de ese importante Órgano era apropiada para trasladar al oyente al taller mismo de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Muchas gracias.

EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

*Julio Barboza**

SUMARIO: I. Introducción. II. Responsabilidad ¿equivale a “obligación de reparar”? III. El daño moral en el derecho internacional. IV. El daño jurídico. V. Reparación y punición. VI. La punición, ¿se cuela de rondón? VII. ¿Y la “vuelta a la legalidad”?

I. Introducción

Según la definición contenida en el Art.1 del Anexo a la Resolución AGNU 56/83:

“Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

Tan espartana redacción es notable por lo que dice pero mucho más por lo que calla. No hay mención del daño.

Se atribuye a Ago haber prescindido del daño. En todo caso, no en su enfoque originario de la responsabilidad. Ago naturalmente prescinde explícitamente del daño material, herencia del enfoque anterior¹ (responsabilidad por tratamiento a extranjeros en territorio nacional) con que se había encarado la codificación de la responsabilidad, pero advierte que la violación del derecho subjetivo de un Estado es ya una forma de daño, aunque lo limitaba al causado al derecho subjetivo del Estado lesionado por la violación, en armonía con el concepto bilateral de la responsabilidad entonces prevaleciente. Consideraba Ago que “la mera violación de un compromiso de un Estado hacia otro, toda lesión de un derecho subjetivo de ese otro Estado es en sí misma un perjuicio, material o moral, para ese Estado. Como Anzilotti

* Embajador. Ex Consejero Legal, Cancillería argentina. Ex Miembro de la Comisión de Derecho Internacional, ONU. Ex Juez del Tribunal Administrativo, ONU. Consejero del CARI.

¹ “La esencia misma de las obligaciones ‘primarias’ del Estado en materia de condición de los extranjeros es el deber de no ocasionarles daños indebidamente. Es evidente que, si la obligación misma se define así, no cabe ninguna violación de ella cuando, concretamente, el particular extranjero no haya sufrido ningún daño.” *Anuario* 1978, vol. II, 2a parte. P. 269.

lo indicaba ya en su primera obra consagrada a la materia, la razón de ser de la responsabilidad internacional viene de la violación del derecho de otro Estado y toda violación de un derecho es un daño”². Sólo que concibe solamente dos categorías de daño: el material y el moral e incluye el daño a un derecho subjetivo del Estado dentro del daño moral, cosa que otros juristas han también hecho. Pero ya anunciaba el ensanche de la responsabilidad cuando mencionaba las nuevas relaciones creadas por el incumplimiento de una obligación internacional como “todas las formas de relaciones legales que pueden establecerse en el derecho internacional por el acto ilícito de un Estado”³ (Traducción nuestra). Hoy debería extenderse, en caso de obligaciones *erga omnes* o *erga omnes partes*, para cubrir intereses colectivos de la comunidad internacional en su conjunto o de un grupo de Estados, respectivamente.

La versión 2001 es diferente. La Comisión finalmente decidió que el daño material o moral fuera un elemento de la responsabilidad solo si tal fue así decidido por la norma primaria, pero la noción del “daño jurídico” como un daño implícito e inevitable elemento de la responsabilidad fue descartada totalmente.

La Comisión, en su comentario al Art. 2, finalmente, dice que “el daño a otro Estado no es requisito previo necesario de la responsabilidad...”. El requisito del daño a otro Estado o de la culpa depende de la obligación primaria. No hay regla general al respecto. “Da el ejemplo de un Estado que se encontrara en la obligación contractual de dictar una ley uniforme. Tal obligación se violaría por la mera omisión de actuar y no sería necesario para otro Estado parte en el tratado señalar ningún daño específico sufrido como consecuencia de esa falla”⁴.

² ‘Second Report on State Responsibility’ (Doc.A/CN.4/233), para 19. La Comisión lo seguía. Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of its twenty-seventh session’ (Doc.A10010/Rev.1) YILC, 1975, ii, 47-187, at 55, para. 40.

³ “*Toute violation d’un engagement envers un autre État, toute lésion d’un droit subjectif de cet État est, en elle-même un préjudice, matériel ou moral, pour cet État. Ainsi qu’Anzilotti l’indiquait déjà dans son premier ouvrage consacré à la matière, la responsabilité internationale tire sa raison d’être de la seule violation du droit d’un autre État et toute violation d’un droit est un dommage.*” A/CN.4/233, Annuaire 1970, vol. II.

⁴ James Crawford *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, p. 84. Sin embargo, cuando se ocupa de la

El daño está también ausente en el famoso pasaje de la opinión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica de Chrozów*⁵, en el que sólo se mencionan la violación y la obligación de reparar.

Dailler y Pellet llegan a decir que en caso de que no hubiera daño ni material ni moral, habría entonces una responsabilidad “platónica”⁶.

Bedjaoui, por el contrario, parece dar en el clavo: con esta omisión, la CDI ha abierto la puerta para que entre una concepción mucho más vasta del daño, esto es, el daño hecho al derecho subjetivo del Estado lesionado y *quizá también a otros tipos de daño*. Trata de esa manera de señalar la frivolidad de la explicación anterior, y pone de manifiesto que si no hay reparación no habría responsabilidad, ni platónica ni aristotélica.

‘Legal injury’ or ‘damage’ se entendía como el daño causado al derecho subjetivo del Estado lesionado por la violación de una

responsabilidad por el quebrantamiento de una obligación *erga omnes*, su construcción parece implicar la existencia de un tipo de daño que no es el material ni el moral.

⁵ “...Es un principio de derecho internacional, e incluso una concepción general de derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar en forma adecuada; (...) la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido.”

⁶ ‘[L]a responsabilité pour manquement à une règle de droit international demeure purement théorique si le fait internationalement illicite n’a causé aucun préjudice... Si le fait internationalement illicite n’a causé aucun dommage, la responsabilité demeurera platonique et ne pourra donner lieu à réparation’. Nguyen Quoc Dinh, Daillier and Pellet, *Droit international public* (6th edn., 1999), 765. Pellet dijo, además, que “...dans une telle perspective, le dommage se trouve évacué, non pas du droit de la responsabilité internationale, mais de sa définition (ou de son origine). Il n’est plus nécessaire à l’engagement de la responsabilité. ...la Commission ... avait, à juste titre, écarté l’idée, entièrement artificielle, de ‘préjudice juridique’, qui n’ajoute rien à la conception objective de la responsabilité définie comme la conséquence du seul fait internationalement illicite. En “Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des Etats”, *Annuaire Français de Droit International* 1996. P. 7.

obligación legal, en armonía con el concepto bilateral de la responsabilidad prevalente entonces⁷.

El daño, sin embargo, es la pieza que falta para que el rompecabezas de la responsabilidad se arme de manera lógica. Veamos: hasta ahora tenemos dos elementos en el Art. 1: 1) la violación y 2) la responsabilidad. En el pasaje de la Corte, 1) la violación y 2) la reparación integral (*in integrum restitutio*). Este es el concepto lato de reparación, que implica la reconstrucción de la situación que, con toda probabilidad, habría existido si la violación no se hubiera producido.

II. Responsabilidad ¿equivale a “obligación de reparar”?

El concepto “responsabilidad” del Art.1 ¿es equivalente al concepto “obligación de reparar” del pasaje citado de la Corte? Entendemos que sí: la Segunda parte: “Contenido de la responsabilidad internacional del Estado” establece dos consecuencias jurídicas del hecho ilícito, la obligación de cesación si se trata de una violación por hecho continuado y, si cabe, la de ofrecer seguridades y garantías de no repetición por un lado (Art. 30) y por el otro la obligación de reparar *in integrum* el perjuicio causado. (Art. 31). A continuación (Inciso 2) limita el concepto de perjuicio o daño al daño material y al moral. Aquí aparece el daño, pero solamente el material y el moral. Y aquí aparece también un punto cuyo análisis merece la pena: subrayar que poner fin al hecho ilícito –como así define la CDI la cesación en el Art. 30– en todo caso integra la reparación cuando la violación se produce por hecho continuado, y que así lo consideró la Comisión⁸. Si la cesación es parte

⁷ Así lo expresó la CDI en su informe a la Asamblea General sobre su trabajo en su 27ª Sesión al explicar que el término “responsabilidad” denotaba “*el conjunto de relaciones jurídicas nuevas a que pueda dar origen en las distintas hipótesis un hecho internacional ilícito de un Estado*”. Corresponderá más adelante a la Comisión decir por ejemplo si tales relaciones pueden intervenir solamente entre tal Estado y el Estado lesionado en sus derechos propios o también entre ese Estado y otros sujetos del derecho internacional y quizá incluso entre ese Estado y toda la comunidad internacional” (Énfasis en el original). Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre el trabajo de su vigésima-sexta sesión (Doc.A10010/Rev.1) *YILC*, 1975, ii, 47-187, at 55, para. 40.

⁸ Poner fin al hecho ilícito es una *consecuencia* de su ilicitud, no pertenece al hecho sino a su reparación, como terminó considerándolo el propio Arangio Ruiz, primer relator especial que habló de “cesación” en la responsabilidad. Fue el Relator Especial luego de Riphagen y antes de Crawford.

de la reparación, la responsabilidad no es finalmente otra cosa que la obligación de reparar íntegramente el perjuicio. Pero entonces, ¿qué pasa si *no hay perjuicio* ni material ni moral? Esta es una posibilidad innegable para la Comisión, que dice que puede suceder, como en el ejemplo citado del Estado que incumple la obligación contractual de dictar una ley uniforme. Lo más probable es que el Tribunal que eventualmente juzgara el caso haría notar el incumplimiento del Estado infractor, lo que configuraría una satisfacción (Art. 37), o sea una de las maneras de la reparación. Pero no se puede reparar sino lo que está dañado: daño y reparación son dos caras de una misma moneda. Si no hay daño, según esta escuela de pensamiento, tampoco hay responsabilidad, pero eso contradice el Art.1, que dice que “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. Si el hecho ilícito obliga a reparar y no hay daño, entonces no hay responsabilidad, y si no hay responsabilidad el Art.1 es un oxímoron, porque habría hechos ilícitos, como en el propio ejemplo de la CDI relativo a la ley general que no se dicta, que no originarían responsabilidad. El oxímoron está en la primera palabra del artículo: “todo”, que fija la posición de la primera parte, y que dirige la interpretación del Art. 28 a “las disposiciones de la primera parte”. La *interpretación*, entonces, de que la responsabilidad no requiere un daño para constituirse conduce a un resultado absurdo e irrazonable, algo expresamente prohibido por el Art.32, b) de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, aplicable por analogía al incumplimiento de obligaciones consuetudinarias.

III. El daño moral en el derecho internacional

En doctrina la satisfacción está destinada, en principio, a reparar el daño moral del Estado. El comentario de la Comisión nos recuerda que el daño moral es un concepto tomado del derecho interno, donde asume formas variadas. En algunos sistemas se refiere a las pérdidas emocionales, u otras no materiales, sufridas por las personas; en otros se extiende a perjuicios jurídicos, como el daño asociado al mero hecho de una violación legal. Continúa diciendo el Comentario que utilizar un término que aparentemente no ha tenido un desarrollo autónomo en el derecho internacional crea dificultades, pero que puede usarse mientras

los perjuicios no materiales que deban indemnizarse no se violenten al meterlos en una teoría única⁹.

El daño moral no está definido en los artículos de la CDI y aquí el Art. 37 tampoco lo nombra: simplemente dice que la satisfacción cubre aquel daño “que no pueda ser reparado por restitución o indemnización”. Como antes había dicho, (Art.31) que “El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado, resultaría que daño moral es todo daño, de cualquier índole, que no sea material. Brigitte Stern considera, en cambio, que ese perjuicio es el «daño jurídico» y señala que la explicación anterior puede ser la real causa de las incertidumbres del lenguaje¹⁰. De modo que una explicación plausible es que el «daño jurídico» sea realmente la calificación que corresponde según el objeto realmente dañado por el hecho ilícito que merece reparación. Dupuy también advierte la lesión que el incumplimiento de una obligación jurídica causa al derecho.

No parece que una recta interpretación internacional debiera truncarse por errores o ambigüedades doctrinarias de sistemas jurídicos internos. Una aproximación más central para el derecho internacional parece ser que el daño moral del Estado se produce cuando la violación afecta la personalidad moral del Estado, su majestad, su imagen internacional. Por ejemplo, en el caso del *Canal de Corfú* la Corte Internacional de Justicia se pronunció enérgicamente contra la acción británica de barrer las minas que habían sido plantadas en el estrecho, encontró que dicha acción constituía una violación de la soberanía albanesa y dijo que el fallo –en esa parte desfavorable al Reino Unido–

⁹ “In some systems, it covers emotional or other non-material loss suffered by individuals, in some ‘moral damage’ may extend to various forms of legal injury, e.g., to reputation, or the affront associated with the mere fact of a breach. There are difficulties in using a term drawn from internal law, which has arguably not developed autonomously in international law. On the other hand, the term ‘moral damage’ is used and so long as the kinds of non-material loss which may be compensable are not forced into any single theory of moral damage, it seemed appropriate to refer to it”. *Op.cit.note 2, p. 31.*

¹⁰ “...une des explications possibles de ces incertitudes de vocabulaire est, peut-être fournie par James Crawford lorsqu’il souligne l’extrême disparité des droits internes, sur la base desquels c’est dégagée la notion de dommage moral. En “Et si l’on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée a l’occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États”. *Annuaire francais de droit international XLVII, 2001, p. 26.*

era suficiente satisfacción para Albania. Algo parecido sucedió en el caso de los rehenes norteamericanos en Teherán.

Pero un Estado puede, por ejemplo, incurrir en la violación de alguna de sus obligaciones internacionales en total buena fe, por interpretar equivocadamente la extensión de sus derechos. Eso no parece constituir un daño moral, sino un daño al derecho subjetivo del Estado lesionado y por ende un daño jurídico. Siempre que hay una violación por un Estado de una de sus obligaciones internacionales, hay un daño jurídico.

De modo que una explicación posible es que el «daño jurídico» sea verdaderamente la calificación que corresponde según el objeto realmente dañado por el hecho ilícito que merece reparación. Aparece ésta como una cuestión de lenguaje: el daño jurídico se metería en el cajón de sastre del daño moral, pero el daño no tendría las calificaciones para ser un daño moral.

IV. El daño jurídico

Pero hay algo más serio en este asunto. La violación de una obligación daña, no solamente el derecho de un Estado, sino también que daña *al derecho*. De manera que el incumplimiento de una obligación es un daño jurídico por partida doble: por violar un derecho subjetivo del Estado así lesionado y por significar una derogación del derecho. Esta última sería una violación del llamado “derecho objetivo”, el derecho constituido por las normas jurídicas. Una violación contractual claramente hiere el imperio de la norma *pacta sunt servanda*, que es consuetudinaria y sirve de fundamento al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Hiere al mismo tiempo al imperio de la costumbre por lastimar a una norma consuetudinaria de la importancia de *pacta sunt servanda*. La violación de normas consuetudinarias debilita el imperio de la costumbre, en un sistema en que el desuetudo está siempre al acecho. Y debilita al derecho en general que una obligación amparada jurídicamente no sea cumplida, porque cada uno de los beneficiados advierte que el ejemplo hace que sus propios derechos no están debidamente garantizados.

Esto se ve claramente en la infracción a obligaciones de *jus cogens*, en que la violación ataca a una capa suprema de los valores comunitarios, pero también es cierto respecto de la violación de obligaciones colectivas menos resonantes que las imperativas. El daño causado a tales valores se aloja en el ámbito social; es el daño jurídico, no el moral, el que permite la acción para defender un interés colectivo, ya sea *erga omnes partes* o *erga omnes* cuando se trata de la comunidad internacional en su conjunto: es su interés en que se cumpla el derecho internacional que es el derecho de todos los miembros de la comunidad internacional, que cuando se viola se produce un daño que no es material ni tampoco moral, sino jurídico porque jurídica es la esfera del interés dañado¹¹. Parece, entonces, que hubiera dos tipos de daño que no son ni materiales ni morales. El primero es la lesión al derecho subjetivo del Estado, ya sea que se origine por la violación de una obligación individual (conmutativa), o de una colectiva (Arts. 42 y 48). Los del 42, en efecto, están afectados en su derecho subjetivo individualmente considerado y los del 48 entendemos que también están lesionados “directamente” en su derecho, porque la obligación de un Estado debida a un grupo no debería perder por ser colectiva, su capacidad de crear en cada uno de los otros miembros del grupo una forma de derecho que podríamos calificar de “derecho procesal individual”. Habría acaso un *jus omnium* correspondiente a la violación que puede ser ejercido *uti singuli* y este derecho de orden procesal sería el derecho subjetivo de cada Estado del grupo.

El Artículo 48 atribuye un *derecho* colectivo a un grupo sin personalidad jurídica e incapaz de actuar como un ente centralizado en el derecho internacional. No parece que hubiera otro camino para proteger el interés colectivo que investir a cada miembro del grupo con un derecho subjetivo de contenido idéntico al colectivo del grupo, un derecho de orden procesal para accionar de forma que el derecho colectivo del grupo pueda ser ejecutado por cualquiera de ellos *uti singuli*. Estos son mecanismos típicos del derecho de gentes, un orden jurídico descentralizado. Mucho antes de que el Artículo 48 fuera considerado por la CDI, ya Brigitte Stern había dicho lo siguiente:

¹¹ Para una exposición más completa de este sumario resumen, ver nuestro artículo “Legal Injury: the Tip of the Iceberg in the Law of State Responsibility?” in *Essays in Memory of Oscar Schachter*, edited by Maurizio Ragazzi, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden/Boston, pp. 7 ss.

“Así como el individuo no puede accionar en el plano internacional en el cuadro del derecho internacional general, así tampoco la comunidad internacional está hoy en día suficientemente personificada para que pueda accionar en el plano internacional. El Estado sigue siendo el sujeto principal, el pasaje obligado del derecho internacional”¹² (Traducción nuestra).

Esa fue también la tesis de Nueva Zelandia en el caso de los ensayos nucleares atmosféricos, en sentido que el deber de abstenerse de esta actividad es debido a la comunidad internacional en su conjunto y el correspondiente derecho a la protección es compartido por cada miembro de esa comunidad¹³.

Tanzi se pregunta para qué serviría la ficción legal de dar personalidad jurídica a una entidad abstracta (la comunidad de Estados parte de un tratado) “confiriéndole un derecho subjetivo que no puede ejecutar por sí misma ni tampoco hacerlo ejecutar por otros”. En su opinión “los Estados miembros *uti singuli* serían los destinatarios de derechos procesales a cuyo través ellos pudieran ejercer esos derechos sustanciales de los que habían sido privados, desde que tales derechos pertenecerían sólo a la comunidad de Estados miembros en conjunto”. Considera que el rasgo principal de las obligaciones *erga omnes* consistiría en “superar la naturaleza sinalagmática de las obligaciones legales internacionales”. De hecho, la violación de estas obligaciones acarrearía la violación de los correspondientes derechos subjetivos (con el mismo contenido) de todos los Estados partes¹⁴.

¹² ‘*De même que l’individu ne peut pas agir sur le plan international dans le cadre du droit international général, de même la communauté internationale n’est pas aujourd’hui suffisamment personifiée pour pouvoir agir sur le plan international. L’Etat reste le sujet principal, le passage obligé du droit international*’. Conclusions: I’, *La responsabilité dans le système international*, Coloquio citado, pp.319-336, para. 332.

¹³ ICJ Pleadings, Nuclear Tests, ii, 264. ‘the duty to refrain from this activity is owed to the international community as a whole and the corresponding right to be protected from it is shared by every member of that community’.

¹⁴ Tanzi, ‘Is damage a distinct condition’, 17 (también escrito mucho antes de la redacción del Art. 48). Que la indivisibilidad de la obligación y la solidaridad entre los destinatarios del correspondiente derecho de protección sean los caracteres definitorios de una obligación *erga omnes* es rechazada por Ragazzi en *The Concept of International Obligations* Que That indivisibility of the obligation and solidarity among the addressees of the corresponding right of protection are the defining characters of an obligation *erga omnes* is contested in Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*

El inciso 1.a. abarca a Estados que forman parte de un grupo a los que la obligación es debida porque fue impuesta para proteger un interés colectivo. Si la obligación es debida a un grupo, cada Estado miembro del grupo tendría un derecho original y subjetivo en relación con el *jus ómnium* correspondiente a la violación de la obligación colectiva. Cuando hay un incumplimiento el derecho subjetivo individual correspondiente de todos los otros Estados, surgiría como nueva obligación colectiva del Estado responsable¹⁵. La obediencia del derecho es importante para cualquier sociedad. Un Estado tiene interés en que se respete el derecho que le incumbe y los otros Estados de la comunidad internacional también que se respete aquel derecho porque así el orden jurídico se reafirma y es respetado y se reafirman y respetan sus propios derechos. Pero este interés general no es tenido en cuenta respecto a los Estados que no forman parte del grupo con un interés colectivo protegido, ni tampoco de la generalidad de Estados beneficiarios de una simple obligación *erga omnes*. No lo es en el caso del Artículo 42, en el que hay Estados lesionados y terceros Estados ni en el Artículo 48 respecto a los Estados que no forman parte del grupo. Si la obligación violada no fue establecida para proteger un interés colectivo, el interés general no resulta en un derecho de acción a favor de terceros Estados y prevalece el principio de no intervención¹⁶. A la inversa, cuando una obligación no lo ha sido, como en el Artículo 48, se tocan dos intereses distintos: el individual legalmente protegido y el colectivo, también protegido, del grupo. El Artículo 42 se refiere a los “Estados lesionados” mientras el 48 a los demás del grupo, también protegidos con ciertos derechos conferidos en el mismo artículo. En las simples obligaciones *erga omnes*, el interés general no resulta, aparentemente, protegido con un derecho procesal correspondiente, acaso porque ello nos conduciría al quasi tabú internacional de la *actio popularis*.

(1997), 200-3 (distinguiendo entre obligaciones *erga omnes* y obligaciones “autoexistentes”).

¹⁵ Ver Dupuy, Pierre Marie, “Responsabilité et légalité”, en *La responsabilité dans le système international, Colloque du Mans (Société française pour le droit international, 1991, 263-299, para. 278: “le fait illicite équivaut a la fois a la méconnaissance du Droit et d’un droit.”*

¹⁶ En realidad, el interés de la comunidad internacional por el cumplimiento del derecho internacional podría teóricamente autorizar la intervención de terceros Estados, pero eso no entraría en la actual sensibilidad de la comunidad que rechaza la idea de la *actio popularis*.

Los derechos procesales otorgados a los Estados no lesionados por el Artículo 48 se detienen, por el momento en todo caso, enfrente de las contramedidas. La puerta, sin embargo, parece haber sido dejada entreabierta por la inclusión del algo enigmático Artículo 54. Sea de ello lo que fuere, los derechos conferidos a miembros del grupo provisto de un derecho colectivo, incluyendo los miembros de la comunidad internacional en su conjunto, por el Artículo 48 no sería fácil de explicar si el daño jurídico está expulsado del dominio de la comunidad internacional. ¿Sobre qué base sino el daño jurídico los Estados que no sufrieron daño en la esfera de sus intereses individuales están autorizados a invocar la responsabilidad de otro Estado?

Los miembros de la comunidad internacional (o del grupo con un interés colectivo protegido) están unidos por la solidaridad establecida entre ellos por el *jus omnium* que fue violado por el incumplimiento de la obligación colectiva. El único vínculo entre el Estado responsable y uno de los Estados identificados por el artículo 48 es un daño jurídico, porque el interés de la comunidad internacional tiene en este caso la protección del derecho y es por ende un derecho legal. El Artículo 48, en nuestra opinión, garantiza esa protección legal, abre así un vasto panorama y ensancha el campo del “derecho público” dentro del dominio internacional. El concepto de “daño jurídico” es instrumental para ese propósito. Pareciera que la violación de una obligación protectora de un interés colectivo daña el arriba mencionado *jus omnium*, y que el concepto de daño jurídico es el vehículo para regresar del derecho colectivo al derecho subjetivo individual, así como fue el vehículo para el camino inverso: del individual al colectivo.

En vista de todo lo anterior, cada Estado miembro del grupo, ¿no debería poder exigir el cumplimiento del total de la obligación para que a través de ese cumplimiento total se cumpliera a la vez su participación en el derecho de la totalidad del grupo? Pero por efecto del Artículo 48 sólo puede hacerlo en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

V. Reparación y punición

Dijimos que la palabra “responsabilidad” del Artículo 1 equivale a “reparación” *lato sensu*. En Kelsen, ese lugar lo ocupaba la sanción: siendo el derecho un orden coercitivo, sólo había lugar para la sanción en la norma secundaria. La reparación *stricto sensu* era un paso intermedio, una oferta del Estado autor para evitar la sanción.

Ago expresó su idea de que la violación produce un doble orden de relaciones jurídicas entre Estado infractor y Estado lesionado: para este último un nuevo derecho subjetivo al que corresponde una obligación del Estado autor, y una facultad para infligirle una sanción, a la que no corresponde obligación alguna¹⁷. Responsabilidad sería, entonces, “la situación de un sujeto de derecho internacional frente al derecho de otro sujeto de exigirle reparación o frente a la facultad del otro sujeto de imponerle una sanción”¹⁸.

Se apartaba así de la concepción kelseniana tocante el papel de la reparación, pero no respecto a que la sanción contuviera un ingrediente punitivo que la diferenciara tajantemente de la reparación, que es un mero retorno a la situación anterior. Ago decía, en su famoso curso en la *Academie de Droit International* de 1939, refiriéndose a las diferencias entre sanción y reparación, que éstas no eran sólo una cuestión de términos. La sanción es aflictiva, un fin en sí misma. La reparación, por el contrario, permite al sujeto lesionado por la violación obtener la restauración de su derecho, o al menos una satisfacción por equivalente¹⁹.

La CDI y su derecho internacional esquivaron todo atisbo de castigo contenido en aquella concepción de Kelsen y de Ago: las contramedidas fueron despojadas de toda connotación punitiva en los

¹⁷ *Anuario de la Comisión de derecho internacional, Vol. II, Primera parte, p. 194.*

¹⁸ *Ídem, p. 195.*

¹⁹ “*Il n’y a pas là une simple question de termes. La sanction, on vient de le dire, a eu un caractère d’affliction; elle est un fin par soi même: sa fonction unique est de réprimer le tort. La réparation n’a point du tout ce caractère; elle sert au contraire à permettre au sujet lésé par le tort d’obtenir la restauration de son droit ou du moins une satisfaction par équivalent de ce droit.* («Le délit international» en *Scritti sulla responsabilità internazionali degli Stati*. Pubblicazioni della Facoltà de Giurisprudenza della Università di Camerino, Jovene editore 1979. p. 15).

desarrollos que culminaron en el Artículo 49.1 del anexo a la Resolución 56/83, ya que deben tener por único objeto inducir al Estado responsable “a cumplir con las obligaciones que le incumbieren en virtud de lo dispuesto en la segunda parte”, básicamente la reparación y la cesación cuando ésta correspondiere. De modo que aquella sanción de Ago que parecía ser un elemento autónomo de la responsabilidad diferente de la reparación, está en los artículos anexados a la Resolución AGNU 56/83 al servicio de la reparación, como un medio procesal para obtenerla y ésta ha quedado como el elemento esencial de la responsabilidad.

En el derecho de gentes actual, la reparación tiene prioridad sobre la sanción, en el sentido de que antes de aplicar esta última, el Estado lesionado debe intentar obtener la primera, lo que quedó bien establecido a partir del caso *Naulilaa*²⁰, como claramente lo establece el proyecto de la CDI en su segunda parte, cuando trata de las contramedidas.

VI. La punición, ¿se cuele de rondón?

El rechazo del daño por la Comisión nos movió a explorar sobre lo que nos parecía una necesidad para el funcionamiento de los mecanismos de la responsabilidad. Pero también a echar una mirada sobre el trasfondo de la retribución en este terreno de la responsabilidad. La existencia de elementos aflictivos en el derecho respondería a una realidad profunda que viene de muy antiguo y se colaría de rondón en el derecho. En la concepción de ciertos autores, como Dominicé, los aspectos aflictivos regresan como de contrabando en la índole oculta de la reparación y de las contramedidas. Según algunas teorías el objetivo del Estado que las emprende y los medios utilizados en su realización deberían ser tomados en cuenta para determinar su naturaleza: algunas contramedidas serían represivas, como en las represalias armadas o en la expulsión de ciertos extranjeros. Todas aquellas contramedidas de carácter definitivo y que infligen daño serían punitivas y se relacionarían con el carácter disuasivo de la prevención. Por el contrario, el congelamiento de fondos de un Estado por otro Estado con el fin de forzar el pago de una deuda o indemnización, por ejemplo, tendrían todos los rasgos de una ejecución

²⁰ UN *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 1027/28.

forzada²¹. Este autor piensa que la finalidad punitiva sobrevive hoy como un elemento secundario, pero existente²².

Dominicé escribió esas líneas con bastante anterioridad a la Resolución 56/83, por el juego de cuyos artículos 49.2 y 3, así como 53, las contramedidas han adquirido un carácter eminentemente provisional, con lo que las medidas de carácter definitivo que aquel autor cita como afflictivas no tendrían carta de ciudadanía en el reino de la responsabilidad.

Otros autores participan de la idea que la reparación contiene aspectos punitivos. Por ejemplo, la sumisión forzada del responsable al orden jurídico, que lo priva coactivamente del fruto de su acto ilícito y lo obliga a restablecer a su costo el *statu quo ante* –incluso a través de acciones de ejecución como son las contramedidas– parece ofrecer un claro matiz retributivo²³. En tal sentido, la reparación excedería el simple daño personal de la víctima: intentaría también reparar “la infracción misma” o sea ir más allá de los efectos personales de la violación para atacar “la perturbación provocada en las relaciones jurídicas internacionales” y a través de ello obtener “el restablecimiento del orden jurídico perturbado”²⁴.

Con la antigua fórmula de Ago, la responsabilidad era en apariencia bifurcada²⁵ y podía consistir en una reparación o en una

²¹ Dominicé, Christian. “Observations sur les droits de l’Etat victime d’un fait internationalement illicite” in *Droit international 2. Institut des hautes études internationales. Paris, 1981/82*. pp. 54/55.

²² «...nous pensons que l’absence de distinction entre responsabilité pénale et responsabilité civile qui caractérise le droit international a précisément pour effet que la réalisation de la responsabilité présente un caractère mixte. Il y a certains éléments compensatoires, mais aussi des éléments afflictifs. Prétendre que la responsabilité internationale n’a que des conséquences compensatoires c’est rester sous l’emprise des catégories du droit interne et des distinctions qui s’établissent entre elles». *Ídem*, p. 57.

²³ Villalpando, op.cit. p. 232. En nota 911, cita a Combacau y Sur, así como a Francesco D’Agostino y Mariana Spinedi entre los que advierten aspectos afflictivos en la reparación.

²⁴ Ver Cuarto informe de Roberto Ago. Ver *Id.* Nota 912.

²⁵ Decimos “en apariencia” porque en realidad también la sanción implicaría una forma de “vuelta a la legalidad” y por ende la reparación de un cierto daño. Reparación y sanción serían ambas formas de reparar la totalidad del daño causado por el hecho ilícito,

sanción. Hoy en día, el derecho positivo –creemos que el artículo citado refleja el derecho consuetudinario en la materia– apunta en otra dirección²⁶.

Pero aún si –como parecen señalar estos autores– la reparación contuviera aspectos punitivos en desafío de la letra “oficial”, por así decirlo, de los artículos de la CDI, o que se cuelan de contrabando en la naturaleza proclamada de la reparación, tales aspectos cumplirían con una función reparatoria en sentido amplio, ya que repararían “la perturbación del orden jurídico alterado”, en las propias palabras de Ago. Ese es un punto importante que toca a la esencia misma de la responsabilidad, esto es, que la reparación en sus aspectos reparatorios y afflictivos tiende a restaurar el orden jurídico alterado, tiende a reparar la perturbación causada por el *maleficio*, cada una a su manera: los aspectos reparativos volviendo al *statu quo ante* y los afflictivos que equilibrarían el mal infligido al Estado víctima con un mal equivalente impuesto al Estado responsable.

Por una circunstancia que escapa de una explicación enteramente racional, pero que parece habitar en los sótanos de la naturaleza humana y viene desde los tiempos de la venganza de la sangre del derecho primitivo, aquel mal retribuido tradicionalmente equipararía la situación de ambos Estados y contribuiría a restaurar el orden jurídico perturbado.

Asimismo, la retribución mira también hacia el futuro al actuar como disuasivo de futuras violaciones. Sanción y reparación han sido maneras utilizadas históricamente en caso de violaciones culpables del orden jurídico y no están del todo desterradas de las consecuencias que actualmente siguen a los hechos ilícitos, si se recuerda el papel que

para seguir la preciosa regla de Chorzow y borrar todas las consecuencias del hecho ilícito.

²⁶ Aparte del asunto Naulilaa, y todo lo demás, como el Comentario de la CDI al Art. 49.1, la posibilidad introducida por el célebre artículo 19 de la primera lectura, en sentido de la existencia en el derecho de gentes de sanciones de tipo penal, ha desaparecido de la escena con el abandono, tanto en la Comisión como fuera de ella, de la noción de crimen de Estado. Sabido es que la sanción, en el derecho penal moderno, tiene fines autónomos con respecto a la mera reparación.

juegan la satisfacción y las seguridades y garantías de no repetición en el derecho internacional.

Lo dicho refuerza la idea de que la sanción es, en el sentido indicado, una reparación del daño jurídico causado por la violación y que la responsabilidad no puede consistir en otra cosa que no sea la reparación en el amplio sentido recién esbozado (como reparación del daño jurídico).

VII. ¿Y la “vuelta a la legalidad”?

La responsabilidad, en la opinión de Jean-Pierre Dupuy y otros conocidos juristas, ejerce en el derecho de gentes la función de “control de la legalidad”. Utilizar la responsabilidad a ese fin sería algo así –y esta figura no hay que asignarla a Dupuy sino a nuestra modesta imaginación– como utilizar una llave inglesa como martillo. El control de la legalidad es necesario para mantener el equilibrio quebrado por el hecho ilícito de un Estado y disipar el daño que tal ilicitud engendró (daño jurídico).

En esta manera de ver, la responsabilidad tiende a asegurar el respeto de la igualdad soberana de los Estados: el orden jurídico protege los intereses de los Estados particulares. Como dijimos más arriba, la responsabilidad controla el respeto de los intereses y derechos de cada uno de los Estados de la comunidad internacional, que ven en esa protección de los derechos de otros Estados una seguridad de que los propios serán igualmente respetados. Esta posición responde a una tendencia aperturista que amplía el número de los países que pueden reaccionar a una violación y la aleja del bilateralismo de la concepción conservadora. El hecho de la vuelta a la legalidad implica una visión que tendría en cuenta en primer lugar el interés de la comunidad internacional en mantener lozano el orden jurídico precisamente para que aquellos derechos individuales sean garantizados.

En la responsabilidad habitan dos de sus hechos constituyentes: la ilicitud y la reparación. El hecho generador de la responsabilidad sería la ilicitud, de ahí la inclusión del vocablo “todo” en la frase “Todo hecho ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. Sin ilicitud no

hay responsabilidad, excepto en la responsabilidad por actividades lícitas, donde el hecho generador es el daño. De ahí acaso la prisa del relator especial Roberto Ago en purificar su tema por la exclusión de la responsabilidad por riesgo, que a su modo de ver no es responsabilidad, sino tal vez la garantía del operador para que su actividad sea lícita.

El otro elemento es la reparación, que vuelve a hacer reinar la legalidad en la comunidad internacional al borrar las consecuencias negativas del incumplimiento. Ambos conducen a satisfacer la candente necesidad societaria del funcionamiento del sistema jurídico internacional²⁷. Si bien se mira, las dos posiciones: ilicitud y reparación serían complementarias y en ese sentido deben, en nuestro criterio, interpretarse. Toda interpretación que tienda a negar la inevitabilidad del daño frente a un hecho ilícito y la consiguiente inevitabilidad de su reparación (vuelta a la legalidad) tiende a debilitar el funcionamiento del orden jurídico en una sociedad y conspira contra la licitud de su sistema.

La supresión de toda mención al daño y el texto del Artículo 28 favorecen la interpretación de que el daño no es necesario para configurar la responsabilidad. Por las razones presentadas más arriba la presente nota intenta rectificar esa concepción que atrasa el reloj del derecho internacional al volverse a una noción de responsabilidad de tipo bilateral²⁸. Podemos aceptar que no se mencione el daño si interpretamos esa omisión –Bedjaoui así lo anticipa– como una manera de abrir la puerta a una concepción más amplia del papel de la comunidad internacional en la institución de la responsabilidad, pero nunca de despojar a la comunidad de su función protectora del orden jurídico. De paso, la posibilidad de adaptar el texto a esa concepción se debe a la previsoras actitud de la CDI y del relator especial James Crawford de pedir a la Asamblea General la simple anexión de sus artículos a la Resolución 56/83 en lugar de la convocatoria a una conferencia codificadora²⁹.

²⁷ En las Conclusiones del XXIV Coloquio de la *Société française pour le Droit Internatiuonal en Mans*, 1990, pp. 322/323.

²⁸ “Bilateralismo” es el régimen que concibe el derecho internacional como un tejido de relaciones bilaterales entre los Estados, concepción alentada por la falta de presencia, hasta tiempos recientes, de una comunidad internacional con el orden público.

²⁹ El autor se refiere, para la mejor comprensión de este último párrafo, a su artículo “The Customary Rule: from Chrysalis to Butterfly” en *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José María Ruda, Dordrecht, The Netherlands*, pp. 1/14.

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Ricardo Arredondo*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Las inmunidades y sus clases. 3.1 La inmunidad *ratione personae*. 3.1.1. Inmunidades de una personalidad de alto rango. 3.2. Inmunidades como funcionario del Estado por sus actos oficiales (*ratione materiae*). 3.2.1. Tipo de actos. 3.2.2. Quienes gozan de inmunidad *ratione materiae*. 4. El alcance de las inmunidades. 5. La cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios. 6. Limitación de las inmunidades. 7. Los aspectos procesales. 8. Conclusiones.

I. Introducción

En el derecho internacional existen lo que se podrían denominar “técnicas de evasión” de la jurisdicción territorial que son utilizadas por los Estados para evitar que sus tribunales nacionales decidan controversias que se refieren a los asuntos internos de otro Estado o de sus órganos¹. Esas técnicas de evasión utilizadas son principalmente tres:

* Abogado (UNT), Master of Laws (LL.M) (London School of Economics and Political Science) y Doctor en Derecho (UBA). Profesor de *Derecho y práctica diplomática* (ISEN), Profesor de *Derecho internacional público* UBA y UP. Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional del CARI, entre otras instituciones.

¹ La expresión “órgano del Estado” se emplea siguiendo la terminología utilizada por la relatora especial de la CDI para esta cuestión, quien considera que dicha expresión presenta la ventaja de ser utilizada habitualmente en la práctica internacional para referirse a una persona que tiene un vínculo con el Estado y que actúa en nombre y por cuenta de éste. Además, el significado amplio permite su utilización para referirse tanto a personas que representan internacionalmente al Estado como a personas que ejercen funciones que implican el ejercicio del poder público. En consecuencia, la relatora especial considera que el término “órgano” es el más adecuado para referirse a todas las personas que se pueden beneficiar de la inmunidad de jurisdicción (Escobar Hernández, Concepción, CDI, “Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”. 2/6/2014, Doc. A/CN.4/673, p. 55). El texto de los proyectos de arts. 2°, inc. e), y 5° sobre “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los

la inmunidad, el acto de Estado y la no justiciabilidad². Las inmunidades son excepciones a la jurisdicción del Estado en virtud de las cuales el derecho internacional reconoce los intereses primordiales de otro Estado para tratar un determinado asunto. De este modo, las inmunidades bloquean el ejercicio de la jurisdicción del otro Estado.

Las inmunidades pueden ser de distinto tipo. En primer lugar, está la *inmunidad del Estado* que implica que un Estado no podrá ejercer su jurisdicción territorial sobre un determinado sujeto, en este caso, otro Estado y su propiedad. Caplan afirma que dos razones fundamentales explican el origen jurídico de la doctrina de la inmunidad del Estado extranjero. Según una de ellas, la inmunidad del Estado es un derecho fundamental de éste en virtud del principio de la igualdad soberana (*par in parem non habet jurisdictionem*). Según la otra, la inmunidad del Estado se desarrolla a partir de una excepción del principio de jurisdicción del Estado, que se produce cuando el Estado de la jurisdicción suspende su derecho de jurisdicción decisoria como cortesía práctica para facilitar las relaciones interestatales.³ El fundamento práctico de esta noción se basa en la propia conveniencia de los Estados y en las ventajas que para ellos tiene el trato recíproco que recibirán ante los tribunales de otros Estados.

La evolución del derecho internacional ha llevado a un proceso donde se ha pasado de una inmunidad del Estado absoluta a una visión más limitada que sólo reconoce inmunidad a los actos que el Estado realizada en ejercicio de su autoridad pública (actos *iure imperii*) y no a aquellos actos de naturaleza privada o comercial (actos *iure gestionis*)⁴.

funcionarios del Estado” de la CDI define por “funcionario del Estado” a “un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales” (art. 2°, inc. e)], expresando que “cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera” (art. 5°) (15/7/2014, Doc. A/CN.4/L.850).

² Fox, Hazel. “International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States”, en Malcolm D. Evans, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 357.

³ Caplan, Lee M., “State immunity, human rights, and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory”, *American Journal of International Law*, n. 97 (4), 2003 (oct.), p. 748.

⁴ Esta doctrina parece haber sido aceptada por la mayoría de los Estados con la notable excepción de China, cfr. Fox, Hazel, op. cit., p. 347. Para un desarrollo más profundo de

Sin embargo, aún se concede una inmunidad de gran alcance con respecto a medidas de ejecución contra bienes del Estado si ellos no están destinados a fines comerciales⁵.

En segundo lugar, dos instrumentos de reconocida aceptación por la comunidad internacional: las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y Relaciones Consulares (1963), que recogen, codifican y hacen un desarrollo progresivo del derecho consuetudinario en la materia, contemplan las *inmunitades diplomáticas y consulares*⁶. Las Convenciones de Viena no definen qué debe entenderse por privilegios, inmunitades e inviolabilidad⁷. En general, debe establecerse una distinción entre estos diferentes conceptos. La inmunidad comprende la inmunidad de jurisdicción (art. 31, inc. 1° CVRD) y la inmunidad de ejecución (art. 31, inc. 3° CVRD). Las reglas sobre privilegios, inmunitades e inviolabilidad establecidas en estas Convenciones están basadas en el derecho consuetudinario y, a su vez, ellas mismas se han transformado en derecho consuetudinario⁸.

En tercer lugar, están las inmunitades de las organizaciones internacionales, así como las de sus funcionarios⁹.

este tema puede verse Arredondo, Ricardo (dir.), *Manual de derecho internacional público*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 139 y ss.

⁵ Véase por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunitades jurisdiccionales de los Estados y sus propiedades de 2004, artículos 5, 10, 18 y 19. De modo similar, los buques de guerra y los buques utilizados exclusivamente en el servicio no comercial del gobierno, en alta mar, gozan de total inmunidad de la jurisdicción de cualquier Estado que no sea el Estado del pabellón (Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, artículos 95 y 96).

⁶ Para un análisis más detallado sobre este tema véase Arredondo, Ricardo, op. cit., p. 113 y ss.

⁷ Wouters, Jan, Duquet, Sanderijn y Meuwissen, Katrien, “The Vienna Convention on Diplomatic and Consular Relations”, en Andrew F. Cooper, Jorge Heine y Ramesh Thakur, *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 517.

⁸ Cfr. Corte Internacional de Justicia (CIJ), asunto relativo al *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán)* (1980), para. 62, *in fine*; en el asunto relativo a la *Orden de detención del 11/4/2000 (R. D. del Congo c. Bélgica)* (2002), fallo de 14/2/2002, para. 52.

⁹ Entre otros, véase Reinisch, August (ed.), *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

En cuarto lugar, existe asimismo una inmunidad que abarca a los funcionarios del Estado, especialmente a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores. Esa inmunidad puede dividirse en dos subtipos: la civil/administrativa y la penal, aunque puede existir una influencia mutua.

En este capítulo examinaremos algunos aspectos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, a la luz de los trabajos que viene desarrollando la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas. A tal fin, se consideran solamente la inviolabilidad e inmunidades de las personas que son *funcionarios del Estado*, a diferencia de otras personas –por ejemplo, agentes de organizaciones internacionales– que también pueden gozar de inmunidades con arreglo al derecho internacional. Por otra parte, este trabajo no abarca a determinadas categorías de funcionarios del Estado, como los diplomáticos y los agentes consulares, porque las normas que rigen sus privilegios e inmunidades ya han sido objeto de codificación¹⁰. Ello no obstante, se hará referencia, según proceda, a las normas que puedan brindar elementos para abordar determinadas cuestiones sobre las cuales la práctica relativa a las personas a que se refiere el presente estudio parece ser escasa. Asimismo, como se desprende de su objeto, este ensayo analiza las inmunidades de jurisdicción *extranjera*, a saber, las inmunidades de que gozan los funcionarios del Estado ante las autoridades de un Estado extranjero, por oposición a las inmunidades de que gozan dichos funcionarios en su propio Estado, o a las inmunidades ante cortes o tribunales internacionales. Todas esas inmunidades tienen que ver con las actividades del Estado y sus órganos y forman parte de las normas del “derecho diplomático”¹¹.

2. Antecedentes

El tema “La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la CDI en su 58º período de sesiones (2006). Se designó Relator

¹⁰ Al respecto, puede verse Arredondo, Ricardo, *Derecho diplomático y consular*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016.

¹¹ Wickeremesinghe, Chanaka, “Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations” en Evans, Malcolm (editor), *International Law*, 2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 396.

Especial a Roman A. Kolodkin, quien presentó tres informes en los que definió el marco en que debería desarrollarse el tema y analizó diversos aspectos de las cuestiones sustantivas y procesales relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Posteriormente, en su 64º período de sesiones (2012), la CDI designó Relatora Especial a Concepción Escobar Hernández, dado que el anterior relator había dejado de ser miembro de la Comisión. Al momento de concluir este capítulo¹², la Relatora Especial presentó seis informes, en los que analiza los diferentes aspectos de la cuestión y propuso diferentes proyectos de artículos que fueron considerados y aprobados con ligeras enmiendas por la Comisión, y se encuentra trabajando en su séptimo informe.

Al examinar la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado, la Relatora Especial puso de relieve que la cuestión comprendía tanto aspectos sustantivos como procesales, que resultaba conveniente tratar de manera separada. En tal sentido, procedió al examen y análisis de cuatro bloques de cuestiones: las cuestiones generales de carácter metodológico y teórico, la inmunidad *ratione personae*, la inmunidad *ratione materiae* y los aspectos procesales de la inmunidad, de un modo práctico y concreto, acompañando a cada informe sustantivo los correspondientes proyectos de artículos.

3. Las inmunidades y sus clases

De acuerdo con una práctica establecida y universalmente reconocida, los Estados deben garantizar ciertos privilegios e inmunidades a los funcionarios públicos extranjeros. Esos privilegios e inmunidades están codificados en diferentes instrumentos internacionales que recogen la práctica existente entre los Estados.

Las inmunidades derivan de los principios de inmunidad soberana e independencia e igualdad de los Estados (*par in parem non habet imperium*) y son un componente esencial del sistema internacional. Se ha observado con frecuencia que, en general, hay un buen cumplimiento de las normas referidas a la inmunidad porque aquí, como en casi ninguna otra área del derecho internacional, los beneficios

¹² Mayo de 2019.

recíprocos del cumplimiento son visibles y manifiestos ¹³. El cumplimiento de esas obligaciones es ampliamente percibido como un factor importante para procurar que las inmunidades propias no se vean afectadas.

Las inmunidades, que funcionan como una barrera o impedimento para el ejercicio de su jurisdicción por parte de un Estado, particularmente con respecto a la competencia jurisdiccional y la competencia de ejecución, pueden clasificarse en inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*.

La inmunidad *ratione personae* tiene un alcance material más amplio, pues abarca cualquier conducta del funcionario del Estado de que se trate, mientras que la inmunidad *ratione materiae* se limita a los actos realizados en el cumplimiento de funciones oficiales. En otras palabras, la primera inmunidad se otorga por referencia a la condición de la persona de que se trata (*ratione personae*), mientras que la segunda se otorga por referencia a las características de la conducta a que se refiere (*ratione materiae*). Sin perjuicio de ello, existen elementos en común, tales como su fundamento y finalidad, de naturaleza eminentemente “funcional”, ya que las inmunidades procuran “garantizar el principio de igualdad soberana de los Estados, evitar las injerencias en asuntos internos y facilitar el mantenimiento de relaciones internacionales estables, asegurando que sus funcionarios y representantes puedan desempeñar sin dificultades ni obstáculos externos las funciones que les son propias”¹⁴.

Escobar Hernández afirma que “la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* constituye uno de los pocos elementos respecto de los que se aprecia un amplio consenso en los debates mantenidos sobre este tema en la Comisión de Derecho Internacional¹⁵. Ello se debe, sin lugar a dudas, al hecho de que dicha distinción ha sido objeto de una amplia aceptación por parte de la

¹³ Higgins, Rosalyn, “The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience”, 79 *American Journal of International Law* (3) (1985), pp. 641-651, p. 641.

¹⁴ Escobar Hernández, Concepción, CDI, “Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, 4/4/2013, doc. A/CN.4/661, par. 48, p. 18, disponible en <https://undocs.org/sp/A/CN.4/661> (acceso 13/05/2019).

¹⁵ Doc. 14 A/CN.4/661, para. 47, *in fine*.

doctrina¹⁶ y en la jurisprudencia”¹⁷. El proyecto de artículos de la CDI se encuentra estructurado de manera tal que contiene una sección autónoma (segunda parte) dedicada a la inmunidad *ratione personae*, a la que sigue una sección dedicada a la inmunidad *ratione materiae*, que abordaremos a continuación.

3.1 La inmunidad *ratione personae*

La determinación del alcance personal de la inmunidad *ratione personae* entraña esencialmente la individualización de las categorías de funcionarios del Estado que están comprendidas en dicha inmunidad y la justificación de ésta. También es preciso considerar varias cuestiones

¹⁶ Escobar Hernández cita las siguientes obras: Dominicé, C., “Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, en Cardona Llorens, Jorge, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, Aranzadi, Pamplona, 1999, ps. 323-326 y 337-342; Abellán Honrubia, Victoria, “La responsabilité internationale de l’individu”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 280, Martinus Nijhoff, Leiden, 1999, ps. 220-223; Borghi, A., *L’immunité des dirigeants politiques en droit international*, Collection latine, Series II, vol. 2, Bruylant, Bruselas, 2003, ps. 129-131; Verhoeven, J., “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”, en *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation*, Larcier, Bruselas, 2004, ps. 64-67 y 94-107; Remiro Brotons, Antonio, “La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales internacionales: el principio de universalidad”, en *XXXVIII Cursos de Derecho Internacional*, Washington, D.C., Organización de los Estados Americanos, 2006, p. 505; Urbina, Jorge, “Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 8, 2008, ps. 277-292; Stern, B., “Vers une limitation de l’«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d’État en cas de crime de droit international?”, en Kohen, Marcelo (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Brill, La Haya, 2007, ps. 511-548; Cassese, Antonio (et al.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 368; Dugard, J., *International Law: A South African Perspective*, 4th ed., Juta, Johannesburg, 2011, p. 253; Fox, Hazel y Webb, Phillipa, *The Law of State Immunity*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013; D’Argent, P., “Immunity of state officials and obligation to prosecute”, en *Charles de Visscher Center for International and European Law (CeDIE) Working papers*, n. 4, 2013, ps. 5-7; y Maguire, R., Lewis, B. y Sampford, C. (eds.), *Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2013, p. 108 (Escobar Hernández, Concepción, Doc. A/CN.4/673, nota al pie 15, p. 5).

¹⁷ Escobar Hernández, Concepción, CDI, “Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, 2/6/2014, Doc. A/CN.4/673, par. 10, p. 5, disponible en <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/673> (acceso 13/05/2019).

conexas, sobre todo atinentes a las circunstancias en que se otorga esta inmunidad. Estas denominadas “cuestiones procesales” son las que abordó la CDI en su última sesión y que se espera estén concluidas hacia el año 2020.

Mientras que el conjunto de funcionarios del Estado que goza de inmunidad *ratione materiae* es en teoría suficientemente vasto como para abarcar una amplia gama de funcionarios, y de hecho algunos comentaristas sostienen que comprende a *todos* los funcionarios del Estado, la categoría de beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* parece ser de alcance más limitado. Según la División de Codificación de las Naciones Unidas¹⁸, a la luz de la práctica de los Estados y la doctrina, los funcionarios del Estado que son candidatos al goce de inmunidad *ratione personae* podían clasificarse en tres categorías diferentes: a) el Jefe de Estado; b) el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores; y c) otros funcionarios de alto rango.

En su tercer informe la Relatora Especial dedica particular atención a precisar quienes serían los funcionarios del Estado que podrían beneficiarse de una inmunidad de jurisdicción penal en el extranjero. Al respecto, luego de analizar las diferentes aristas que entraña esta cuestión, concluye que existen criterios identificativos comunes a los funcionarios del Estado a los que se aplica la inmunidad *ratione personae* (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores) y a los que se aplica la inmunidad *ratione materiae* (el resto de funcionarios)¹⁸. Estos criterios son:

“a) El funcionario tiene un vínculo con el Estado. Dicho vínculo puede presentar diversas formas (constitucional, estatutario o contractual) y puede ser temporal o permanente. El vínculo puede ser *de iure* o *de facto*;

b) El funcionario actúa en representación del Estado en el ámbito internacional o desempeña funciones oficiales tanto a nivel internacional como a nivel interno;

c) El funcionario ejerce atribuciones del poder público, actuando en nombre y por cuenta del Estado. Las atribuciones del poder público incluyen las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales”¹⁹.

¹⁸ Doc. A/CN.4/673, para. 112, p. 42.

¹⁹ *Ibidem*, para. 111, p. 42.

Por otra parte, Escobar Hernández considera la cuestión terminológica respecto de los términos empleados para denominar a las personas a las que se aplicaría la inmunidad. Afirma que los términos “funcionario”, “official” y “représentant” tienen un significado diferente y, “por tanto, no pueden utilizarse como términos intercambiables en las distintas versiones lingüísticas del proyecto de artículos”²⁰. Al procurar darle al proyecto de artículos un alcance más amplio, el Art. 2, inc. e), dispone que:

“Se entiende por funcionario del Estado: i) el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores; ii) cualquier otra persona que actúe por cuenta y en nombre del Estado, representándolo o ejerciendo atribuciones de poder público, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, cualquiera sea su posición en la organización del Estado”²¹.

Sin embargo, no parece haber antecedentes en que se haya alegado que los funcionarios del Estado de menor rango gozaban de este tipo de inmunidad, salvo en circunstancias muy específicas”²². Wood afirma que la inmunidad *ratione personae* de este “estrecho círculo” de funcionarios de alto rango se aplica sean o no miembros de una misión especial, en adición a la inmunidad que pueden gozar cuando son visitantes oficiales”²³.

La necesidad de asegurar el eficaz desempeño de las funciones del Estado se plantea de maneras diferentes según la naturaleza e importancia de las atribuciones del funcionario de que se trate, y de si éste se encuentra ejerciendo sus funciones o ha cesado en su cargo.

²⁰ *Ibidem*, para. 136, p. 56.

²¹ Doc. A/CN.4/673, p. 59.

²² CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, Ginebra, 31 de marzo de 2008, Doc. A/CN.4/596, para. 97, disponible en

http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/596&referer=http://legal.un.org/ilc/su_mmaries/4_2.shtml&Lang=S (acceso 14/06/2017).

²³ Wood, *op. cit.* p. 46. En efecto, el Art. 3.2 de la Convención de Nueva York sobre Misiones Especiales (CNYME) expresa que “La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los Jefes de Estado”. Asimismo, pueden verse los artículos 21 de la CNYME y 50 de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (1975).

Mientras el funcionario del Estado está en el ejercicio del cargo, el proceso penal tramitado por una jurisdicción extranjera puede determinar la detención del funcionario, cosa que tendría el efecto de obstaculizar directamente su capacidad para continuar cumpliendo sus funciones.

3.1.1 *Inmunidades de una personalidad de alto rango*

La posición de los Jefes de Estado y de Gobierno deriva de los derechos y deberes de los Estados en el plano internacional. El derecho internacional consuetudinario ha establecido, desde hace varios siglos, que un Jefe de Estado o de Gobierno que se encuentra en el territorio de otro Estado goza de amplios privilegios e inmunidades, que incluyen la plena inmunidad de jurisdicción penal, civil, y posee, asimismo, derecho a un tratamiento exclusivo en materia de ceremonial y protocolo adecuados a su posición y dignidad. Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en diferentes casos²⁴.

El Jefe de Estado en funciones tiene derecho a la inmunidad –probablemente sin excepción– de jurisdicción penal y civil²⁵. Fox sostiene que su residencia, su persona y sus bienes muebles son inviolables. Está exento de derechos de aduana y de inspección de los bienes que trae consigo. Su cónyuge y otros miembros de su familia que viajan con él y, posiblemente, todos los miembros de su entorno cercano tendrían derecho a ciertos privilegios e inmunidades cuando viajan con él o ella, aunque esto es materia de debate. La inmunidad *ratione personae* de jurisdicción penal extranjera se otorga al Jefe de Estado en ejercicio independientemente de su presencia en el territorio del Estado del foro o, cuando está presente, de las circunstancias de su visita (sea

²⁴ CIJ, asuntos *Orden de detención del 11/4/2000 (R. D. del Congo c. Bélgica)* (2002), fallo de 14/2/2002; *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, fallo del 4/6/2008; *Ciertas actuaciones penales en Francia (República del Congo c. Francia)*, Medidas provisionales, orden del 17/6/2003, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, fallo del 3/2/2012, par. 53-57.

²⁵ La finalidad de esta defensa es impedir que el tribunal del Estado del foro ejerza su competencia y continúe conociendo de la acción, con lo cual esencialmente se interrumpe el procedimiento en el Estado del foro. Cfr. Fox, Hazel, “International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States”, en Malcolm Evans, *International Law*, op. cit., p. 384.

oficial, privada o de incógnito)²⁶. Para poder ejercitar estos derechos, el Jefe de Estado debe haber revelado su posición, aunque es irrelevante que originalmente haya entrado en la jurisdicción de otro Estado de modo oficial o de incógnito²⁷. Podestá Costa y Ruda señalan que “las inmunidades y privilegios rigen, aunque el Jefe de Estado viaje ‘de incógnito’, pues esta fórmula exime únicamente de las recíprocas obligaciones protocolares y la personalidad que posee el Jefe de Estado no se ha extinguido”²⁸.

El fundamento para estas facilidades, privilegios e inmunidades otorgadas a los Jefes de Estado y de Gobierno se encuentra tanto en el respeto a su posición, en cuanto principal representante del Estado, como en razones funcionales que faciliten el efectivo desempeño de su cargo²⁹. Así lo recogió el *Institut de Droit International* cuando afirmó que “el trato especial se debe dar a un Jefe de Estado o Jefe de Gobierno como representante de ese Estado y no en su interés personal, porque ello es necesario para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus responsabilidades de una manera independiente y eficaz, en el interés bien concebido tanto del Estado o del Gobierno de que él o ella es la cabeza y la comunidad internacional en su conjunto”³⁰.

La resolución divide el tratamiento del tema en tres partes: la primera referida a los Jefes de Estado en funciones (Arts. 1-12), la segunda a los ex Jefes de Estado (Arts.13-14) y la tercera a los Jefes de Gobierno (Arts.15-16). En la primera parte, dispone que la persona del Jefe de Estado es inviolable cuando se encuentra en el territorio de un Estado extranjero (Art. 1) y que goza de inmunidad de jurisdicción por

²⁶ Véase, entre otros, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* (recours de droit administratif), ATF 115 Ib 496, págs. 501 y 502 (reproducido en Lucius Caflisch, “La pratique suisse en matière de droit international public 1980”, *Revue suisse de droit international et droit européen* (1991), p. 535).

²⁷ Cfr. CIJ, asunto *Orden de detención del 11/4/2000...*, op. cit., par. 54.

²⁸ Podestá Costa, Luis A. y Ruda, José M., *Derecho internacional público*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1985, p. 590. En el mismo sentido, Travieso, Juan A., *Derecho internacional público*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 379.

²⁹ En la causa de la *Orden de detención* se reconoció que las inmunidades de los ministros de Relaciones Exteriores se otorgaban para asegurar el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus respectivos Estados. CIJ, *Orden de detención*, op. cit., par. 53.

³⁰ IDI, “Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law”, Sesión de Vancouver, 2001, párrafo preambular 3°, disponible en http://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/2001_van_02_en.pdf (acceso 12/06/2017).

cualquier crimen que pueda haber cometido, sin importar su gravedad (Art. 2). Esa inmunidad de jurisdicción y ejecución no se extiende a los asuntos en materia civil y administrativa (Art. 3), a menos que la demanda se refiera a actos realizados mientras se encuentra en funciones oficiales (Art. 4). Estas inmunidades no se extienden a los miembros de la familia ni del entorno del Jefe de Estado, a menos que el Estado extranjero quiera otorgárselas a modo de cortesía (Art. 5). La resolución hace caso omiso del modo en que el Jefe de Estado haya ingresado al extranjero, al disponer que las inmunidades de jurisdicción y ejecución del Jefe de Estado deberán serle acordadas tan pronto su estatus o posición haya sido conocida para el Estado extranjero (Art. 6). La inmunidad de jurisdicción y ejecución pueden ser renunciadas por el Estado extranjero (Art. 7), aunque esa renuncia no se presume, sino que debería ser clara y expresa (Art. 8).

La segunda parte de la resolución se refiere a los ex Jefes de Estado y establece que éstos no gozan de inviolabilidad ni de inmunidad penal, civil ni administrativa en el territorio de un Estado extranjero (Art. 13). Finalmente, la tercera parte se refiere a los Jefes de Gobierno a los que se brinda un tratamiento equivalente al otorgado a los Jefes de Estado (Art. 15 y 16). Esta resolución es importante porque refleja el punto de vista de los principales tratadistas sobre cuál es el estado de situación en esta materia, aunque, como sostiene Roberts, en algunos puntos no concuerda con la práctica estatal³¹.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CVRD)³² de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC)³³

³¹ Roberts, Ivor, *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 177, nota al pie 6.

³² La CVRD fue firmada en el Neue Hofburg en Viena el 18/4/1961 y entró en vigor el 24/4/1964. La CVRD es complementada por dos protocolos facultativos: el Protocolo Facultativo sobre Adquisición de Nacionalidad, firmado en Viena el 18/4/1961 y que entró en vigor el 24/4/1964, aprobado por el decreto ley 7672 de fecha 13/9/1963 (art. 5°) y del cual forman parte 51 Estados; y el Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias, firmado en Viena el 18/4/1961 y que entró en vigor el 24/4/1964, del cual forman parte 66 Estados, entre los que no se encuentra la Argentina.

³³ La CVRC también fue firmada en el Neue Hofburg en Viena el 24/4/1963 y entró en vigor el 19/3/1967. Tiene 173 Estados parte. Del mismo modo que la CVRD, la CVRC es complementada por dos Protocolos Facultativos: el Protocolo Facultativo sobre Adquisición de Nacionalidad, firmado en Viena el 24/4/1963 y entró en vigor el

de 1963 no contienen disposiciones relativas a las facilidades, las inmunidades y los privilegios de los Jefes de Estado y de Gobierno, aunque sin duda sus disposiciones deberían ser consideradas como el estándar mínimo que debe serles acordado³⁴.

La *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* (CNYIJE)³⁵, de 2004, constituye un marco normativo de referencia en esta materia³⁶ y se refiere a las inmunidades de los Jefes de Estado cuando actúan oficialmente, pero nada dice sobre su posición en lo que respecta a inmunidades personales. Esta limitación deriva de la clara distinción establecida en muchas legislaciones nacionales entre los actos del Jefe de Estado o de Gobierno realizados *ratione materiae*, es decir, como parte de la entidad que representa (el Estado) y los actos realizados *ratione personae*, en los que actúa en su capacidad individual, a los que se otorga un alto grado de privilegio y se les concede inmunidad. La CNYIJE sólo contempla el primer supuesto, como surge del ámbito de aplicación dispuesto por el Art. 2, incisos 1° b) i) y iv)³⁷.

Sin embargo, el Art. 3.2 acepta que “La presente Convención se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los Jefes de Estado”. Como lo señalara la CDI en sus comentarios al *Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y comentarios correspondientes*, el Art. 3.2, “no prejuzga el alcance de las inmunidades concedidas por los Estados a los soberanos u otros Jefes de Estado extranjeros, ni a los miembros de su familia o de su casa, que en

19/3/1967, y del cual forman parte 39 Estados; y el Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias, que fue firmado en Viena el 24/4/1963 y entró en vigor el 19/3/1967, del cual forman parte 48 Estados. La Argentina no es parte de ninguno de estos dos Protocolos.

³⁴ Roberts, op. cit. p. 175.

³⁵ La *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* fue adoptada por la AGNU en Nueva York el 2/12/2004, Doc. A/RES/59/38. La República Argentina no la suscribió. La Convención aún no ha entrado en vigor, ya que a la fecha (31/7/2017) cuenta con 28 signatarios y 21 partes, de las 30 partes requeridas por el art. 30 para su entrada en vigor.

³⁶ Véase *Khurts Bat*, op. cit., paras. 70-71.

³⁷ “Art. 2. Términos empleados: 1. Para los efectos de la presente Convención: (...) b) se entiende por “Estado”: (...) i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno; (...) iv) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter”.

la práctica pueden comprender también a otros miembros de su séquito”³⁸.

Al respecto, la División de Codificación de las Naciones Unidas expresó que:

“De ello se deduce que la inmunidad del Jefe de Estado se interpreta actualmente como una institución autónoma dentro del derecho internacional, inspirada en su propio fundamento y sujeta a un régimen distinto ... En todo caso, el objetivo general de la inmunidad es preservar la estabilidad de las relaciones internacionales, un imperativo que se hace sentir particularmente en el caso del Jefe de Estado, habida cuenta de sus funciones representativas de alto rango y de la importancia de su papel en la organización interna del Estado”³⁹.

En los Estados Unidos se plantea la cuestión de si la inmunidad de los Jefes de Estado (y otros funcionarios) está comprendida en las disposiciones de la Ley de 1976 sobre inmunidades soberanas de los Estados extranjeros (FSIA, por sus siglas en inglés): la jurisprudencia parece estar dividida en este punto entre los tribunales que consideran que dicha ley se aplica a los funcionarios extranjeros individualmente⁴⁰ y los que conciben a la inmunidad de los Jefes de Estado como una doctrina autónoma de *common law* que obliga a los tribunales a aceptar como concluyentes las sugerencias de inmunidad del Departamento de Estado⁴¹.

La *Convención de Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos*, de 1973, en su Art. 1.a) incluye al “Jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de Jefe

³⁸ Cfr. CDI, “Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, y comentarios correspondientes”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1991, Volumen II, Segunda parte, p. 23 (proyecto de Art. 3, comentario 7)).

³⁹ CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 103, notas al pie omitidas.

⁴⁰ Véase Tribunal de Apelaciones, Noveno Circuito, *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990) (*Chuidian I*), decisión aplicada por distintos tribunales estadounidenses, por ejemplo, *Doe v. Qi*, 349 F.Supp.2d 1258 (2004).

⁴¹ Véase *Lafontant v. Aristide*, 844 F.Supp.128 (1994); *Tachiona v. Mugabe* 169 F. Supp. 2d 259 (S.D.N.Y. 2001).

de Estado, un Jefe de Gobierno o un ministro de Relaciones Exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen”⁴². En su oportunidad, la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas manifestó que la Convención es un medio para dar efecto práctico a los conceptos de inviolabilidad y protección especial establecidos en la CVRD y la CVRC⁴³, e incluye, además, a los Jefes de Estado o de Gobierno y a los ministros de Relaciones Exteriores.

Parece haber consenso en que los Jefes de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores gozan de inmunidad *ratione personae*, o por lo menos de una inviolabilidad absoluta, cuando se encuentren en visita oficial, conclusión que, asimismo, es confirmada por el artículo 31 de la Convención sobre las Misiones Especiales de 1969. Al respecto, en el asunto *Orden de detención*, la CIJ recordó un párrafo de la orden de detención emitida por el juez de instrucción belga en el que éste expresa:

“De conformidad con el principio general de equidad en los procedimientos judiciales, la inmunidad de ejecución debe, a nuestro juicio, ser concedida a todos los representantes del Estado acogidos como tales en el territorio de Bélgica (en ‘visitas oficiales’) Dar la bienvenida a tales dignatarios extranjeros como representantes oficiales de Estados soberanos implica no sólo relaciones entre individuos, sino también relaciones entre Estados. Ello significa que el país anfitrión y sus diversos componentes se comprometen a no tomar medidas coercitivas contra su huésped y la invitación no puede convertirse en un pretexto para hacer caer a la persona involucrada en lo que podría calificarse como una

⁴² La *Convención de Nueva York sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Incluidos los Agentes Diplomáticos* fue aprobada el 14/12/1973. La República Argentina aprobó la Convención por ley 22.509 del 15/10/1981 y depositó el instrumento de ratificación, con reservas, el 18/3/1982. Así, la Convención entró en vigor el 20/2/1977 y para la Argentina el 16/4/1982. El objeto de esta Convención es que los presuntos responsables de los atentados contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos, sean extraditados o juzgados, facilitando la cooperación legislativa, judicial y policial entre los Estados parte con el fin de prevenir la comisión de los actos previstos en ella y de castigar a sus culpables. Al respecto, puede verse Conde Pérez, Elena, “Convención de Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas (Nueva York, 1973): análisis y perspectivas actuales de aplicación”, *Foro* (Nueva Época), n. 13, 2011, ps. 111-138, y la bibliografía allí citada.

⁴³ Vilariño Pintos, Eduardo, *Curso de derecho diplomático y consular*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 132.

trampa En caso contrario, el incumplimiento de este compromiso podría dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado anfitrión”⁴⁴.

En el caso mencionado, la CIJ concluyó señalando que:

“teniendo en cuenta la naturaleza y el objeto de la orden, su sola emisión constituía una violación de la inmunidad del Sr. Yerodia en su condición de ministro de Relaciones Exteriores en ejercicio del Congo. La Corte concluye que la emisión de la mencionada orden ha constituido una violación de una obligación de Bélgica respecto al Congo, en la que no ha respetado la inmunidad de este ministro y, más particularmente, ha violado la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de la que gozaba entonces en virtud del derecho internacional”⁴⁵.

En el asunto *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*

“La Corte observa que, aunque en el pasado ha habido un gran debate acerca de los orígenes de la inmunidad del Estado y la determinación de los principios que la sustentan, la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la “CDI”) concluyó en 1980 que la regla de la inmunidad del Estado había sido “adoptada... como una regla general de derecho internacional consuetudinario con una base sólida en la práctica actual de los Estados”. A juicio de la Corte, esa conclusión, que se basó en un amplio estudio de la práctica de los Estados, encuentra confirmación en el historial de la legislación nacional, la jurisprudencia y las observaciones de los Estados respecto del texto que luego pasó a ser la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (en adelante la “Convención de las Naciones Unidas”). Esa práctica demuestra que, ya sea para invocar la inmunidad para sí mismos o concederla a terceros, los Estados suelen fundarse en que existe un derecho a la inmunidad en virtud del derecho internacional, junto con la correspondiente obligación de los demás Estados de respetar y aplicar dicha inmunidad”⁴⁶.

⁴⁴ CIJ, *Orden de detención*, op. cit., par. 68 (traducción propia).

⁴⁵ *Ibidem*, para. 70.

⁴⁶ CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales*, op. cit., par. 55. Si bien en este asunto, la CIJ no se ocupó de las inmunidades de los funcionarios individualmente considerados, su enfoque es pertinente para la identificación de las normas del derecho internacional consuetudinario en otros casos en los que las inmunidades internacionales se rigen por ese derecho, incluyendo las de los miembros de una comitiva oficial. Véase también la opinión separada del Juez Keith, párr. 4, quien señala que: “Como se desprende de la sentencia en este caso, la Corte, por buena razón, le otorga un rol importante a las

3.2. Inmunidades como funcionario del Estado por sus actos oficiales (*ratione materiae*)

Como se señaló previamente, la inmunidad *ratione materiae* es la inmunidad inherente a los actos oficiales realizados por los funcionarios del Estado en el cumplimiento de sus funciones (incluidos los actos *ultra vires*), a diferencia de los actos privados. En este sentido, la CIJ, en el asunto *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, consideró como tales a los “actos cumplidos en el marco de [las] funciones [de los funcionarios de que se trate] como órgano del Estado”⁴⁷.

El derecho internacional consuetudinario no define como tal al “funcionario del Estado”⁴⁸. El texto de los proyectos de Arts. 2, inc. e), y 5 sobre “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” de la CDI define por “funcionario del Estado” a “un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales” (Art. 2, inc. e)), expresando que “cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera”⁴⁹. Tampoco existen acuerdos que regulen expresamente los alcances de los privilegios e inmunidades de los funcionarios de gobierno en visita oficial y las decisiones de tribunales judiciales o arbitrales son

decisiones de los tribunales nacionales. En esta área del derecho, es este tipo de decisiones, junto con la reacción o no del Estado extranjero involucrado, las que proporcionan muchos ejemplos de práctica estatal” (traducción del autor).

⁴⁷ CIJ. *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, op. cit., par. 191.

⁴⁸ Siguiendo la terminología empleada por la relatora especial de la CDI, quien considera que la expresión “órgano del Estado” presenta la ventaja de ser un término utilizado habitualmente en la práctica internacional para referirse a una persona que tiene un vínculo con el Estado y que actúa en nombre y por cuenta de éste. Además, el significado amplio de la expresión permite su utilización para referirse tanto a personas que representan internacionalmente al Estado como a personas que ejercen funciones que implican el ejercicio del poder público. En consecuencia, la relatora especial considera que el término “órgano” es el más adecuado para referirse a todas las personas que se pueden beneficiar de la inmunidad de jurisdicción (CDI, “Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, Doc. A/CN.4/673, p. 55).

⁴⁹ Véase Doc. A/CN.4/L.850.

escasas y no abordan esta materia de manera detallada. Ello no obstante, el derecho internacional consuetudinario reconoce desde hace siglos que éstos gozan de una condición de excepción, teniendo en cuenta las personas de que se trata y las funciones que desempeñan.

En este sentido, el proyecto de artículo 2, inc. f), sobre “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” afirma que “Se entiende por ‘acto realizado a título oficial’ un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal”⁵⁰.

Por ende, corresponde analizar dos cuestiones: a) cuáles son los criterios de distinción entre la conducta llevada a cabo por un funcionario del Estado en el cumplimiento de sus funciones y la conducta realizada con carácter privado; y b) qué personas que gozan de inmunidad *ratione materiae*.

3.2.1. Tipo de actos

Si se considera a la inmunidad *ratione materiae* como una consecuencia del principio de que el comportamiento realizado por un órgano del Estado en el cumplimiento de sus funciones debe ser atribuido al Estado, parece haber fuertes razones para armonizar el régimen de inmunidad con las normas relativas a la atribución del comportamiento a los efectos de la responsabilidad del Estado. Al respecto, cabe recordar que la identificación de la inmunidad *ratione materiae* de los funcionarios con la inmunidad de los Estados parece ser corrientemente aceptada en el contexto de los procesos civiles. Las acciones promovidas contra esos funcionarios de un gobierno extranjero por razón de sus actos oficiales son esencialmente acciones contra el Estado al que representan.

“Las inmunidades comprendidas en la categoría de inmunidades *ratione materiae* se otorgan en beneficio del Estado, y la modificación o la terminación de las funciones oficiales de los representantes de que se trate no tiene sobre ellas ningún efecto. Así no podrá prosperar una acción promovida contra un ex representante de un Estado extranjero respecto de un acto ejecutado por él en el ejercicio de sus funciones

⁵⁰ Véase Doc. A/CN.4/701, Anexo II, p. 109.

oficiales. La inmunidad del Estado subsiste después de terminada la misión o función del representante de que se trate. Ello se debe a que la inmunidad de que se trata no sólo pertenece al Estado, sino que se basa además en el carácter soberano u oficial de las actividades, precisamente por ser inmunidades *ratione materiae*⁵¹.

En el comentario de la CDI al artículo 4 de su Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁵² se señala que la consideración determinante radica en las “apariencias de autoridad” de la persona y no en los motivos que inspiran su comportamiento o el carácter abusivo que asuma dicho comportamiento:

“A este efecto es indiferente que la persona tenga motivos ulteriores o impropios o abuse del poder público. Cuando tal persona actúe aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad, sus acciones serán atribuibles al Estado. [...] El caso del comportamiento puramente privado no debe confundirse con el de un órgano que actúa como tal pero excediéndose en sus atribuciones (*ultra vires*) o infringiendo las normas que rigen su actividad. En este último caso el órgano actúa, no obstante, en nombre del Estado: este principio queda afirmado en el artículo 7. Al aplicar este criterio, naturalmente, cada caso tendrá que tratarse a la luz de sus propios hechos y circunstancias”⁵³.

En el mismo sentido se pronuncia Watts, quien manifiesta que “el criterio determinante parecería ser si el comportamiento se estaba

⁵¹ CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 89, nota 218.

⁵² Resolución AGNU 56/83, 21/12/2001, op. cit.

⁵³ Los tribunales estadounidenses, aplicando la FSIA a un caso iniciado por practicantes de Falun Gong contra funcionarios de gobierno de la República Popular China, expresaron que “el solo hecho de que los actos hayan sido realizados bajo la apariencia de legalidad o autoridad, que puede servir de base para la responsabilidad del Estado por atribución, no es suficiente para revestir al funcionario de inmunidad soberana”. Cfr. Tribunal de Distrito, Distrito Norte de California, *Jane Doe I, et al., Plaintiffs, v. Liu Qi, et al., Defendants; Plaintiff A, et al., Plaintiffs, v. Xia Deren, et al., Defendants*, Nos. C-02-0672 CW (EMC), C-02-0695 CW (EMC). (N.D. Cal. Oct. 28, 2004), 349 F.Supp.2d 1258, p. 1285 y ss.

llevando a cabo bajo la apariencia de la autoridad pública del Jefe de Estado o en ostensible ejercicio de dicha autoridad”⁵⁴.

El Art. 7, titulado “Extralimitación en el ejercicio de la competencia o contravención de instrucciones”, del citado Proyecto de artículos establece que:

“El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa calidad, *aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones*”⁵⁵.

Existe cierta discrepancia en la jurisprudencia de los tribunales nacionales respecto a si los actos realizados por los funcionarios del Estado excediéndose de sus atribuciones (*ultra vires*) están comprendidos en la inmunidad *ratione materiae*. En algunos casos se ha rechazado esta defensa, mientras que en otros se la ha aceptado, subrayándose que la inmunidad del funcionario no depende de la licitud o ilicitud del acto⁵⁶. En la doctrina existe este mismo tipo de divergencias⁵⁷.

La División de Codificación de las Naciones Unidas afirma que “Si se considerara que los actos ilícitos o delictivos, como cuestión de

⁵⁴ Watts, Arthur, “The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International* n. 247, 1994, p. 56.

⁵⁵ Resolución AGNU 56/83, 21/12/2001, op. cit. (cursivas añadidas). Al respecto puede verse Tomonii, Mizushima “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct”, 29 *Denver Journal of International Law and Policy* (3-4) (2000-2001), p. 276, quien sostiene que “en la esfera de la responsabilidad de los Estados, con arreglo al derecho internacional, el comportamiento *ultra vires* de los funcionarios del Estado es, por lo menos en cierta medida, atribuible al Estado”.

⁵⁶ Véase *PLAINTIFFS A, B, C, D, E, F, and Others Similarly Situated, Wei Ye, and Hao Wang, Plaintiffs, v. JIANG ZEMIN and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, 12 de septiembre de 2003, 282 F.Supp.2d 875 (2003).

⁵⁷ Por ejemplo, van Alebeek, afirma que “Un funcionario del Estado puede, en el supuesto ejercicio de sus funciones oficiales, cometer actos que no estén comprendidos dentro del mandato del funcionario y que no reúnan las condiciones necesarias para que corresponda la protección por la inmunidad *ratione materiae*”, cfr. van Alebeek, Rosanne, “The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial”, *British Yearbook of International Law*, vol. LXXI (2000), p. 66.

principio, son “no oficiales” a los efectos de la inmunidad *ratione materiae*, la propia noción de “inmunidad” quedaría despojada de gran parte de su contenido”⁵⁸. De lo que antecede puede afirmarse que se podría considerar que un órgano del Estado que realice un *acto jure gestionis*, que es atribuible al Estado, está efectivamente actuando en su carácter oficial y consiguientemente gozaría de inmunidad *ratione materiae* con respecto a dicho acto.

La práctica de los Estados es escasa en lo que se refiere a los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de otro Estado en el cumplimiento de sus funciones y la cuestión de la inmunidad ante la jurisdicción penal en el Estado en que fueron realizados⁵⁹. “Se ha sugerido que, para determinar si los actos realizados por un funcionario del Estado en el territorio de un Estado extranjero están comprendidos en la inmunidad *ratione materiae*, el aspecto fundamental a considerar sería el de si el Estado territorial había consentido en que un órgano de un Estado extranjero cumpliera funciones oficiales dentro de su territorio o no. A este respecto, se ha argumentado que la inmunidad *ratione materiae* no comprende a los actos que constituyan una violación manifiesta de la soberanía territorial de otro Estado, como un sabotaje, un secuestro, o un homicidio cometido por un agente de un servicio secreto extranjero o una incursión aérea”⁶⁰. En el mismo sentido, Gaeta, analizando el caso de la detención por parte de Italia de agentes de la CIA por el caso *Abu Omar*, afirma que la existencia de la inmunidad dependería, entre otras cosas, de si Italia había dado su consentimiento para la operación llevada a cabo en su territorio por la CIA o no. En ausencia de dicho consentimiento, el Estado territorial no tendría obligación alguna con arreglo al derecho

⁵⁸ CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 160.

⁵⁹ La División de Codificación de las Naciones Unidas recuerda el incidente del *Rainbow Warrior*, cuando las autoridades de Nueva Zelanda procedieron a la detención del Mayor Mafart y el Capitán Prieur, dos agentes franceses que hundieron al *Rainbow Warrior*, en Nueva Zelanda. En esa ocasión, Francia adoptó la posición de que esa detención en Nueva Zelanda era injustificada “teniendo en cuenta en particular el hecho de que actuaron por órdenes militares y que Francia [estaba] dispuesta a presentar excusas y a pagar una compensación a Nueva Zelanda por los daños sufridos”. Cfr. CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 162, nota 465.

⁶⁰ Cfr. CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., para. 163.

internacional de reconocer ninguna clase de inmunidad funcional al agente extranjero que hubiese actuado en su territorio⁶¹.

3.2.2 *Quiénes gozan de inmunidad ratione materiae*

Los funcionarios estatales en general, independientemente de su posición en la jerarquía del Estado, gozan de inmunidad *ratione materiae*⁶², que “comprende a los actos oficiales de cualquier agente *de jure* o *de facto* del Estado”⁶³. Esta posición fue confirmada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia que, en la causa *Fiscal c. Blaškić*, manifestó que los funcionarios del Estado, cuando actúan en carácter oficial,

“son meros instrumentos de un Estado y su acción oficial sólo puede atribuirse al Estado. No pueden ser objeto de sanciones o penas por un comportamiento que no es privado sino que ha sido realizado en nombre de un Estado. En otras palabras, los funcionarios del Estado no pueden sufrir las consecuencias de actos ilícitos que no les son atribuibles a ellos personalmente sino al Estado en cuyo nombre han actuado”⁶⁴.

En el mismo sentido se pronunciaron, tanto tribunales internacionales (asuntos *Rainbow Warrior*⁶⁵ y *Eichmann*⁶⁶, entre otros)

⁶¹ Gaeta, Paola, “Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar”, 89 *Rivista di diritto internazionale* (2006), pp. 127-8.

⁶² Gaeta, Paola, “Official Capacity and Immunities” en Antonio Cassese, Paola Gaeta (*et al.*) (editores), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 975. En el mismo sentido, Wickremasinghe, Chanaka, “Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations” en Evans, Malcolm D. (ed.), *International Law*, 2ª edición (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 397.

⁶³ Cassese, Antonio “When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, 13 *European Journal of International Law* (4) (2002), p. 255.

⁶⁴ *Fiscal c. Blaškić* (Causa N° IT-95-14), decisión sobre la citación bajo apercibimiento [subpoena], párr. 38, citada por CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, *op. cit.*, para. 167.

⁶⁵ *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, 30 de abril de 1990, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XX pp. 215-284.

⁶⁶ *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann* (Corte Suprema de Israel, 1962), 36 *International Law Reports* (5), 1961 (traducción al inglés).

como tribunales internos (asuntos *Adamov*⁶⁷ y *Pinochet (3)*⁶⁸, entre otros) y la propia Corte Internacional de Justicia⁶⁹.

Los tribunales internos han otorgado inmunidad *ratione materiae* a una diversidad de funcionarios del Estado, inclusive de rango menor, en causas que no eran de naturaleza penal. Por lo que puede expresarse que este tipo de inmunidad opera de modo de proteger a los funcionarios públicos, incluso los de menor rango, frente a los procesos judiciales en países extranjeros con respecto a actos realizados en el ejercicio de sus funciones, inclusive frente a la acusación y la detención con respecto a supuestos crímenes.

4. El alcance de las inmunidades

En primer lugar, el ejercicio o la negativa a ejercer la jurisdicción estatal, por cualquier razón, es una cuestión de la ley interna de un Estado. Sin embargo, el marco legal definitivo recae en el derecho internacional que, de forma independiente y mediante una red de normas consuetudinarias y convencionales, sugiere los criterios que constituyen la base inicial y le confiere, en última instancia, legalidad a las acciones de las jurisdicciones nacionales, a la vez que prevé las implicancias del ejercicio inapropiado o la omisión indebida de la jurisdicción nacional⁷⁰.

Escobar Hernández señala que:

“cuando se aborda el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la jurisdicción penal del Estado existe ya y que, por consiguiente, el Estado de la jurisdicción tiene competencia para ejercer un conjunto de actos –judiciales y eventualmente ejecutivos– cuya finalidad no es otra que determinar o

⁶⁷ *Adamov (Evgeny) v Federal Office of Justice*, Appeal Judgment, Case No 1A 288/2005, ILDC 339 (CH 2005), fallo de 22/12/2005, Suiza, Corte Suprema Federal.

⁶⁸ *Cámara de los Lores, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others Ex Parte Pinochet*, fallo de 24 de marzo de 1999.

⁶⁹ CIJ. *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal (Djibouti c. Francia)*, fallo de 4/6/2008, op. cit., par. 187-8.

⁷⁰ Orakhelashvili, Alexander, “Preface”, en Alexander Orakhelashvili (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, Gloucester, 2017 (paperback edition), p. ix.

concluir la existencia de una concreta responsabilidad penal individual por actos constitutivos de crímenes o delitos tipificados conforme al ordenamiento jurídico de dicho Estado”⁷¹.

Consecuentemente, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera comprende “la posible adopción de actos ejecutivos previos o paralelos al ejercicio de la función judicial, tales como la detención de una persona, la retención de títulos de viaje o la solicitud de la inscripción de una orden de busca y captura en algún sistema internacional de cooperación y asistencia policial internacional”⁷². A su vez, el concepto de jurisdicción penal hace referencia esencialmente a la competencia del Estado para ejercer su potestad de enjuiciar los crímenes o delitos tipificados como tales conforme a las normas aplicables en su ordenamiento jurídico⁷³.

Kolodkin puso de manifiesto que:

“Constituye un caso aparte la situación en que la jurisdicción penal la ejerce un Estado en cuyo territorio se ha cometido un presunto delito y ese Estado no ha dado su consentimiento para realizar en su territorio la actividad que ha dado lugar a la comisión del delito, o para la presencia en su territorio del funcionario extranjero que ha cometido el presunto delito. En tal situación parecen existir razones suficientes para hablar de la ausencia de inmunidad”⁷⁴.

La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no hace expresa referencia a la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis*, aunque enumera varios casos en los que no se puede hacer valer la inmunidad

⁷¹ CDI. “Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial”, Ginebra, 4 de abril de 2013, Doc. A/CN.4/661, para. 38.

⁷² *Ibidem*, para. 37.

⁷³ Véase la opinión separada conjunta de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el asunto de la *Orden de detención*, op. cit., par. 3 y 4, disponible en Higgins, Rosalyn, *Themes and Theories. Selected Essays, Speeches and Writings in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 1177.

⁷⁴ CDI. *Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*. Preparado por Roman Anatolevitch Kolodkin, Relator Especial, Ginebra, 10 de junio de 2010, Doc. A/CN.4/631, para. 94 (p), p. 63.

del Estado⁷⁵. Entre ellos se refiere específicamente a los casos de “lesiones a las personas y daños a los bienes”⁷⁶. Esta excepción, conocida como *tort exception*, o excepción de lesiones a las personas y daños a los bienes, se aplica independientemente de si la lesión se ha producido por un acto *jure imperii* o *jure gestionis*. “Estas excepciones van ‘estrechando el círculo’ de la inmunidad ... y obedecen a la lógica de que hay ciertos actos del Estado que no pueden ser inatacables, pues son contrarios a los valores que priman en el orden jurídico internacional”⁷⁷.

Como recuerda Remiro Brotóns, “La jurisdicción del foro se funda en una doble circunstancia cumulativa que conviene interpretar estrictamente: a) la presencia del autor en su territorio al producirse el acto u omisión lesivos, y b) la producción de los daños, total o parcialmente, en ese mismo territorio”⁷⁸. Se trata de una excepción concebida para casos de accidentes de tráfico, pero que puede abarcar otros daños, intencionales o no”⁷⁹. La inmunidad es dispositiva, lo que

⁷⁵ Véanse los artículos 10 a 17. Sobre las nociones de actos *jure imperii* y *jure gestionis*, véase Arredondo, Ricardo, *Derecho diplomático y consular*, op. cit., p. 52 y ss.

⁷⁶ El Art. 12 dispone: “Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión”. Esta excepción se encuentra asimismo contemplada en la *Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados* de 1972, Art. 11.

⁷⁷ Cebrián Salvat, María Asunción, “Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio: inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva”, 5 *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2) (octubre de 2013), p. 270, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/1817/848> (acceso 14/07/2017).

⁷⁸ En el caso *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989), la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que, en general, la disposición de la FSIA que contempla esta excepción a la inmunidad (Section 1605(a)(5)) no se aplica cuando las lesiones o daños ocurren fuera de los Estados Unidos, cfr. Fisler Damrosch, Lori y Murphy, Sean D., *International Law. Cases and Materials*, 6ª edición, West Academic Publishing, St. Paul, Minnesota, 2014, p. 853.

⁷⁹ Remiro Brotóns, Antonio, *Derecho internacional público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, par. 565, p. 1038. En el mismo sentido puede verse Gutiérrez Espada, Cesáreo, “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)”, 3 *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2) (octubre 2011).

significa que puede ser materia de acuerdo por parte de los Estados involucrados, aunque ello generaría una cuestión adicional consistente en cómo resolver “la relación entre el ejercicio de la jurisdicción por un particular lesionado y el efecto preclusivo que pueda tener un eventual acuerdo interestatal zanjando la cuestión de la reparación”⁸⁰. En todo caso, como señalara la CIJ en el asunto relativo a la *Orden de Detención* ... “La competencia no implica ausencia de inmunidad y la ausencia de inmunidad no implica la competencia”⁸¹.

Una vez que se ha establecido que determinado funcionario del Estado goza de inmunidad, debe aclararse si dicha inmunidad impide a un Estado extranjero llevar adelante cualquier tipo de procedimiento penal en relación con dicha persona, o sólo determinados procedimientos, como los que restringen su libertad de movimiento o los que restringen su capacidad para cumplir funciones oficiales. En su sentencia en el asunto *Djibouti c. Francia*, la CIJ reafirmó sus conclusiones en la causa de la *Orden de detención* en el sentido de que una inmunidad de jurisdicción penal y una inviolabilidad totales significa protección contra “todo acto de autoridad de otro Estado que pudiera obstaculizar [al funcionario del Estado] el cumplimiento de sus funciones”⁸². Así pues, según la Corte, “el factor determinante para apreciar si ha habido o no un atentado contra la inmunidad del Jefe de Estado radica en la sujeción de éste a un acto de autoridad coercitivo”⁸³. Si bien la práctica es relativamente limitada, parecería que cuando la inmunidad es aplicable, proporciona una inmunidad total frente a todos los ejercicios de poder del sistema de justicia penal sobre la persona. Ello encuentra fundamento en la premisa de que, a fin de cumplir sus funciones oficiales, un funcionario del Estado debe tener libertad para viajar, trabajar e interactuar en una jurisdicción extranjera sin ninguna amenaza de interferencia en sus funciones. La potencial amenaza de una injerencia o coacción, aunque no impida directamente el cumplimiento de funciones oficiales, puede limitar la capacidad de un funcionario del Estado para desempeñar eficazmente las funciones oficiales.

⁸⁰ Remiro Brotóns, op. cit.

⁸¹ CIJ, *Orden de detención*, op. cit., para. 59.

⁸² CIJ, *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal* op. cit., par. 170. En el mismo sentido CIJ, *Orden de detención*, op. cit., para. 54.

⁸³ CIJ, *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*, op. cit., para. 170.

El proyecto de artículo 6 de la CDI se refiere al “Alcance de la inmunidad *ratione materiae*”. Allí se dispone que:

“1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.”⁸⁴

5. La cuestión de la responsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios

No existen razones objetivas para establecer una distinción entre la atribución del comportamiento a los efectos de la responsabilidad, por un lado, y a los efectos de la inmunidad, por el otro. Si un acto a los efectos de la inmunidad de jurisdicción no se considera solamente un acto del funcionario sino que se atribuye al Estado, difícilmente existan razones para afirmar que ese mismo acto, a los efectos de la responsabilidad del Estado, no se considera como un acto del Estado⁸⁵.

Según el derecho internacional, se considera hecho del Estado el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, cualquiera sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como una división territorial del Estado⁸⁶. Por lo tanto, el derecho de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente

⁸⁴ Doc. A/CN.4/701, Anexo II, p. 109.

⁸⁵ Kolodkin, op. cit., para. 24, p. 14-15.

⁸⁶ Véase el párrafo 1 del artículo 4 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (resolución AGNU 56/83, 21/12/2001). Al respecto, puede verse Crawford, James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios*, Introducción y apéndices traducidos por Luis Fonseca bajo la supervisión de Carlos Espósito, Dykinson, Madrid, 2004, p. 132.

ilícitos comprende una gama de funcionarios más amplia a los efectos de la atribución del acto. La CIJ, en su opinión consultiva sobre la *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, reafirmó una norma arraigada de carácter consuetudinario según la cual la conducta de cualquier órgano de un Estado debe considerarse un acto de dicho Estado⁸⁷.

Por lo tanto, la expresión “funcionario del Estado”, a los efectos de la responsabilidad del Estado, comprende efectivamente no sólo a quienes constituyan un órgano formal del Estado, sino también a aquellas personas o entidades que ejerzan elementos de autoridad gubernamental. Asimismo, la expresión abarca a las personas o grupos de personas que de hecho actúan cumpliendo instrucciones de un Estado o bajo su dirección o control o a aquellas personas o grupos de personas que ejercen elementos de autoridad gubernamental en ausencia o a falta de una autoridad oficial⁸⁸.

Asimismo, aún en supuestos en que el Estado es responsable en el plano internacional, no existe una regla de derecho internacional que lo exima de esa responsabilidad por esos mismos actos en el derecho interno⁸⁹.

6. Limitación de las inmunidades

El derecho consuetudinario aplicable a la inmunidad de los funcionarios del alto rango prohibía, generalmente, impulsar un proceso judicial penal contra ellos. Sin embargo, se advierte una tendencia a limitar este tipo de inmunidades en ciertas circunstancias. Hasta que la inmunidad de un antiguo Jefe de Estado fue desafiada en los tribunales británicos con motivo de la solicitud de extradición del ex presidente

⁸⁷ CIJ. *Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*, Opinión consultiva de 29 de abril de 1999, par. 62, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/100/100-19990429-ADV-01-00-EN.pdf> (acceso 06/07/2017).

⁸⁸ Cfr. Arts. 4 - 11 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, op. cit.

⁸⁹ Douglas, Zachary, “State Immunity for the Acts of State Officials”, *British Yearbook of International Law* n. 82 (1), Oxford University Press, 2012, pp. 281-348, p. 296.

chileno Augusto Pinochet Ugarte para presentarse a juicio ante la corte española por determinados crímenes internacionales⁹⁰, habían existido pocas instancias en las que la posición de un Jefe de Estado se hubiera tratado ante un tribunal extranjero, observándose en la mayoría de esas ocasiones la inmunidad de jurisdicción como principio de cortesía que podía suplementar cualquier vacío legal en la materia⁹¹. Esta tendencia incluye la creación de normas que permiten el procesamiento tanto de ex Jefes de Estado como Jefes de Estado en funciones y funcionarios estatales si estos juicios son llevados a cabo por tribunales penales internacionales⁹². Los Estatutos de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda asumen tales premisas y proclaman que el cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea Jefe de Estado o de Gobierno o funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena (arts. 7.2 y 6.2 respectivamente), disposiciones que cobraron especial relevancia con el asunto “Milosevic”. El Tribunal Especial para Sierra Leona se inclinó asimismo por esta posición. Desde 2002, la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), inspirada por el objetivo de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, recoge esta preferencia en el artículo 27 de su Estatuto⁹³.

⁹⁰ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex p Pinochet Ugarte (N. 1)* [2000] 1 AC 61 (HL) 110. En este caso, el tribunal sostuvo que Pinochet carecía de inmunidad ante un procedimiento relativo a un crimen internacional que involucra la violación de un derecho humano fundamental, a pesar de que haya sido cometido durante el ejercicio de sus funciones y para fines del Estado.

⁹¹ Véase la abundante jurisprudencia citada por Pisillo Mazzeschi, Ricardo, “The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories”, *Questions of International Law*, n. 17, 2015, p. 3-31, p. 13, nota 23).

⁹² Ya el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg establecía en su art. 7°: “El cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena”. Posteriormente, ese principio fue recogido en los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, de 31/12/1950, cuyo Principio III dispone: “El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional”.

⁹³ Cartes Rodríguez, Juan Bautista, “Reflexiones en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estados ante la comisión de crímenes internacionales en el marco del Estatuto de Roma”, 35 *Anuario Español de Derecho Internacional* (2019), pp. 487-531.

Siguiendo apropiadamente con esta tendencia, el proyecto de artículos de la CDI establece en su Art. 7:

“1. La inmunidad no se aplicará en relación con los siguientes crímenes:

a) El crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura o las desapariciones forzadas;

b) Los crímenes de corrupción;

c) Los crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes, cuando los mismos se produzcan en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes.

2. Lo previsto en el párrafo 1 no se aplicará a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio.

3. Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de:

a) Cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable;

b) La obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro.”

Sin embargo, su aprobación no estuvo exenta de discusiones que llevaron a que su adopción se decidiera por medio de una votación, método inusual en el marco de la CDI, donde las decisiones son generalmente adoptadas por consenso de los miembros⁹⁴. Entre los que

⁹⁴ De los 49 Estados que debatieron el trabajo de la Comisión en una reunión de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 23 expresaron una opinión muy positiva con respecto al Proyecto de Artículo 7.1, aunque 11 expresaron ciertas reservas, como la necesidad de vincular el Proyecto de Artículo 7 con garantías procesales. En contraste, un número casi igual (21 Estados) expresó una visión mayormente negativa. Los cinco Estados restantes expresaron una visión ambigua. Respecto de si el Proyecto de Artículo 7.1 refleja el derecho internacional consuetudinario existente, solo cinco Estados parecían pronunciarse afirmativamente, mientras que 16 se manifestaron en contra. Los Estados restantes no abordaron el punto directamente, pero 21 de los 49 Estados sostuvieron que el Proyecto de Artículo 7.1 no se basaba en una práctica estatal suficiente, mientras que 26 expresaron reservas o críticas con respecto al método o procedimiento de la Comisión al adoptar el texto. Cfr. Murphy, Sean, “Immunity *Ratione Materiae* of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Where is the State Practice in Support of Exceptions?”, 112 *AJIL Unbound* (4 de abril de 2018), pp. 4-8, disponible en <https://doi.org/10.1017/aju.2018.8> (consulta 30 de mayo de 2019).

se opusieron al proyecto de artículo estaba Sean Murphy, quien señaló que, a su juicio, la práctica estatal en apoyo de las seis excepciones enumeradas en el Proyecto de Artículo 7 no es generalizada, representativa ni coherente. Murphy expresa que, en lugar de basarse en la práctica existente, la Comisión justifica el Proyecto de Artículo 7 por dos motivos. En primer lugar, afirma que existe una “tendencia perceptible” hacia la limitación de dicha inmunidad, una afirmación que tampoco se ve confirmada por la práctica extremadamente limitada citada. En segundo lugar, la Comisión afirma que su proyecto de artículos debe adaptarse a “un orden legal internacional cuya unidad y naturaleza sistémica no pueden ser ignoradas”. Esta afirmación vaga y superficial no explica por qué algunos delitos están allí contemplados (v.g. apartheid), mientras que otros delitos han quedado afuera (v.g. esclavitud, trata de personas, agresión). En ese sentido, Murphy sostiene que el Proyecto de Artículo 7 podría considerarse como una propuesta de la Comisión para una nueva regla que podría incorporarse en un tratado, que los Estados podrían optar por aceptar o rechazar. Sin embargo, no puede considerarse que refleje el derecho existente⁹⁵.

La Relatora Especial se hizo cargo de esta divergencia de opiniones en su sexto informe⁹⁶, señalando, entre otras cuestiones, que los Estados participantes en el debate consideraron conveniente:

“establecer un equilibrio entre la preservación de la inmunidad como garantía del principio de igualdad soberana y el mantenimiento de los instrumentos establecidos para luchar contra la impunidad de los más graves crímenes de derecho internacional, lo que se ha traducido en varias ocasiones en la afirmación general de que inmunidad no equivale a impunidad”⁹⁷.

En su más reciente fallo⁹⁸, no exento de debate en el plano académico⁹⁹, la Cámara de Apelaciones de la Corte Penal Internacional

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ CDI, Sexto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, Doc. A/CN.4/722, 12 de junio de 2018 paras. 9-20.

⁹⁷ *Ibidem*, para. 17.

⁹⁸ ICC, Judgment of the Appeals Chamber, *The Prosecutor v Al-Bashir*, No: ICC-02/05-01/09 OA2, La Haya, 6 de mayo de 2019, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/05-01/09-397> (acceso 30/05/2019).

sostuvo que no existe una práctica estatal ni una *opinio juris* que respalden la existencia de inmunidad de Jefe de Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario con respecto a un tribunal internacional. Por el contrario, tal inmunidad nunca ha sido reconocida en el derecho internacional como un impedimento para la jurisdicción de un tribunal internacional¹⁰⁰. Al ratificar el Estatuto de Roma, los Estados Partes han aceptado que la inmunidad del Jefe de Estado no puede impedir que la Corte ejerza su jurisdicción, lo que está en consonancia con el derecho internacional consuetudinario. No hay ninguna razón por la que el artículo 27.2 del Estatuto deba interpretarse de manera tal que permita a un Estado parte invocar la inmunidad del Jefe de Estado en la relación horizontal si la Corte solicitara el arresto y la entrega del Jefe de Estado a otro Estado Parte¹⁰¹.

7. Los aspectos procesales

Escobar Hernández dedica su sexto informe a analizar las cuestiones procesales que están relacionadas con la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado¹⁰². En dicho trabajo se ocupa del concepto de jurisdicción y de los componentes de tres aspectos procesales que guardan una estrecha relación con este concepto: el momento en que la inmunidad debe ser considerada por las autoridades del Estado del foro, los actos de las autoridades del foro que quedan afectados por la inmunidad y la determinación de la inmunidad. Al respecto, subraya la “necesidad de establecer salvaguardas procesales para evitar la politización y el abuso de jurisdicción penal respecto de los funcionarios extranjeros”¹⁰³.

⁹⁹ Akande, Dapo, “ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals”, *EJIL: Talk!*, 6 de mayo de 2019, disponible en <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/> (acceso 30/05/2019).

¹⁰⁰ ICC, Judgment of the Appeals Chamber, *The Prosecutor v Al-Bashir*, op. cit., para. I.1.

¹⁰¹ *Ibidem*, para. I.4.

¹⁰² Doc. A/CN.4/722, op.cit.

¹⁰³ *Ibidem*, para. 29.

Al considerar estas cuestiones, la Relatora formula, acertadamente, una serie de preguntas que resulta necesario dilucidar antes de efectuar una determinación sobre la inmunidad, tales como:

“qué se entiende por jurisdicción; a qué tipo de actos del Estado del foro afecta la inmunidad de jurisdicción penal extranjera; quién determina la aplicabilidad de la inmunidad y qué efecto tiene dicha determinación; cuándo empieza a operar la inmunidad frente a la jurisdicción extranjera; si es necesaria o no la invocación de la inmunidad y quién puede invocarla; cómo se puede producir la renuncia o levantamiento de la inmunidad, quién puede llevarla a cabo y qué efectos tiene sobre el ejercicio de la jurisdicción; cómo asegurar la comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario y a través de qué mecanismos se puede llevar a cabo; si existen o no mecanismos que permitan al Estado del funcionario que sus posiciones jurídicas sean conocidas y tomadas en consideración por los tribunales del foro en el momento de determinar la aplicabilidad de la inmunidad en un caso concreto; cómo facilitar la cooperación y la asistencia judicial internacional entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; en qué medida y a través de qué procedimientos se debe tomar en consideración la obligación de cooperar con un tribunal penal internacional; o cómo transferir, en su caso, el procedimiento iniciado en el Estado del foro al Estado del funcionario o a un tribunal penal internacional”.¹⁰⁴

Los Estados utilizan diversos enfoques para decidir qué autoridades están facultadas para efectuar las determinaciones de inmunidad de los funcionarios de un Estado extranjero. Por un lado, en los países con sistemas jurídicos de inspiración románica esa determinación por lo general es efectuada por el poder judicial solo, sin aporte alguno del ministro de Relaciones Exteriores o el Poder Ejecutivo en general¹⁰⁵. En contraste, en los países de *common law*, los tribunales generalmente se guían por las determinaciones de inmunidad que hace el

¹⁰⁴ *Ibidem*, para. 35.

¹⁰⁵ En el caso de la República Argentina, la autoridad interviniente (sea judicial o policial) solicita al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto que informe sobre la condición en que se halla acreditado el funcionario extranjero. El Ministerio responde el requerimiento acompañando la constancia de acreditación del funcionario y detalla el tipo de inmunidad (plena o restringida), según las funciones que desempeñe la persona. Eventualmente, en caso de que el funcionario extranjero goce de inmunidad de jurisdicción, la justicia pide a Cancillería que requiera al Estado extranjero su conformidad para que el funcionario pueda ser sometido a juicio. Cfr. Arredondo, Ricardo, *Derecho diplomático y consular*, op. cit., p. 182 y ss.

Poder Ejecutivo¹⁰⁶. Por ejemplo, la práctica de los Estados Unidos muestra que la inmunidad de un funcionario extranjero puede ser invocada por dicha persona o por su gobierno, y posteriormente debe ser certificada por el Departamento de Estado¹⁰⁷. Ello no obstante, hay discrepancia acerca de si la FSIA también faculta a los tribunales a efectuar determinaciones independientes acerca de la inmunidad de los Jefes de Estado, existiendo opiniones a favor y en contra¹⁰⁸, aunque en la mayoría de los casos los tribunales de los Estados Unidos hacen lugar a las “sugerencias de inmunidad” cuando el Poder Ejecutivo las formula¹⁰⁹.

Por otra parte, nada impide, en principio, preservar la inmunidad de jurisdicción y asegurar la primacía del Estado del funcionario para juzgar los crímenes que éste supuestamente haya cometido, “siempre que el ejercicio de dicha jurisdicción sea efectivo”¹¹⁰.

Alternativamente, el Estado afectado podrá pedir que el acreditante retire la inmunidad de jurisdicción de un funcionario extranjero. A su vez, el Estado de nacionalidad del funcionario podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción, al igual que a otras inmunidades y privilegios¹¹¹. En cualquier caso, nada impide que el Estado de nacionalidad tome la iniciativa mediante, por ejemplo, la renuncia expresa a la inmunidad de sus funcionarios¹¹². El fundamento

¹⁰⁶ En el asunto *Khurts Bat*, a pesar de la declaración del Director del Protocolo en nombre del Secretario de Estado del Foreign and Commonwealth Office en el sentido de que “en última instancia, la cuestión de si el Sr. Khurts Bat llegó al Reino Unido el 18 de septiembre de 2010 en una misión especial es una cuestión de derecho que debe determinar la corte”, el tribunal de apelaciones británico afirmó que ello era exclusivamente una competencia del Gobierno del Reino Unido y no del tribunal. Cfr. *Khurts Bat*, op. cit., pars. 24 y 39.

¹⁰⁷ Denza, Eileen, *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2da. ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 255.

¹⁰⁸ Véase CDI, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría”, op. cit., par. 227.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 228.

¹¹⁰ Doc. A/CN.4/722, op.cit., para. 39. Este fue el criterio empleado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la *Orden de detención del 11/4/2000* (R. D. del Congo c. Bélgica)” (2002), fallo de 14/2/2002.

¹¹¹ Estos principios se encuentran consagrados en el art. 32, inc. 1°, CVRD.

¹¹² Para la práctica argentina puede verse Corte Suprema de Justicia de la Nación, asuntos *Peca, Américo A. s/adulteración o sustitución de numeración*, fallo P.1749.XXXIX del 23/12/2004. Esta sentencia sigue los precedentes establecidos por el mismo tribunal en los casos *Legación de Austria. Conant Harris, Richard*, Fallos 213:280, del 25/3/1949;

de la renuncia a la inmunidad –como el fundamento de la inmunidad misma– se basa en la igualdad soberana de los Estados y el principio *par in parem non habet imperium*.

Si bien, en función de esa soberanía, se considera que los Estados tienen libertad para determinar cuándo renunciarán a la inmunidad de uno de sus funcionarios, la resolución del IDI dispone que “dicha renuncia debería hacerse cuando el Jefe de Estado sea sospechoso de haber cometido crímenes de naturaleza particularmente grave, o cuando no sea probable que el ejercicio de sus funciones haya de verse obstaculizado por las medidas que las autoridades del foro puedan tener que adoptar”¹¹³.

Aunque se acepta casi universalmente que los Estados pueden renunciar a la inmunidad de sus funcionarios actuales o ex funcionarios mediante una renuncia expresa, la noción de una renuncia tácita es más polémica. Respecto de cuáles son en particular las autoridades o el órgano del gobierno competente para renunciar a la inmunidad de sus funcionarios, la resolución del IDI hace un reenvío al derecho interno al señalar que “el derecho interno del Estado de que se trate determina cuál es el órgano competente a los efectos de dicha renuncia”¹¹⁴. Debe recordarse, como consistentemente lo han sostenido la doctrina, la jurisprudencia y la práctica estatal, que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no entraña la renuncia a la inmunidad de ejecución, para lo cual se requiere una renuncia separada¹¹⁵.

Con respecto al momento en que la inmunidad debe ser tenida en cuenta, cabe recordar que la CIJ se ha pronunciado expresamente tanto sobre el carácter preliminar de esta institución como sobre los tipos de actos de las autoridades del foro que pueden verse afectados por la inmunidad, lo que constituye una vía indirecta para identificar las fases

Caja Nacional de Ahorro Postal c. Legación de Polonia, Fallos 223:504, del 29/10/1952; *Honig, Samuel y otra*, Fallos 255:134, del 22/3/1963, entre otros.

¹¹³ IDI, op. cit., Art. 7, para. 2. Para un análisis pormenorizado de la relación inmunidades y violaciones graves a los derechos humanos puede verse Espósito Massicci, Carlos, *Inmunidad del Estado y derechos humanos*, Civitas, Navarra, 2007.

¹¹⁴ IDI, op. cit., Art. 7.1.

¹¹⁵ Cfr. Arredondo, Ricardo, *Derecho diplomático y consular*, op. cit., p. 186 y ss.

procesales en que la inmunidad debe ser tenida en cuenta¹¹⁶. Por ello, la Relatora Especial concluye que:

“la inmunidad debe ser considerada por los tribunales del Estado del foro al comienzo del ejercicio de su jurisdicción, tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Con esta regla general se evita la realización de actos de jurisdicción que puedan ser contrarios al principio de igualdad soberana, que puedan incidir negativamente en el desempeño por el funcionario extranjero de funciones estatales y que, en caso de producirse, podrían privar de todo efecto a la inmunidad de jurisdicción en caso de que la misma se aplique”¹¹⁷.

Consecuentemente, los tribunales del Estado del foro deberán considerar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado: a) antes de que se inicie la fase de enjuiciamiento que pueda afectar a un funcionario extranjero; b) antes de adoptar un acto de acusación o procesamiento del funcionario; y c) antes de adoptar contra dicho funcionario actos que le son dirigidos expresamente, que le imponen obligaciones de cuyo incumplimiento se pueden derivar medidas coercitivas y que le pueden impedir de forma verosímil el correcto desempeño de sus funciones estatales, incluso cuando dichas medidas revistan un carácter cautelar y puedan dictarse en la fase de investigación o instrucción¹¹⁸.

8. Conclusiones

Las inmunidades de los funcionarios extranjeros, incluyendo el principio de inviolabilidad, son una de las primeras expresiones del derecho internacional y persiguen el apropiado desarrollo de las relaciones entre los Estados. Sin embargo, las inmunidades no dan derecho a los funcionarios extranjeros a evadir las leyes internacionales. A pesar de ello, existen ocasiones en que las personas que gozan de

¹¹⁶ CIJ, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, opinión consultiva, ICJ Reports 1999, p. 62 y ss., en particular p. 88, para. 63. Asimismo, existen otros precedentes jurisprudenciales que la Relatora Especial señala en su informe. Doc. A/CN.4/722, op. cit., para. 53-56.

¹¹⁷ Doc. A/CN.4/722, op. cit., para. 57.

¹¹⁸ *Ibidem*, para. 63.

inmunidades incurren en abusos o quebrantamientos de las normas del derecho internacional, generando incidentes entre los Estados.

La necesidad de establecer un equilibrio entre la aplicación de las inmunidades *ratione personae* y *ratione materiae* y la preservación del orden internacional tornan conveniente delimitar las instancias en que esas inmunidades pueden ser esgrimidas. Resulta fundamental que la inmunidad no se convierta en una barrera u obstáculo que facilite la perpetración de crímenes internacionales y coadyuve a la impunidad de los responsables de esos crímenes, más allá del rango que ostenten o hayan revestido en los países de su nacionalidad. Ello es particularmente así en un orden internacional que viene experimentando un proceso de humanización y el ocaso del paradigma estatocéntrico, en el que todavía subsiste el principio clásico de igualdad soberana de los Estados¹¹⁹.

En este sentido, es laudable la labor emprendida por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y, en particular, el riguroso trabajo de la Relatora Especial en este tema, la Sra. Concepción Escobar Hernández, ya que de ese estudio profundo y riguroso surgirán normas que, aunque no lleguen a transformarse en un tratado o convención, representarán la *opinio juris* de los Estados, servirán de guía al accionar de la comunidad internacional cuando deba enfrentarse a estas espinosas cuestiones y, eventualmente, como sucedió con gran parte de los artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por el hecho ilícito, podrán llegar a convertirse en normas consuetudinarias que regulen la conducta estatal.

¹¹⁹ Al respecto, puede verse Arredondo, Ricardo y Espósito Massicci, Carlos, “Seguridad humana y responsabilidad de proteger: dos conceptos y un mismo núcleo”, en Pérez de Armiño, Karlos y Mendia Azkue, Irantzu (Editores), *Seguridad Humana. Aportes críticos al debate teórico y político*, Tecnos, Madrid, 2013.

LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y EL ARREGLO JURISDICCIONAL DE CONTROVERSIAS

N. Gladys Sabia de Barberis

SUMARIO: I. Introducción. II. La instancia jurisdiccional; *II.1. La Corte Internacional de Justicia; II.2. El Tribunal Internacional de Derecho del Mar; II.3. La solución de diferencias en la OMC; II.4. El arbitraje internacional.* III. El tema en la Comisión de Derecho Internacional; IV. Conclusiones.

I. Introducción

Los medios pacíficos de solución de controversias mencionados por el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, pero que además tienen carácter consuetudinario, son aplicables a las diferencias que se producen en las relaciones entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales¹ o entre organizaciones internacionales, aunque no lo sean en la misma medida. En efecto, todos ellos pueden recurrir a los llamados medios políticos como la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación, la conciliación, el recurso a organismos o acuerdos regionales. En cuanto a los métodos jurisdiccionales, tanto los Estados como las organizaciones internacionales podrían acceder sin inconvenientes al método del arbitraje, si así lo acordasen, pero en derecho internacional existen restricciones en relación con el acceso a tribunales permanentes en razón de tratarse de un orden jurídico descentralizado en la creación y sobre todo en la aplicación de las normas que integran el sistema.

¹ El Proyecto sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, aprobado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional, en su 63° periodo de sesiones, en el artículo 2 a) establece: "Se entiende por 'organización internacional' una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. Además de los Estados, las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros con otras entidades".

Como es un tema muy amplio, nos circunscribiremos en este trabajo a analizar el estado actual del acceso de las organizaciones internacionales a distintos tribunales. En primer lugar, cabe resaltar que sólo los Estados pueden incoar la instancia de la Corte Internacional de Justicia en los casos contenciosos, tal como ocurrió anteriormente con la Corte Permanente de Justicia Internacional. Pero, como veremos más adelante, las organizaciones internacionales pueden acceder a otros tribunales. Sin embargo, también es dable considerar que las Naciones Unidas, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, algunos órganos de dicha Institución y las organizaciones internacionales, autorizados por la Asamblea General pueden peticionar a la Corte Internacional de Justicia, opiniones consultivas, las que carecen de obligatoriedad pero que, bajo ciertas circunstancias, deberán ser aceptadas como decisorias por todas las partes en la controversia de que se trate. Los Estados, por su parte no están habilitados para ello. También otros tribunales internacionales pueden emitir opiniones consultivas, por lo que es interesante indagar cuáles son los entes que pueden solicitarlas.

Es muy ilustrativo señalar en relación con los medios pacíficos de solución de controversias, por ejemplo, que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrado entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales², suscripta en 1986 en su Sección 4, Artículo 65 referente al Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la alegación de nulidad o de terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado, en su inciso 3 expresa, “*que si cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas*”.

De acuerdo con el Artículo 66 de la misma Convención se establecieron los procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y de conciliación cuando hubiesen pasado doce meses desde que se hubiera formulado la objeción sin llegar a un acuerdo. Existe una distinción según se trate de una controversia relativa a la aplicación o a la interpretación de los Artículos 53 y 64, referentes al *jus cogens*, existente o emergente, en cuyo caso se podrá solicitar una Opinión Consultiva y, si

² No está en vigor. Fue ratificada por 32 países y 12 organizaciones internacionales, pero necesita 35 ratificaciones de países porque las de las O.I. no cuentan para la entrada en vigor.

se rechazara la petición, las partes de común acuerdo podrán convenir someter la controversia a un procedimiento de arbitraje, pero si se tratase de otras causales, podrán iniciar un procedimiento de Conciliación. A tal efecto, en un Anexo a la Convención se establecieron los procedimientos tanto de Arbitraje como de Conciliación.

Así también en el Proyecto de Artículos sobre “Responsabilidad de las organizaciones Internacionales”, aprobado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional en su 3097° sesión del 3 de junio de 2011, en su Artículo 53 relativo a las obligaciones que no pueden ser afectadas por contramedidas, en el párrafo 2 estableció que tanto el Estado como las organizaciones internacionales lesionadas que tomen contramedidas no quedarán exentos del cumplimiento de las obligaciones que les incumban *“a) en virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre el Estado lesionado o la organización internacional lesionada y la organización internacional responsable...”* A su vez, el Artículo 55 relativo a las condiciones del recurso a las contramedidas, en el párrafo 3 establece que éstas no podrán tomarse o deberán suspenderse sin demora injustificada, si *“a) el hecho internacionalmente ilícito ha cesado y b) la controversia está sometida a una corte o a un tribunal competentes para dictar decisiones vinculantes para las partes”* y el párrafo 4 prescribe: *“No se aplicará el párrafo 3 si la organización internacional responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias”*.

Es decir que tanto la Convención como el proyecto de artículos mencionados, presuponen la aplicación de los métodos pacíficos de solución de controversias cuando intervengan organizaciones internacionales.

Por otra parte, cada vez más se permite a las organizaciones internacionales incoar la instancia en distintos foros jurisdiccionales, como en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o como en el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

En este trabajo también analizaremos algunos casos concretos en que las organizaciones internacionales han recurrido a métodos jurisdiccionales, como el arbitraje u otros tribunales previamente constituidos.

II. La instancia jurisdiccional

II. 1. La Corte Internacional de Justicia.

Según el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, la Corte es el órgano judicial principal del citado organismo y se rige por su Estatuto que, en su Artículo 34.1 establece que sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte. De acuerdo con el Artículo 36.1. de dicho Estatuto, la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes. La Corte, por su parte, puede pedir informaciones a organizaciones internacionales públicas y deberán recibir las informaciones que dichas organizaciones les envían en las especialidades para las que están constituidas. Por lo tanto, ni los organismos internacionales ni los particulares tienen actualmente *locus standi* ante la Corte para dirimir diferencias. Además, su jurisdicción es obligatoria sólo para aquellos Estados que la hubiesen aceptado.

Llegado a este punto caber preguntarse ¿Es un impensable que los organismos internacionales puedan acudir a la Corte para dirimir sus diferencias con Estados o con otros organismos internacionales?

Sobre dicho tema es muy interesante un trabajo de Ph. Couvreur, en la publicación de homenaje a Bedjaoui, ya que con motivo que este internacionalista estaba de acuerdo con la idea de abrir el acceso a la Corte a las organizaciones internacionales, se ocupó de reseñar algunos antecedentes que serán valiosos para futuros intentos³.

En este sentido cita a *l'Institut de droit international*, en su sesión de Aix-en-Provence de 1954 que adoptó una resolución con sesenta votos a favor y sin oposición denominada "*Etude des amendements à apporter au Statut de la Cour internationale de Justice*", cuyo punto 6

³ Philippe Couvreur, "Accès des organisations intergouvernementales a la procédure contentieuse de la Cour", en la publicación «*Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*» Kluwer Law International, Netherlands, 1999.

declaraba que parecía urgente ampliar el artículo 34 del Estatuto de la Corte para permitir el acceso a las organizaciones internacionales⁴.

Bedjaoui ha bregado para poner de manifiesto esta posición y en la Sesión Plenaria de la Asamblea General del 11 de octubre de 1995 manifestó: “La compétence *ratione personae* de la Cour est restée pour ainsi dire figée depuis 1922. La Cour n’est ouverte qu’aux États. Aujourd’hui que les organisations internationales ont grandi, il importe de l’entrouvrir l’accès au contentieux”⁵.

También cita, entre los antecedentes, un documento de trabajo presentado por Guatemala el 28 de junio de 1997 en el Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del papel de la Organización de la Asamblea General, denominado “*Amendements qui pourraient être apportés au Statut de la Cour internationale de Justice afin d’étendre sa compétence aux différends entre États et organisations internationales*” con propuestas de modificaciones al Estatuto de la Corte, que no implicaban una reforma de la Carta y otra propuesta de Costa Rica que proponía modificaciones al Estatuto pero agregaba un artículo 96 bis a la Carta de las Naciones Unidas⁶. Estas proposiciones fueron muy poco debatidas en el seno de la Sexta Comisión cuando trató el Informe del Comité Especial en octubre de 1997, pero para Couvreur podrían servir como una base si se volviese a tratar el tema y considera que sólo un análisis de nivel técnico adecuado permitiría conocer si las aprehensiones que suscitaron *prima facie* están totalmente fundadas⁷.

Si bien en la actualidad este tema no ha avanzado, pues algunos autores y países consideran que habría que reformar la Carta, lo que resultaría muy problemático, otros, sin embargo, opinan que ello no sería necesario, que bastaría con reformar el Estatuto que es el texto legal que designa expresamente a los Estados como únicos poseedores del *locus standi* ante la instancia contenciosa de la Corte.

Otros problemas que aducen los detractores serían las dificultades para la ejecución de las sentencias y también que existiría un cúmulo de

⁴ Philippe Couvreur, *op. cit.*, p. 297.

⁵ Philippe Couvreur, *op.cit.*, p. 302.

⁶ Philippe Couvreur, *idem*.

⁷ Philippe Couvreur, *op. cit.*, p. 322.

trabajo que podría atentar contra la celeridad de los procesos pues llegarían muchos más casos a la instancia contenciosa de la Corte. Pero, en realidad, ninguna de estas alegaciones constituirían un impedimento para los que argumentan a favor.

Couvreur, cuya opinión es importante ya que lleva muchos años como Secretario de la Corte Internacional de Justicia termina su trabajo diciendo: “Les défis lancés aux Nations Unies en cette fin de siècle et de millénaire, que le Président Bedjaoui évoquait avec toute l'éloquence qui lui est coutumière, ne pourront être relevés qu'au prix de sérieux efforts d'imagination. Les propositions en question participent de tels efforts. Il serait dommage de l'ignorer”⁸.

Por otra parte, como dijimos, los Estados no pueden pedir a la Corte Opiniones Consultivas de las que trata el Artículo 96 de la Carta y 65 del Estatuto de la Corte. Estas pueden ser requeridas, sobre cualquier cuestión jurídica, por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, u otros órganos de las Naciones Unidas o por organismos especializados, con autorización de la Asamblea General, sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.

Pero a poco que se analicen los requerimientos que se han efectuado, puede constatarse que detrás de ellos muchas veces existe el impulso de uno o más países interesados, pero en este sentido cabe destacar que, como repetidamente dice la Corte, las Opiniones Consultivas no se emiten para los Estados interesados sino para el órgano u organismo que las solicitó. En todo caso el Estado no puede requerirlas directamente.

Como expresa Chappex, en el caso del Sahara Occidental, la controversia jurídica entre Estados reapareció, en relación con las opiniones consultivas, en los debates que se produjeron en la Asamblea General en 1974, concernientes a su descolonización y expresó: “...à l'instigation du Maroc et de la Mauritanie, l'Assemblée Générale adopta le 13 décembre 1974 la résolution 3292 (XXIX) par laquelle elle

⁸ Philippe Couvreur, *op. cit.*, pág. 323.

demandait a la Cour Internationale de Justice de donner un avis consultatif...”⁹.

Es más, algunos autores están a favor de esa influencia e inclusive Lachs, que fue durante muchos años Juez de la Corte expresó que los Estados deberían aprovechar más la oportunidad de propiciarlas a través de los órganos competentes, porque la circunstancia que las opiniones consultivas no sean obligatorias, no causan a las partes el mismo temor que la competencia contenciosa. Sin embargo para Lachs el peso de una opinión consultiva podría llevar a las partes de una controversia a buscar seriamente y de buena fe, una solución final que asegure la paz internacional¹⁰.

En la opinión de Lachs entiendo que sobrevuela la idea que manifestamos más arriba y es que detrás del pedido de una opinión consultiva siempre existen algún o algunos Estados.

Sobre la conveniencia de solicitar opiniones consultivas a la Corte es importante citar la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales que fue aprobada por Resolución de la Asamblea General 37/10 del 15 de noviembre de 1982. En la citada Resolución la Asamblea General emitió una Declaración solemne referida en general al arreglo pacífico de las controversias entre Estados, pero en la parte II, punto 5 se refirió a la facultad consultiva de ese tribunal diciendo: “Los órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados deberán estudiar la conveniencia de aprovechar la posibilidad de solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia que surjan dentro de la esfera de sus actividades, siempre que estén debidamente autorizados para ello”.

Las opiniones consultivas requeridas a la Corte Internacional de Justicia deben encuadrarse en los requisitos del artículo 96 de la Carta y 65 del Estatuto, pero a través de las distintas opiniones emitidas puede observarse que la interpretación de esos artículos no fue tan restrictiva,

⁹ Jean Chappetz, “Avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 16 octobre 1975 dans l’affaire du Sahara Occidental”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1976, p. 1138.

¹⁰ Manfred Lachs. “La fonction consultative de la C.I.J.”, *Comunicazioni e studi, Istituto di Diritto Internazionale*, Università di Milano, Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 437.

como lo fue para la Corte Permanente de Justicia Internacional en la primera Opinión Consultiva que solicitó el Consejo de la Sociedad de las Naciones en el caso de la Carelia Oriental, referente a un caso que involucraba a Finlandia y la Unión Soviética por cuestiones territoriales. El Tribunal manifestó, en esa oportunidad, que la cuestión sobre la que debía opinar era de hecho y no de derecho, en relación con una declaración que había formulado la Unión Soviética, anexada al Tratado de Paz entre ambos países, firmado en Dorpat el 14 de octubre de 1920¹¹. La Corte consideró que, siendo el eje del problema una cuestión de hecho, ésta estaría sujeta a prueba. Como Rusia rehusó cooperar con la investigación, la Corte no podía seguir adelante pues debería investigar toda la prueba y tomar testimonios¹².

Además la Opinión Consultiva estaba referida a cuestiones que eran litigiosas entre ambos países, pero Rusia no era miembro de la Sociedad de las Naciones por lo que sin su consentimiento no podía ser parte en una controversia ante el tribunal, aunque fuese indirectamente.

Si bien la Corte tenía en claro que no fue invitada a dictar un fallo sobre un diferendo sino a emitir una opinión consultiva, ésta no se refería a un derecho en abstracto sino que concernía a un punto esencial del conflicto entre Finlandia y Rusia. Para el tribunal contestar la pregunta equivaldría a fallar sobre la controversia, por lo que se negó a hacerlo¹³.

Del análisis de distintas opiniones consultivas emitidas por la Corte Internacional de Justicia, surge la siguiente evolución: la solicitud debe referirse a cuestiones jurídicas, pero ello no quiere decir que no haya algunas cuestiones de hecho o de otro tipo involucradas, siempre que existan las jurídicas. Asimismo debe tratarse de una cuestión que no esté siendo tratada por el Consejo de Seguridad en virtud de lo prescripto por el Artículo 12 de la Carta. Sin embargo, habría que ver en cada caso qué tipo de tratamiento le está dando el Consejo de Seguridad y tener en cuenta que la Asamblea General se ocupa de algunos aspectos distintos de los que trata ese órgano. En este sentido frecuentemente, mientras que el Consejo de Seguridad tiende a centrarse en los aspectos de las

¹¹ C.P.J.I., *série B*, N° 5, p. 28.

¹² C.P.J.I., *série B*, N° 5, p. 28.

¹³ C.P.J.I., *série B*, N° 5, p. 29.

cuestiones relacionadas con la paz y seguridad internacionales, la Asamblea General adopta un enfoque más amplio y considera también los aspectos humanitarios, sociales, económicos. Además, si bien las opiniones consultivas no deben prejuzgar sobre una controversia existente entre países, nada le impide tratar algunos aspectos jurídicos siempre que no resuelvan la totalidad de la controversia, pero deben estar, en el caso de los organismos especializados, relacionadas con los objetivos de la organización¹⁴.

La Corte podría en principio, en forma arbitraria, rehusar brindar una opinión Consultiva, ya que el Artículo 65.1 comienza diciendo: “La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica...” pero en realidad siempre analiza si existen razones decisivas que fundamenten su rechazo. Respecto de los organismos especializados, la solicitud de opinión consultiva debe referirse a una materia que esté dentro del marco de la actividad de la organización y, si no lo estuviese, no correspondería su tratamiento, pero en este caso no estaría haciendo uso de su poder de arbitrariedad.

Ejemplo de ello lo constituye la Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996¹⁵, sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados, solicitada en 1993 por el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en los siguientes términos: “Compte tenu des effets des armes nucléaires sur la santé et l’environnement, leur utilisation para un État au cours d’une guerre ou d’autre conflit armé constitueraient-elle une violation de ses obligations au regard du droit international y compris la constitution de l’OMS?”.

La Corte consideró que la pregunta no se encuadraba en la esfera de las actividades de la OMS, ya que ninguno de los veintidós puntos del artículo 2 de la Constitución de ese organismo se refería expresamente a la licitud o ilicitud de cualquier actividad peligrosa y poco importaba ese

¹⁴ Véase: Norma Gladys Sabia, “La Competencia de la Corte Internacional de Justicia para emitir una Opinión Consultiva en el caso de la Construcción de un Muro en Territorio Palestino Ocupado”, en la publicación de trabajos del Instituto de Derecho Internacional del CARI denominada “*Temas relacionados con la Opinión Consultiva sobre la construcción del Muro*”, CARI, Buenos Aires, 2005.

¹⁵ C.I.J. *Licéité de l’utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, *Recueil*, 1996, p. 68.

carácter, ya que fueran lícitas o ilícitas sus consecuencias sobre la salud serían las mismas.

La evolución que hemos mencionado también puede apreciarse en el desarrollo de la Opinión Consultiva emitida el 25 de febrero de 2019 sobre la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965¹⁶.

Si bien algunos órganos y organizaciones internacionales están habilitados para requerir a la Corte opiniones consultivas, éstas son facultativas, pero hay casos en que las Partes en un tratado ya sea celebrado entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales han investido a dichas opiniones de obligatoriedad¹⁷. En tal sentido es muy importante, la Sección 30 de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General por Resolución 22 A (1), el 13 de febrero de 1946, que en la parte pertinente del Artículo VI, prescribe:

“...Si surge una diferencia de opinión entre las Naciones Unidas por una parte y un miembro por la otra, se solicitará una opinión consultiva sobre cualquier cuestión legal conexas, de acuerdo con el artículo 96 de la Carta y el artículo 65 del Estatuto de la Corte. La opinión que dé la Corte será aceptada por las partes como decisiva”.

En esta normativa se inscribe la Opinión Consultiva del 1° de abril de 1999 sobre la Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargada de velar por la independencia de jueces, abogados, auxiliares de la justicia, el jurista malayo Dato Param Kumaraswamy¹⁸. En ejercicio de sus responsabilidades el Relator Especial encuestó a abogados y funcionarios y en su tercer informe relató una entrevista con una publicación de circulación en Gran Bretaña. Por sus dichos en esa

¹⁶ C.I.J. *Effets juridiques de la séparation de l'Archipel des Chagos de Maurice en 1965*, 25 février, 2019.

¹⁷ Sobre este tema ver N. Gladys Sabia de Barberis “Opiniones Consultivas obligatorias de la Corte Internacional de Justicia o ¿efectos obligatorios de ciertas opiniones consultivas?”, en la publicación de trabajos del Instituto de Derecho Internacional “*Temas jurisdiccionales en materia de Derecho Internacional*”, CARI, Buenos Aires, 2017, p. 23.

¹⁸ C.I.J., *Différend relatif a l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, *Recueil*, 1999, p. 62 y ss.

entrevista una empresa le inició una demanda judicial porque consideró que con esa entrevista la había expuesto al odio y al escándalo público¹⁹. El Relator Especial inició una demanda ante la Corte Suprema de Malasia porque consideraba que le era aplicable la Sección 22 del Artículo VI de la Convención de marras, pero ese Alto Tribunal no fue de esa opinión. Sobre el particular, el Secretario General de las Naciones Unidas solicitó una Opinión Consultiva y fundamentó el pedido en la existencia de una controversia entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Malasia sobre la aplicabilidad de la Sección 22 del artículo VI de la citada Convención, y la Corte consideró que le era aplicable. Es importante destacar que se estableció que el Gobierno de Malasia debía comunicar la Opinión Consultiva a los tribunales malayos para que otorgaran efecto a las obligaciones internacionales de ese país, porque en este caso la Opinión Consultiva tenía efecto decisorio.

Asimismo, existen opiniones consultivas con efecto obligatorio que constituyen una especie de apelación de sentencias de tribunales administrativos de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) o de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T), pudiendo acudir a este último otros organismos que hubiesen convenido aceptar su jurisdicción, así como sus funcionarios.

Cabe preguntarse cuáles son los instrumentos legales de los que surge la facultad de solicitar opiniones consultivas a la Corte respecto de las sentencias de los tribunales administrativos y en los que se les otorga a las sentencias de tales tribunales efecto decisorio.

El Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas fue creado por la Asamblea General en su Resolución 351 (IV) del 24 de noviembre de 1949 y de acuerdo con su Estatuto, los fallos eran definitivos e inapelables. La Resolución 957 (10) de la Asamblea General agregó al Estatuto un nuevo artículo 11 que preveía la posibilidad de impugnar, dentro de ciertos límites, los fallos del Tribunal Administrativo ante la Corte Internacional de Justicia por la vía de solicitar una Opinión Consultiva. Posteriormente el citado Tribunal fue reemplazado por el Tribunal Contencioso Administrativo de las Naciones Unidas, también creado por la Asamblea General y que comenzó a regir a partir del 1° de

¹⁹ Ídem, p. 67.

julio de 2009, estableciéndose la posibilidad de recurrir los fallos ante un verdadero Tribunal de Apelación. De los términos del artículo 11 surge que existían cuatro situaciones que podían originar el pedido de una Opinión Consultiva: si el tribunal se hubiese extralimitado en su función y competencia; si no ejerciera la jurisdicción que le hubiera sido conferida, si hubiese incurrido en un error sobre la cuestión de derecho relativo a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o si hubiese cometido un error fundamental de procedimiento que impidiera que se hiciera justicia.

Un Estado Miembro, el Secretario General o la persona que ha sido objeto del fallo del Tribunal podían impugnarlo y pedir por escrito al Comité creado por el párrafo 4 del artículo 11 y autorizado por la Asamblea General que solicitase una Opinión Consultiva a la Corte.

Cabe señalar que en este contexto, las opiniones consultivas, en realidad no constituyen verdaderos recursos de apelación, porque no tienen por objeto rehacer el fallo. La única cuestión de fondo que podría presentarse es que se cometiese un error que resultara contrario a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, situación que es bastante improbable que ocurra.

También la Organización Internacional del Trabajo tiene un Tribunal Administrativo que puede entender en controversias que se susciten en el seno del mismo organismo, pero también de otros órganos u organismos internacionales que hubiesen declarado aceptar su competencia para dirimir cuestiones que se planteasen en su ámbito interno.

El artículo 5 del Estatuto Administrativo de la OIT expresa:

“1. En los casos en que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo o el Consejo de Administración de la Caja de pensiones impugnen una decisión del tribunal, que confirme su competencia, o consideren que una decisión del Tribunal está viciada por una falta esencial en el procedimiento seguido, el Consejo de Administración someterá con carácter consultivo a la Corte Internacional de Justicia la cuestión de la validez de la decisión del Tribunal.

2. La opinión que emita la Corte será obligatoria”.

Reitero entonces que las peticiones a la Corte para que emita una Opinión Consultiva la realizan, según los casos, el Consejo de Seguridad o la Asamblea General y también otro órgano de Naciones Unidas u otros organismos autorizados por la Asamblea General. En el caso de los Tribunales Administrativos, el que formula el requerimiento a la Corte de una Opinión Consultiva es un órgano autorizado por la Asamblea General aunque lo haga en base a una impugnación a una sentencia por parte de un Estado, de un individuo o de una organización internacional y en estos casos tendrán carácter decisorio.

Ahora bien, las opiniones consultivas de la Corte, son facultativas pero pueden también estar investidas de obligatoriedad por algún Tratado o Estatuto de tribunales administrativos de las organizaciones internacionales. Si bien en este último caso es evidente que dirimen diferencias, no es menos cierto que las opiniones consultivas a las que no se les ha imprimido tal carácter constituyen algo más que una mera opinión, dado su carácter autoritativo, pues tienen una autoridad frente a los sujetos y órganos a los cuales se dirige la opinión²⁰.

Ago, por ejemplo, se planteó lo que ya dijimos más arriba, es decir si debería mantenerse un criterio que era usual en 1946 para aplicarlo en épocas posteriores en que existen múltiples controversias entre Estados y organizaciones internacionales y de éstas entre sí, y se preguntaba:

“¿No sería por consiguiente más simple y más apropiado adoptar el procedimiento contencioso para la solución de controversias internacionales, ya sea que las partes a ellas sean únicamente Estados o que haya entre ellas también organizaciones internacionales? En otras palabras, ¿no ha llegado el momento de abrir a las organizaciones internacionales la vía principal para hacer valer sus reclamaciones con respecto a Estados y oponerse a las reclamaciones de éstos, en vez de la vía –algo desviada– de un procedimiento ‘consultivo’ al que se le da valor decisorio y un alcance obligatorio que corresponden tan mal a su carácter propio?”²¹.

²⁰ Carlos Espósito, *op.cit.*, p. 18.

²¹ Roberto Ago, “Las opiniones consultivas ‘obligatorias’ de la Corte Internacional de Justicia”, en Manuel Rama-Montaldo (dir.) *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, p. 1098.

Como corolario de lo explicado, podemos afirmar que para algunos autores existiría una tendencia en ciernes a abrir el acceso de los organismos internacionales a la instancia contenciosa de la Corte, para que puedan dirimir sus controversias y, así no recurrir a las llamadas opiniones consultivas obligatorias y también para solucionar cualquier otro litigio que pudieran tener. Pero también habría que ahondar en otro tema, a mi entender más difícil, y es si los Estados podrían solicitar directamente opiniones consultivas a la Corte, en lugar de propiciarlas a través de los órganos y organismos internacionales habilitados hasta el presente.

II. 2. El Tribunal Internacional de Derecho del Mar.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de Montego Bay de 1982 (CONVEMAR) tiene la particularidad de haber establecido la obligatoriedad, a fin de devenir Parte, de escoger una o más instancias jurisdiccionales para resolver las diferencias. En efecto, la Parte XV de la Convención establece el régimen de solución de Controversias, determinando el artículo 279 la obligación de los Estados Partes de resolverlas por los medios pacíficos indicados en el párrafo 1 del artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Para ello, pueden elegir, de acuerdo con el artículo 287, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar constituido de conformidad con el Anexo 6 de la Convención, la Corte Internacional de Justicia, un tribunal arbitral constituido de acuerdo con el Anexo 7, o un tribunal especial constituido de acuerdo con el Anexo 8. En definitiva, siempre existe un tribunal disponible, ya que se presume que el Estado parte en una controversia no comprendida en una declaración en vigor, ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo 7 y también se aplica dicho arbitraje si las partes no han elegido un mismo tribunal.

Ahora bien, ¿pueden los organismos internacionales presentarse ante dichos tribunales? Sabemos que éstos no pueden incoar la instancia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia pero sí, dentro de ciertas condiciones, la Consultiva de acuerdo a lo descrito más arriba. La CONVEMAR, en cambio permite expresamente su admisión ante los tribunales aunque con limitaciones.

Cabe señalar que la Convención les otorga un lugar importante a otras entidades distintas de los Estados, entre ellas, las organizaciones internacionales.

El artículo 305 que detalla quiénes pueden acceder a la Convención mediante la firma prescribe en el inciso f): “las organizaciones internacionales con arreglo al Anexo 9”.

En el Anexo 9 referente a la Participación de organizaciones internacionales, éstas se definen como sigue: “A los efectos del artículo 305 y de este Anexo, por organizaciones internacionales se entenderán las organizaciones intergubernamentales constituidas por Estados que le hayan transferido competencias en materias regidas por esta Convención, incluida la de celebrar tratados en relación con ellas”. El mismo Anexo condiciona esa firma, a que la mayoría de sus miembros sean signatarios y también las organizaciones internacionales podrán confirmar o adherirse a la Convención si así lo hicieren la mayoría de sus miembros.

El punto 7. de dicho Anexo relativo a la Solución de Controversias es muy importante en este tema y dice:

“7.1. En el momento de depositar su instrumento de confirmación formal o de adhesión, o en cualquier momento ulterior, las organizaciones internacionales podrán elegir libremente, mediante una declaración escrita, uno o varios de los medios de solución de controversias relativas a la interpretación o la aplicación de esta Convención previstos en los apartados a), c) o d) del párrafo 1 del artículo 287.

2. La Parte 15 se aplicará *mutatis mutandi* a las controversias entre Partes en esta Convención cuando una o varias sean organizaciones internacionales.

3. Cuando una organización internacional y uno o varios de sus Estados Miembros sean Partes conjuntas en una controversia, o Partes con un mismo interés, se considerará que la organización ha aceptado los mismos procedimientos de solución de controversias que los Estados Miembros, sin embargo cuando un Estado miembro sólo haya elegido la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el artículo 287, se considerará que la organización y el Estado Miembro de que se trate han

aceptado el arbitraje de conformidad con el Anexo 7, salvo que las partes en la controversia convengan en otra cosa”.

Es importante destacar que las otras instancias jurisdiccionales que menciona el artículo 287 son competentes para conocer las mismas controversias que el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, de acuerdo con los incisos 1 y 2 del Artículo 288 de la Convención. Sin embargo, el inciso 3 prevé que la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional de Derecho del Mar o cualquier otra sala o tribunal arbitral a que hace referencia la Sección 5 de la Parte 11, será competente para conocer de cualquiera de las cuestiones que se le sometan conforme a lo dispuesto en esa Sección.

Si bien, según el Artículo 21 del Estatuto del Tribunal, éste es competente para conocer todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con la Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal, es dable puntualizar que el Artículo 20 de ese Estatuto limita el acceso de las entidades distintas de los Estados a los supuestos expresamente previstos en la Parte XI o cuando la competencia le es otorgada por cualquier otro acuerdo y es aceptada por todas las Partes en la controversia.

En efecto, el Artículo 20 del Estatuto del Tribunal Internacional de Derecho del Mar que se refiere al Acceso a esa instancia, expresa:

“1. Los Estados Partes tendrán acceso al Tribunal.

2. Las entidades, distintas de los Estados Partes tendrán acceso al tribunal en cualquiera de los supuestos expresamente previstos en la Parte XI o en relación con toda controversia que sea sometida al Tribunal de conformidad con cualquier otro acuerdo que le confiera una competencia aceptada por todas las Partes en la controversia”.

La Parte 11 de la Convención se refiere a la Zona y a los principios que la rigen, entendiéndose por Zona los fondos marinos más allá de la plataforma continental de los países que se determina de acuerdo con dicha Convención.

Por su parte, el Artículo 187 de la Convención estableció la Sala de Controversias de los Fondos Marinos que tiene su propia competencia,

diferente a la del Tribunal en pleno, pues tiene jurisdicción obligatoria y casi exclusiva respecto a las controversias que surjan en conexión con las actividades de la Zona.

De lo expuesto se concluye que las organizaciones internacionales pueden acceder a la jurisdicción contenciosa del Tribunal para dirimir sus diferencias con Estados u otras organizaciones internacionales cuando la cuestión se refiera a la Parte XI o exista un acuerdo que así lo establezca.

En relación con la competencia Consultiva de la Sala, la misma Parte XI establece qué órganos de la Autoridad están facultados para solicitarle que emita una Opinión Consultiva. A tal efecto citaré las partes pertinentes de los artículos que se refieren a este tema y que son los siguientes:

El Artículo 191 de la Convención establece: “Cuando lo soliciten la Asamblea o el Consejo, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos emitirá opiniones consultivas sobre las cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de actividades de esos órganos...”.

Dicho Artículo está en línea con aquéllos que se refieren a las funciones de ambos órganos de la Autoridad.

En efecto, el Artículo 159, que se refiere a la Composición, procedimiento y votaciones de la Asamblea, expresa en su inciso 10:

“Previa solicitud dirigida por escrito al Presidente y apoyada como mínimo por una cuarta parte de los miembros de la Autoridad, de que se emita una opinión consultiva acerca de la conformidad con esta Convención de una propuesta a la Asamblea respecto de cualquier asunto, la Asamblea pedirá a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar que emita una opinión consultiva al respecto y aplazará la votación sobre dicha propuesta hasta que la Sala emita su opinión consultiva...”.

El Artículo 162 que se refiere a las facultades y funciones del Consejo dice en su inciso 2, punto u): “Incoará, en nombre de la Autoridad, procedimientos ante la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en casos de incumplimiento”.

En cuanto a la función consultiva del Tribunal en pleno cabe preguntarse si tiene competencia para emitir opiniones consultivas pues nada dicen la Convención ni su Estatuto. Sin embargo, el Reglamento²² se refiere expresamente a esa facultad en el Artículo 138 que expresa:

1. Le Tribunal peut donner un avis consultatif sur une question juridique dans la mesure ou un Accord international se rapportant aux buts de la Convention prévoit expressément qu'une demande d'un tel avis est soumise au Tribunal.
2. La demande d'avis consultatif est transmise au Tribunal par tout organe qui aura été autorisé à cet effet par cet Accord ou en vertu de celui-ci.
3. Le Tribunal applique *mutatis mutandis* les articles 130 à 137".

La diferencia entre la competencia de la Sala de Controversias de los Fondos marinos y del Tribunal Internacional de Derecho del Mar en pleno, en relación con las opiniones consultivas es que mientras la Sala puede emitir opiniones sobre las cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de competencia de la Asamblea o del Consejo, el Tribunal puede hacerlo en relación con una cuestión jurídica en la medida en que un acuerdo internacional que tenga relación con los objetivos de la Convención, prevea expresamente la posibilidad de realizar tal petición.

En cuanto a casos contenciosos que se han planteado ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, el único en que una de las Partes no era un Estado, se produjo cuando Chile y la Comunidad Europea, el 20 de diciembre de 2000, solicitaron la constitución de una Sala Especial para conocer un diferendo concerniente a la conservación y explotación sostenible de los stocks de pez espada en el Sudeste del Océano Pacífico. El Tribunal constituyó la Sala Especial que debería estatuir acerca de si la Comunidad Europea cumplió con sus obligaciones según la CONVEMAR de asegurar la conservación del pez espada en las

²² *Règlement du Tribunal, adopté le 28 octobre 1997, (amendé le 15 mars et le 21 septembre 2001, le 17 mars 2009 et le 25 septembre 2018), ITLOS/8, le 25 septembre 2018.*

actividades de pesca emprendidas en alta mar adyacente a la Zona Económica de Chile, por barcos que enarbolasen el pabellón de cualquiera de los miembros de la Comunidad. También debía estatuir si el Decreto chileno, que se suponía aplicaba las medidas tomadas por ese país en alta mar, en relación con el pez espada, constituía una violación de la CONVEMAR y si el Acuerdo de Galápagos concluido en el año 2000, fue negociado conforme a las disposiciones de la Convención²³.

Posteriormente, el 25 de noviembre de 2009, las Partes manifestaron a la Sala Especial, en forma conjunta, que se desistía del caso y en una comunicación también conjunta del 15 de diciembre de 2009 informaron que estaban comprometidas en la implementación de un Entendimiento con los términos consensuados entre negociadores de ambas Partes el 16 de octubre de 2008. Fue finalmente removido de la Lista de casos del Tribunal²⁴. Ello, sin embargo no invalida el valor de este caso para ejemplificar que un organismo internacional puede incoar el Tribunal o ser demandado ante el mismo para dirimir sus controversias.

Respecto de las Opiniones Consultivas, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar fue incoado por la Comisión Subregional de Pesca, organismo intergubernamental de cooperación en materia de Pesca establecida en 1985 y cuyos miembros son Cabo Verde, Gambia, Sierra Leona, Guinea, Guinea Bissau, Mauritania y Senegal ubicados en la región del África Occidental. La Conferencia de Ministros de dicho organismo adoptó una Resolución en su Decimocuarta sesión celebrada entre los días 27 y 28 de marzo de 2013²⁵ en la que se encomendaba al Secretario General Permanente, de acuerdo con la denominada “Convention sur les conditions minimales d’accès et d’exploitation des ressources halieutiques à l’intérieur des zones maritimes sous juridiction des Etats membres de la Commission sous-régionale des pêches” (*Convention CMA*) a solicitar una Opinión Consultiva, como se verá a continuación.

²³ TIDM, *Communiqué de Presse*, (publié par le Greffier) également disponible sur le site web:document non officiel: <http://www.un.org/Depts/los/>

²⁴ ITLOS, *Press Release*, *Case removed from Tribunal’s List*, not an official record, also available at: <https://www.itlos.org/>

²⁵ *Resolution of the Conference of the Ministers 27th to 28th March 2013*, Dakar, Senegal.

Efectivamente, el artículo 33 de esa Convención establece: “La Conférence des Ministres de la CSRP peut habiliter le Secrétaire Permanent de la CSRP à porter une question juridique déterminée devant le Tribunal International du Droit de la Mer pour avis consultatif”.

Los puntos respecto de los cuales se pidió Opinión Consultiva son los siguientes:

“1. What are the obligations of the flag State in cases where illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing activities are conducted within the Exclusive Economic Zones of third party States?

2. To what extent shall the flag State be held liable for IUU fishing activities conducted by vessels sailing under its flag?

3. Where a fishing license is issued to a vessel within the framework of an international agreement with the flag State or with an international agency, shall the State of international agency be held liable for the violation of the fisheries legislation of the coastal State by the vessel in question?

4. What are the rights and obligations of the coastal State in insuring the sustainable management of shared stocks and stocks of common interest, especially the small pelagic species and tuna?”

Por Ordenanza del 24 de mayo de 2013, el Tribunal invitó a los Estados partes de la CONVEMAR y a las organizaciones intergubernamentales para presentar exposiciones escritas sobre las cuestiones involucradas. Como a los efectos de este trabajo interesa la cuestión de la competencia del Tribunal para hacer lugar a este requerimiento atento, que como se ha expresado, ni la Convención de 1982 ni el Estatuto del Tribunal prevén específicamente su capacidad para emitir opiniones consultivas, es importante referirnos a la presentación de Nueva Zelanda ante el Tribunal, en cuanto a la Competencia²⁶. Para este país el Tribunal debía examinar tales cuestiones, atento que era la primera vez que era llamado para brindar una Opinión Consultiva.

En cuanto a la competencia del Tribunal, éste entendió que, de conformidad con el principio de la “competencia de la competencia”, el

²⁶ ITLOS, *Demande d’avis consultatif soumise par la Commission Sous-Régionale des Pêches, Exposé écrit de la Nouvelle-Zélande (Traduction du Greffe)*, 27 novembre 2013.

parágrafo 4 del Artículo 288 de la Convención, refiriéndose a las Cortes o Tribunales mencionados en el Artículo 287, dispone que pertenece a ellos dirimir toda cuestión concerniente a su competencia para dar una Opinión Consultiva. Para hacerlo, considera que debe actuar de acuerdo con la Convención, su Estatuto y el Reglamento.

Nueva Zelanda efectuó una presentación por escrito en la que analizó la Competencia y la Admisibilidad del requerimiento al Tribunal de una Opinión Consultiva. En cuanto a la Competencia, que es el tema que nos interesa en este trabajo, considera que es verdad que la CONVEMAR no prevé que el Tribunal brinde opiniones consultivas, que la Sala de Solución de Controversias de Fondos Marinos es la que está facultada expresamente a emitir dichas opiniones a solicitud de la Asamblea o del Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, pero también destaca que ninguna disposición de la Convención excluye tal competencia²⁷.

Para Nueva Zelanda cuando el Artículo 21 del Estatuto del Tribunal dispone que el Tribunal es competente para estatuir sobre todas las controversias que se le sometan conforme a la CONVEMAR, y también “... dans le cas où cette demande est soumise en vertu d’un Accord qui confere expressément une telle compétence au Tribunal”²⁸, le está otorgando una vasta competencia que puede ser interpretada como que autoriza tal presentación.

Como esa interpretación es la que toma el Reglamento, cabría preguntarse según Nueva Zelanda lo siguiente:

“a. Premièrement, les questions figurant dans la demande sont-elles des ‘questions juridiques’?”

b. Deuxièmement, la Convention CMA est-elle ‘un Accord international se rapportant aux buts de la Convention’?”

c. Troisièmement, la demande a-t-elle été transmise au Tribunal ‘par tout organe qui aura été autorisé’ à cet effet ‘par cet Accord ou en vertu de celui-ci’?”²⁹.

²⁷ ITLOS, *ibidem*, p. 4.

²⁸ ITLOS, *idem*.

²⁹ ITLOS, *ibidem*, p. 5.

Nueva Zelanda opinó que podía responderse por la afirmativa a las tres preguntas. Aunque los puntos objeto de la Opinión Consultiva pueden encerrar cuestiones políticas o de hecho, son esencialmente jurídicas. Los objetivos se relacionan, por ejemplo, con los principales objetivos de la Convención CMA que conciernen a la conservación y a la gestión apropiadas y eficaces de los recursos biológicos marinos.

Esta presentación reafirma la interpretación del Tribunal que consideró que era competente para brindar la Opinión Consultiva requerida.

En relación con la Sala de Controversia de Fondos Marinos, no se discute su facultad para emitir opiniones consultivas.

La Sala emitió la “Opinión Consultiva sobre las Responsabilidades y obligaciones de un Estado patrocinante de actividades en la Zona”³⁰, que le fue requerida el 6 de mayo de 2000 por el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos que es uno de los órganos de la Autoridad habilitado para ello, siendo el otro la Asamblea y constó de tres puntos:

“1. What are the legal responsibilities and obligations of States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention of the Law of the Sea of 10 December 1982.

2. What is the extend of liability of a State Party for any failure to comply with the provision of the Convention, in particular Part XI and the 1994 Agreement by an entity whom it has sponsored under Article 153, paragraph 2(b) of the Convention?

³⁰ Ver sobre este tema: Elsa Kelly, “El enfoque de precaución: La Contribución de ITLOS al Derecho Internacional Ambiental en la opinión Consultiva de la Sala de Controversias de los Fondos Marino”, pp. 9 y ss; Hortensia Gutierrez Posse, “Apuntes sobre la responsabilidad internacional de un Estado Patrocinante de actividades en la zona de los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo fuera de los límites de las jurisdicciones nacionales a la luz de la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar del 10 de febrero de 2001”, pp. 27 y ss.; y N. Gladys Sabia “La interpretación evolutiva en el Derecho Internacional, pp. 225 y ss., todos en la publicación *Aspectos Ambientales en el Derecho Internacional*, del Instituto de Derecho Internacional del CARI, 2018.

3. What are the necessary and appropriate measures that sponsoring State must take in order to fulfill its responsibility under the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement”³¹.

Este caso es muy ilustrativo de lo que dijimos más arriba, que detrás de un pedido de Opinión Consultiva, hay generalmente Estados que la impulsan y que están interesados en las respuestas.

En efecto, dos empresas notificaron formalmente a la Autoridad que presentarían un Plan de Trabajos para la exploración de nódulos polimetálicos en áreas reservadas. Las compañías eran Nauru Ocean Resources Inc., constituida en Naurú y Tonga Offshore Mining Ltd., constituida en Tonga, ambas subsidiarias de la compañía canadiense Nutilus Minerals. El 10 de abril de 2008, la Autoridad recibió para su aprobación los planes de trabajo de ambas compañías, patrocinadas respectivamente por la República de Naurú y el Reino de Tonga. Pero posteriormente las empresas pidieron postergación del tratamiento de las solicitudes para la exploración de nódulos polimetálicos, justamente por el problema de la extensión de obligaciones y responsabilidades de los Estados patrocinantes³². Estos países querían dilucidar antes de tomar sus compromisos si sus responsabilidades y obligaciones serían las mismas que tenían los estados desarrollados o serían diferentes.

El Consejo de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos planteó las preguntas en forma general respecto de las responsabilidades y obligaciones de todos los estados patrocinantes y no circunscripto a los Estados en desarrollo.

La Sala llegó a la conclusión que las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes son iguales tanto se trate de Estados desarrollados o en desarrollo. Así dice: “...It May therefore be concluded that the general provisions concerning the responsibilities and liability of the sponsoring State apply equally to all sponsoring States, whether developing or developed...”³³. Tales responsabilidades y

³¹ ITLOS, Seabed Disputes Chamber. *“Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area”*. Advisory Opinion, 2011, p. 6.

³² Nicolás Guerrero Peniche, *op.cit.* p. 188.

³³ ITLOS, Advisory Opinion, 2011, p. 48.

obligaciones son de conducta y no de resultado. Si los Patrocinantes actuaron con la debida diligencia, como por ejemplo si dictaron dentro de sus ámbitos internos la legislación correspondiente, si ejercieron los debidos controles no responderán por las acciones de sus patrocinados si éstos incumplen sus obligaciones. De acuerdo con el artículo 139 de la CONVEMAR el Estado patrocinante no responderá de los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones si tomó las medidas necesarias y apropiadas para lograr su cumplimiento efectivo. En este sentido corresponde a la Autoridad establecer las normas y procedimientos que sean adecuados a la protección del medio marino.

Entiendo que respecto de las opiniones consultivas sobre las que existan Estados interesados debería discutirse seriamente si es necesario que el pedido deba efectuarse tanto al Tribunal Internacional de Derecho del Mar en pleno, a la Sala Internacional de los Fondos Marinos, como a la Corte Internacional de Justicia, a través de un filtro. En el primer caso, de un organismo autorizado por un tratado como vimos en el único caso de Opinión Consultiva solicitada al Tribunal; del Consejo o la Asamblea de la Autoridad, respecto de la Sala Internacional de Fondos Marinos y tratándose de la Corte Internacional de Justicia, del filtro de la Asamblea General, de los órganos u organismos autorizados por ésta o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

II.3. La solución de diferencias en la OMC.

El 30 de octubre de 1947, veintitrés países, al que luego se incorporaron otras Partes, suscribieron un Acuerdo General sobre Aranceles y Tarifas (GATT), como un sistema de reglas para el comercio internacional de bienes. Si bien fue creado como un sistema provisorio ya que lo que se pretendía era crear un organismo internacional que regulara dicho comercio, en realidad perduró muchos años y fue evolucionando en su conformación.

En efecto, en un principio no tenía una estructura y se desarrollaba a través de reuniones que se organizaban anualmente, comenzando con las Rondas de Negociaciones Comerciales Multilaterales pero con posterioridad fue adquiriendo algunos órganos permanentes aunque le faltaba esa estructura institucional que hace que un organismo

sea una persona jurídica internacional, distinta de los Estados que la componen. Como el GATT no era realmente un organismo, los que accedían al GATT eran considerados Partes Contratantes y no miembros de una organización.

Es justamente cuando culmina la Ronda Uruguay (1986-1993), que se suscribió el Acuerdo de Marrakech el 15 de abril de 1994 que crea la Organización Mundial de Comercio (OMC), organismo internacional cuyos objetivos son mayores ya que no sólo se refiere al comercio internacional de bienes, sino también de servicios, de propiedad intelectual; reforma el GATT, que será a partir de allí GATT 94 y consolida un sistema de solución de diferencias que estaba esbozado en el GATT. En efecto, los Artículos XXII y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 esbozaban un sistema de solución de controversias comerciales, donde “prevalecía un espíritu de conciliación de intereses, de naturaleza no contenciosa”³⁴.

Este sistema fue evolucionando lentamente hasta llegar a conformar grupos de expertos (panels), independientes de los gobiernos para la solución de diferendos que constituyeron la base del sistema aprobado como Anexo II en el Acuerdo de Marrakech, denominado: “El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” (ESD), que empezó a regir el 1° de enero de 1995.

El sistema contempla una primera fase en la que se deben desarrollar consultas entre las partes involucradas en un diferendo, de conformidad con el Artículo 4 del ESD, también el Artículo 5 prevé los procedimientos de buenos oficios, conciliación, mediación, que se inician en forma voluntaria. El Artículo 6 prevé, si la parte reclamante lo pide, que se establezca un Grupo Especial o Panel, lo que constituye una segunda fase. El Panel concluye su trabajo con un Informe provisional en el que figurarán tanto los capítulos expositivos como las constataciones y conclusiones del Grupo Especial. Se distribuye entre las Partes y si no existiesen observaciones, se considerará definitivo (conf. Artículo 15), pero puede o no ser adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), instituido por el Artículo 2 del Acuerdo de Marrakech.

³⁴ Ricardo Xavier Basaldúa, *op. cit.* 531.

Sin embargo, también puede ser apelado ante el Órgano de Apelación. Actualmente el procedimiento es mucho más fácil que en el GATT 1947, pues las decisiones se adoptan por consenso negativo.

Si el Informe del Grupo Especial es apelado ante el Órgano de Apelación, éste elabora un Informe que puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del Informe del Grupo Especial.

De acuerdo con el punto 14 del Artículo 17, del Entendimiento, pasado un término desde la distribución del Informe del Órgano de Apelación, éste será adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) y aceptado sin condiciones por las partes, salvo que la OSD decida por consenso no adoptar el Informe.

El objeto de este trabajo es analizar si los organismos internacionales tienen acceso a los sistemas de solución de controversias jurisdiccionales, y por lo tanto, también en relación con la OMC.

En este caso se puede constatar que la Unión Europea (UE), es miembro de la OMC desde el 1° de enero de 1995 pero hasta el 30 de noviembre de 2009 lo fue en su anterior estructura institucional, es decir, las Comunidades Europeas. Son también miembros de la OMC los países integrantes de la citada Unión Europea.

Los Miembros de la OMC, en cuanto a su forma de adhesión al organismo, pueden ser iniciales o adheridos.

En relación con los miembros iniciales, el Artículo XI del Acuerdo de Marrakech en su parte pertinente dice:

“1. Las Partes contratantes del GATT de 1947 en la fecha de la entrada en vigor del presente Acuerdo y las Comunidades Europeas, que acepten el presente Acuerdo y los Acuerdos Comerciales Multilaterales y para los cuales se anexen Listas de Compromisos específicos al AGCS, pasarán a ser Miembros iniciales de la OMC...”.

La Argentina es Miembro inicial ya que devino Parte Contratante del GATT aprobándose la adhesión definitiva por Ley N° 17.799, en los términos del protocolo firmado el 11 de setiembre de 1967. Firmó el 15

de abril de 1994 el Acta final de la Ronda Uruguay y asimismo suscribió el Acuerdo de Marrakech, que fueron aprobados por Ley N° 24.425. El Acuerdo entró en vigor el 1° de enero de 1995.

Por su parte, el Artículo XII del citado Acuerdo establece los requisitos de adhesión y prevé:

“1. Todo Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales multilaterales podrá adherirse al presente Acuerdo en condiciones que habrá de convenir con la OMC. Esa adhesión será aplicable al presente acuerdo y a los Acuerdos Multilaterales anexos al mismo.

2. Las decisiones en materia de adhesión serán adoptadas por la conferencia ministerial, que aprobará el acuerdo sobre las condiciones de adhesión por mayoría de dos tercios de los Miembros de la OMC...”.

Cabe preguntarse entonces, qué significa “territorio aduanero que disfrute de plena autonomía”.

Ese concepto está definido en el Acuerdo del GATT de 1947 que expresa en su Artículo XXIV: “2. A los efectos del presente Acuerdo, se entenderá por territorio aduanero todo territorio que aplique un arancel distinto u otras reglamentaciones comerciales distintas a una parte substancial de su comercio con los demás territorios”.

Por su parte el mismo Artículo dice respecto de Unión Aduanera: “8. A los efectos de aplicación del presente Acuerdo: a) se entenderá por unión aduanera, la substitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero...”.

La Unión Europea es, al momento presente la única unión aduanera Miembro de la OMC³⁵, pero ello no significa que no puedan en el futuro incorporarse otras, cumpliendo con todos los requisitos para su adhesión.

³⁵ Ricardo Xavier Basaldúa, “La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional”, *Lexis Nexis*, Buenos Aires, 2007, p. 49.

Ello limita significativamente el tipo de organismos internacionales que pueden acceder como miembros a la OMC.

Como miembro de la OMC, la UE está habilitada para recurrir a su Órgano de Solución de Diferencias (OSD) es decir, requerir la constitución de un grupo especial y, en su caso, recurrir al Órgano de Apelación, ya sea tanto como reclamante como en calidad de demandado. Citaré a título de ejemplo, los primeros casos en que estuvieron involucradas las Comunidades Europeas. En uno de ellos, los reclamantes fueron Canadá, Comunidades Europeas y Estados Unidos, y el demandado, Japón³⁶, en razón de la Ley de Impuestos sobre Bebidas Alcohólicas del Japón que gravaba el shochu con un tipo más bajo que el aplicado a los demás productos como gin, ginebra, whisky, etc. En otro caso, la causa del litigio fue la prohibición por parte de la CE de la comercialización y la importación de carne y productos cárnicos tratados con determinadas hormonas³⁷. Los reclamantes en éste fueron Estados Unidos y Canadá. En ambas oportunidades el Grupo Especial y el Órgano de Apelación, elaboraron los respectivos Informes.

Son varios los casos que involucran a las Comunidades Europeas y posteriormente a la Unión Europea, que tuvieron como reclamante o demandado a la República Argentina. Entre ellos, un litigio en el que el reclamante fue la CE y la Argentina fue demandada en razón de las reglamentaciones de este país por las cuales los representantes de la industria argentina del curtido estaban presentes en el proceso de despacho de aduanas de cueros bovinos y además en virtud de la recaudación de impuestos, por adelantado, que supuestamente imponía una carga impositiva mayor a las importaciones³⁸.

Citaré otros casos, por ejemplo, uno en que el reclamante fue la CE que cuestionó las medidas de salvaguardia provisional y definitiva impuestas por la Argentina a las importaciones de calzado y otro en que Estados Unidos, Canadá y Argentina fueron los reclamantes y la CE la demandada y se relacionó con medidas impuestas por la CE a productos agrícolas de biotecnología provenientes de esos países³⁹.

³⁶ Japón-Bebidas Alcohólicas (DS 8,10,11).

³⁷ CE-Hormonas (DS26-DS48).

³⁸ Argentina-Pieles y Cueros (DS155).

³⁹ CE Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (DS291, 292,293).

También podemos citar un caso en que los reclamantes fueron la Unión Europea, Estados Unidos y Japón y la demandada la República Argentina, en virtud de que este país impuso a los operadores económicos prescripciones relacionadas con el comercio como condición para importar, por ejemplo, invertir en el país o abstenerse de repatriar bienes⁴⁰. Asimismo, la Argentina se presentó como reclamante contra la Unión Europea por las medidas adoptadas por ésta, resultando como objeto del litigio: el apartado 5 del artículo 2 del Reglamento antidumping de la UE y las medidas antidumping impuestas por la UE sobre el biodiésel procedente de la Argentina⁴¹.

Cuando trate en este trabajo casos arbitrales haré referencia a la controversia entre Dinamarca, respecto de las Islas Feroe y la Unión Europea referente al arenque atlántico escandinavo, que luego se sustrajo de esa jurisdicción y el 8 de enero de 2014 solicitó la constitución de un Grupo Especial, el que fue establecido por OSD en la reunión del 26 de febrero de 2014. Posteriormente, el 21 de agosto de 2014, informaron al OSD que se había solucionado el asunto objeto de esta diferencia⁴².

Estos ejemplos son ilustrativos de que es posible para algunos organismos internacionales acceder a los órganos de solución de diferencias de la OMC. Si bien hasta el presente solamente está habilitada la Unión Europea, podrían ingresar otros que cumplan con las disposiciones del Artículo XII del citado Acuerdo de Marrakech, pero, de todos modos, resulta muy limitado dicho acceso.

El sistema de solución de diferencias de la OMC, ha llevado a decir, por ejemplo a Petersman, que ofrece un número importante de lecciones para una futura reforma del sistema de solución de diferencias de la Organización de las Naciones Unidas, entre ellas:

“- the objectives of rendering the UN Charter and the ICJ more effective may be easier to achieve through the negotiation of a new UN Charter with compulsory jurisdiction of the ICJ than through amending the existing UN Charter pursuant to its Article 108... - as in the case of

⁴⁰ Argentina-Medidas relativas a la importación. (DS 438,444 y 445).

⁴¹ Argentina-UE-Biodiésel (DS473).

⁴² Dinamarca, respecto de las islas Feroe-UE-Medidas relativas al arenque. (DS469).

WTO Agreement, the advantages of a new UN system (such as access to the World Bank Group, membership in the UN Conventions) would have to be limited, at least in part, to members of the new 'agreement' so as to set strong incentives for joining the new organisation and- the new UN should provide for an integrated and compulsory dispute settlement system applicable to all covered agreements"⁴³.

II. 4. El arbitraje internacional.

En cuanto a la admisibilidad de las organizaciones internacionales para acudir como actoras o demandadas ante Tribunales arbitrales, no es materia de discusión.

Jan Klabbers en su obra sobre las organizaciones internacionales dijo sobre el tema:

"Where international organisations themselves are involved, formal methods of dispute settlement may not always be utilized: organizations have no standing before the ICJ, and claims before domestic courts may often encounter immunity defences. Hence, often recourse is had to arbitration or to claims commissions. In both cases, the organisation remains in control, as its consent is required for the establishment of and arbitral tribunal or claims commission"⁴⁴.

Sin embargo, Sir Michael Wood en el Informe que elaborara en la CDI sobre el tema manifestó: "Hasta la fecha, aparentemente sólo cuatro arbitrajes entre una organización y un estado son públicos"⁴⁵.

Por tal motivo, me referiré a algunos de esos casos, a título de ejemplo.

⁴³ Ernst-Ulrich Petersmann, "The Gatt/WTO Dispute Settlement System: International law, International Organizations and Dispute Settlement", Kluwer Law International, London, The Hague, Boston, 1997, p. 65.

⁴⁴ Jan Klabbers, *An introduction to international institutional law*, Cambridge University Press, New York, pp. 254/5.

⁴⁵ CDI, Documento A/71/10, Informe de la CDI, 68 período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016), Naciones Unidas, Nueva York, 2016, pág. 423.

En tal sentido podemos citar “The Atlanto-Scandian Herring Arbitration”, entre el Reino de Dinamarca respecto de las Islas Faroe, como demandante y la Unión Europea, como demandada. A tal efecto Dinamarca invocó los Artículos 287 y 288 (I), y el Anexo VII de la CONVEMAR.

El 9 de diciembre de 2013 se constituyó un Tribunal Arbitral, de acuerdo con el ANEXO VII de la CONVEMAR, en relación con una controversia sobre la interpretación y aplicación del Artículo 63 de la Convención denominada “Convention concerning the shared stock of Atlanto-Scandian herring”. El Tribunal estaba compuesto por cinco miembros presididos por el Juez del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, Thomas Mensah⁴⁶.

Sin embargo este caso no continuó porque las Partes presentaron un escrito conjunto el 21 de agosto de 2014 solicitando al Presidente del Tribunal que emitiera una Orden para terminar con el procedimiento arbitral, haciendo reserva que ese pedido era “without prejudice to the rights and duties of either of the Parties under the United Nations Convention on the law of the Sea”. Respecto de este caso, como hemos adelantado más arriba, las partes acudieron posteriormente al sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Otro caso que podemos citar se relaciona con el régimen fiscal de las pensiones otorgadas a funcionarios retirados de la UNESCO, residentes en Francia⁴⁷, sobre el cual se suscitó una diferencia respecto de la interpretación del Artículo 22 b) del Acuerdo de Sede suscripto por Francia y la UNESCO el 2 de julio de 1954. El asunto era importante ya que muchos funcionarios de la UNESCO fijaban su residencia en París, luego de su retiro. Dicho acuerdo, además de la temática estrictamente referente a la Sede, estableció disposiciones relativas a los privilegios e inmunidades de los funcionarios de la UNESCO en Francia, atento que

⁴⁶ The Atlanto- Scandian Herring Arbitration (The Kingdom of Denmark in respect of the Faroe Islands v. European Union), Permanent Court of Arbitration (PCA) Case N° 2013-30.

⁴⁷ Arbitraje “Sur la question du régime fiscal des Pensions versées aux fonctionnaires retraités de l’UNESCO résident en France”, (Décision du 14 janvier 2003), *Recueil des Sentences Arbitrales*, Volume XXVV, pp. 231-266.

este país no había adherido, a esa fecha, a la Convención de 1947 sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados⁴⁸.

El citado artículo 22 en su parte pertinente prescribe: “Les fonctionnaires régis par les dispositions du Statut du personnel de l’Organisation: a) ... b) seront exonérés de tout impôt direct sur les traitements et émoluments qui leurs seront versés par l’Organisation”.

Por su parte, me voy a detener en el Artículo 29 del Acuerdo porque es demostrativo de lo alambicado del sistema cuando mucho más fácil hubiese sido si la UNESCO estuviese habilitada a recurrir a la Corte Internacional de Justicia como parte en un caso litigioso. En efecto el Artículo 29 expresa:

“1. Tout différend entre l’Organisation et le Gouvernement de la République française au sujet de l’interprétation ou de l’application du présent accord ou de tout autre accord additionnel sera, s’il n’est pas réglé par voie de négociation ou par tout autre mode de règlement agréé par les parties, soumis, aux fins de décision définitive, a un Tribunal composé de trois arbitres dont l’un sera désigné par le Directeur général de l’Organisation, l’autre par le Ministre des affaires étrangères du Gouvernement de la République française. et le troisième choisi par le deux autres, ou a défaut d’accord entre eux sur le choix, par le Président de la Cour international de justice.

2. Le Directeur général ou le Ministre des affaires étrangères pourront prier la Conférence générale de demander a la Cour international de justice un avis consultatif sur toute question juridique qui viendrait a être soulevée au cours de ladite procédure. En attendant l’avis de la Cour, les deux Parties se conformeront a une décision provisoire du tribunal arbitrale. Par suite, celui-ci rendra une décision définitive en tenant compte de l’avis de la Cour”.

De acuerdo con ese artículo las Partes establecieron un tribunal arbitral de tres miembros presidido por uno de ellos, M. Kéba Mbaye, firmando en París el 19 de abril de 2001, un compromiso arbitral. La decisión se produjo el 14 de enero de 2003.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 238.

El laudo arbitral consideró que el Artículo 22 b) del Acuerdo de Sede no era aplicable a los ex funcionarios de la UNESCO que continuaran residiendo en Francia y que percibieran, después del cese de sus actividades una pensión de retiro pagada por la Caja Común de Pensiones del Personal de las Naciones Unidas⁴⁹.

En este caso particular no se solicitó Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia, posiblemente porque el Tribunal analizando el sentido ordinario de los términos pudo llegar fácilmente a interpretar que “fonctionnaire” no se refería a aquéllos que estuvieran retirados y que las palabras “traitements et émoluments” no incluían a las pensiones de retiro⁵⁰. También analizaron cuál fue la intención de las partes al redactar el Artículo 22 b, y el Tribunal consideró que era claro que ambas partes lo redactaron en esa forma aún sabiendo que la cuestión fue objeto de tratamiento en la preparación de la Convención de 1946, antes citada, y que no fue resuelta en esa Convención y que con posterioridad las partes que querían incluir la exención impositiva para las pensiones de retiro, lo ponían expresamente en los Convenios⁵¹. También analizó acuerdos posteriores entre las mismas partes y en general su conducta posterior, todo lo cual fundamentó su decisión.

Otro caso para citar es el del Laboratorio Europeo de Biología Molecular que fue establecido como un organismo intergubernamental en el Acuerdo celebrado en Ginebra el 10 de mayo de 1973 entre Austria, Dinamarca, Francia, Alemania, Israel, Italia, Países Bajos, Suecia, Suiza y Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Alemania, al que luego se adhirieron otros Estados y cuya sede se fijó en Heidelberg donde se estableció el Laboratorio principal. Por tal motivo el 10 de marzo de 1974 Alemania y el citado Laboratorio suscribieron un Acuerdo de Sede⁵² en el que se establecieron inmunidades y privilegios entre los que se encontraban las exenciones de pago de ciertas tasas para las actividades oficiales del organismo, así como también de impuestos aduaneros para la importación de bienes necesarios para dichas actividades.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 265.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 252.

⁵¹ *Ibidem*, 255.

⁵² Headquarter Agreement between the Federal Republic of Germany and the European Molecular Biology Laboratory.

El Artículo 9, “Official activities”, prescribe: “For the purpose of Articles 7 and 8 of this Agreement, the official activities of the Laboratory shall include its administrative activities and those undertaken in pursuance of the purposes of the laboratory as defined in the Laboratory Agreement”.

Como surgieron diferencias entre las partes por la interpretación de cuáles eran actividades oficiales, especialmente en relación con la casa de huéspedes, la Cafetería y el mantenimiento de la casa del Director General, entre otros puntos, se acudió a un Tribunal Arbitral que estaba previsto en el Artículo 3 párrafo 1 del Acuerdo de sede que prescribe:

“Any dispute arising out of the interpretation or application of this Agreement which cannot be settled directly between the Contracting Parties, may be submitted, by either Contracting party to an Arbitration Tribunal. If a Contracting Party intends to submit a dispute an Arbitration Tribunal it shall so notify the other Party”.

El Tribunal Arbitral⁵³, conformado por tres miembros, se constituyó el 29 de junio de 1990 presidido por el profesor Herman Mosler, y dictó su laudo detallando caso por caso cuáles eran actividades oficiales y distinguiendo aquéllas que debían pagar los tributos.

El Laboratorio Europeo de Biología Molecular ha suscripto con los Países miembros, acuerdos de sede en todos los cuales también se estableció una cláusula de sometimiento a arbitraje para la solución de los diferendos que pudieran suscitarse en cuanto a su interpretación o aplicación.

No cabe duda entonces que los organismos internacionales pueden recurrir a tribunales arbitrales para resolver sus diferencias tanto como actores o como demandados.

⁵³ European Molecular Biology Laboratory v. Federal Republic of Germany, International Law Reports, vol. 105, editado por E. Lauterpacht y C.J.Greenwood.

III. El tema en la Comisión de Derecho Internacional

En su 3300° sesión celebrada el 18 de mayo de 2016 la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el período de sesiones en curso. En su primera sesión, el 3 de junio de 2016, el Grupo de Planificación volvió a establecer para ese período el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, bajo la Presidencia de Donald M. McRae⁵⁴.

La Comisión, siguiendo la recomendación de Grupo de Trabajo, incluyó en el programa a largo plazo los siguientes temas: a) El arreglo de controversias internacionales en las que son parte las organizaciones internacionales y b) La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado. Para la Comisión esos dos temas constituyen aportes útiles al desarrollo progresivo del derecho internacional⁵⁵.

Con respecto al tema que nos ocupa, ya en el año 2002 el Grupo de Trabajo sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales había mencionado: que era necesario mejorar los métodos de arreglo de controversias en relación con la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

En efecto, la importancia del tema de la solución de controversias en la que sean parte las organizaciones internacionales hizo que cuando la CDI estaba abocada a la codificación de la Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales manifestara lo siguiente:

“El hecho que los artículos sobre la responsabilidad de los Estados no incluyan disposiciones relativas a la solución de controversias parecería indicar que debería adoptarse una decisión similar con respecto a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Si la Asamblea general decide en el futuro optar por la adopción de un Convenio sobre la responsabilidad de los Estados, será preciso volver a examinar la cuestión. Sin embargo, dado que el proyecto de artículos sobre la

⁵⁴ Documento A/71/10, Informe de la CDI, 68 período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016), Naciones Unidas, Nueva York, 2016, p. 405.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 406.

responsabilidad de las organizaciones internacionales será formalmente independiente, no es probable aunque sí concebible, que se adopte la vía del convenio solamente respecto a este último tema. Además un argumento a favor del examen de la solución de controversias en relación a la responsabilidad de las organizaciones internacionales se basa en la necesidad ampliamente percibida de mejorar los métodos de solución de esas controversias. En esta etapa dejaré en suspenso la cuestión de la redacción de disposiciones sobre la solución de controversias, sin perjuicio de su posible inclusión⁵⁶.

En dicho proyecto finalmente no se incluyó la solución de controversias por lo que volvió a surgir en 2016.

La Comisión observó que el Grupo de Trabajo sobre el Programa de trabajo a largo plazo consideraba que el proceso establecido de tres fases consistente en: a) identificación de posibles temas, b) preparación de un documento breve sobre un tema determinado y la c) preparación de un resumen más detallado, constituían una buena base para llevar a cabo la labor⁵⁷.

En este caso de estudio se ha identificado el tema y James Wood ha elaborado un Informe que se halla Anexo al Informe de la Comisión, sin embargo, hasta el presente no ha sido desarrollado en profundidad.

En su Informe, Wood hace algunas aclaraciones previas sobre los límites con lo que debería desarrollarse. En este sentido manifiesta:

“El tema propuesto se limitaría al arreglo de las controversias en que fueran parte organizaciones internacionales, lo que incluiría las controversias entre organizaciones internacionales y estados (tanto miembros como no miembros) y las controversias entre organizaciones internacionales. No abarcaría las controversias internacionales en que las organizaciones internacionales no fueran parte sino que intervinieran de otro modo. En este sentido quedaría excluido el arreglo de controversias bajo los auspicios de una organización internacional... Del mismo modo, quedarían fuera del alcance del tema las controversias en las que una organización internacional tan sólo tuviera un interés, como una

⁵⁶ Anuario de la CDI, 2002, vol. II (segunda parte), p. 100.

⁵⁷ Documento A/71/10, p. 406.

controversia entre Estados miembros por la interpretación del instrumento constitutivo de la organización”⁵⁸.

Además se centra en las controversias internacionales es decir regidas por el derecho internacional y no por el derecho internacional administrativo ni las derivadas de la inmunidad de las organizaciones internacionales⁵⁹. Estas dos últimas limitaciones no reflejaría el estado actual del derecho internacional.

Sobre el particular considero que en el caso de los tribunales administrativos como los de las Naciones Unidas o la Organización Internacional del Trabajo que se refieren a problemas netamente domésticos, en principio, no deberían estar alcanzados pero, hemos visto, que a veces se establece en los Estatutos o en acuerdos particulares, que se podrá solicitar una Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia y ésta tendrá fuerza decisoria. Considero que estos casos rebasan la esfera meramente administrativa y podría ser objeto de análisis por parte de la Comisión. También en los acuerdos de sede de las organizaciones internacionales con el país huésped, se establecen cómo se solucionarán los diferendos entre ambos. Por ejemplo el Acuerdo de Sede entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos, suscrito el 26 de junio de 1947 prevé que las partes pueden recurrir a un Tribunal Arbitral y también establece que el Secretario General o los Estados Unidos pueden solicitar una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica que surja en el procedimiento y que hasta que se reciba la opinión de la Corte, ambas partes se atenderán a una decisión provisional del tribunal arbitral, dictando luego una decisión definitiva que tenga en cuenta la opinión de la Corte. Más arriba llamé a este sistema alambicado, por lo que estimo que esta situación también ameritaría ser analizada.

Wood manifiesta sobre el particular: “No obstante, se plantean evidentes dificultades al recurrir a la jurisdicción consultiva de la Corte para lo que en realidad son asuntos contenciosos. Los críticos del procedimiento consultivo vinculante lo ven como un mal sucedáneo del acceso directo a la Corte por las organizaciones internacionales”⁶⁰.

⁵⁸ Documento A/71/10, p. 417.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 418.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 420.

Coincido con esta postura, tal como avancé en otro trabajo publicado en el ámbito del Instituto de Derecho Internacional del CARI sobre el tema de las opiniones consultivas con carácter decisorio⁶¹. Justamente por ello, entiendo que es necesario estudiar a fondo la raíz de todos los problemas y determinar sin prejuicio previo los pro y los contra de que las organizaciones internacionales puedan acceder como parte actora o demandada en los juicios contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia, como también si los Estados pueden solicitar, sin filtros previos, opiniones consultivas ante los distintos tribunales analizados en este trabajo. Un punto que es necesario consensuar es la viabilidad de que los Estados puedan acceder a la Corte Internacional de Justicia con una modificación del Estatuto. Estimo que las dificultades son políticas, más que jurídicas.

En ese sentido dice Wood: “Más allá de las dificultades políticas que entraña la modificación del Estatuto, las diversas propuestas han situado en el punto de mira las cuestiones del alcance *ratione personae* y *ratione materiae* que han de abordarse en cualquier reforma del estatuto a fin de conferir a las organizaciones internacionales capacidad para personarse ante la Corte”⁶².

Wood también cita algunos tribunales que están abiertos a las organizaciones internacionales como el Tribunal Internacional de Derecho del Mar y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), a los que me he referido en este trabajo.

Con respecto al arbitraje internacional destaca que es un instrumento útil para el arreglo de controversias internacionales y cita los esfuerzos realizados para fomentar el recurso al arbitraje. Entre ellos, cita al Grupo de Trabajo sobre el Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional de la Sexta Comisión, que propuso en 1982 “que se recurriera con más frecuencia a la Corte Permanente de Arbitraje para

⁶¹ N. Gladys Sabia de Barberis, “Opiniones Consultivas obligatorias de la Corte Internacional de Justicia o ‘efectos obligatorios de ciertas Opiniones Consultivas’”, en la publicación del Instituto de Derecho Internacional, *Temas jurisdiccionales en materia de derecho internacional*, CARI, Buenos Aires, p. 23 y ss.

⁶² Documento A/C.6/47/L.12 (1992), párr.15, citado por Wood en Documento A/71/10, p. 422.

el arreglo de controversias entre estados, así como de controversias entre Estados y Organizaciones internacionales”⁶³.

Como no existe en la actualidad ningún tratado general abierto a organizaciones internacionales en virtud del cual éstas puedan asumir la obligación de someter a arbitraje dichas controversias, sería necesario que se introduzca una cláusula en los tratados particulares, y a tal efecto Wood redacta una cláusula de acuerdo con la practica actual⁶⁴.

El Informe, según lo reseñado, establece sumariamente temas que deberán ser desarrollados en la segunda etapa cuando se elabore un nuevo Informe más detallado, según vimos en la metodología de trabajo de la Comisión.

IV. Conclusiones

En virtud de todo lo analizado, se puede contestar a la pregunta efectuada al principio de este trabajo, diciendo que no es un impensable que los organismos internacionales puedan incoar la instancia de la Corte Internacional de Justicia como actores y también comparecer ante ese tribunal como demandados y por tal motivo hemos analizado la comparecencia de dichos organismos en otros tribunales internacionales, como el Tribunal Internacional de Derecho del Mar; los órganos de solución de diferencias de la OMC y los Tribunales Arbitrales, comprobando que la mayoría de los impedimentos esgrimidos tienen un carácter más político que jurídico. No obstante ello, hasta el presente en el marco de las Naciones Unidas hubo varias tentativas que no han prosperado. Los argumentos a los que he hecho referencia como impedimentos en este trabajo, no me parecen infranqueables. Tampoco es un impensable de que los Estados puedan solicitar opiniones consultivas.

Sin embargo, estimo que no sería tan dificultoso permitir el acceso de organismos internacionales a la Corte Internacional de Justicia en casos contenciosos como para los Estados solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia u otros tribunales. Por

⁶³ *Ibidem*, p. 423.

⁶⁴ *Ídem*, p. 423.

una parte, hemos visto que para el caso de las llamadas opiniones consultivas obligatorias, sería mejor que las organizaciones pudieran acudir directamente a la CIJ en la instancia contenciosa, evitándose así lo que he dado en llamar un sistema alambicado.

Pero es verdad que las opiniones consultivas ordinarias previstas por la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte, evitan a los Estados, aún cuando las promuevan, quedar muy expuestos por los argumentos y consideraciones de la Corte, dado el carácter facultativo de la Opinión. Además no todos los Estados han aceptado o aceptarían, llegado el caso, la jurisdicción contenciosa de la CIJ. Cuando es un órgano de las Naciones Unidas o los organismos internacionales autorizados los que las formulan, esa circunstancia carece de importancia porque la opinión se emite para esa entidad y no para los Estados, pero entiendo que no sería la misma situación si estuvieran involucrados directamente los Estados en el pedido de una Opinión Consultiva, pues aunque se tratara sobre un punto que no dirima toda la controversia, podría tomarse más fácilmente por un prejuzgamiento, por lo que es entendible la cautela evidenciada.

De todos modos, estimo que dicho tema tiene una relevancia tal que la Comisión de Derecho Internacional debería elaborar un informe más detallado y así evaluar si tiene identidad suficiente para incorporarlo a la Comisión. En mi opinión lo merece.

EL TRABAJO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PENAL PERMANENTE (¿E INDEPENDIENTE?)

Tamara G. Quiroga*

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes históricos. III. El sustancial aporte de la Comisión de Derecho Internacional para el establecimiento de una Jurisdicción Internacional Penal, sus (posibles) condicionamientos. IV. Etapa previa al establecimiento de la Corte Penal Internacional. V. Conclusión.

I. Introducción

El artículo 1 párrafo 1 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas¹ (en adelante CDI) dispone que aquélla tendrá por objeto promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. De conformidad con el artículo 15 del estatuto se entiende por desarrollo progresivo la preparación de proyectos de convenciones sobre temas que aún no hubieran sido regulados por el derecho internacional o respecto de los cuales el derecho aún no se ha desarrollado suficientemente en la práctica de los Estados.

* Abogada (UCA; 2000); *Magister* en Relaciones Internacionales con orientación en Derecho Internacional Público (UBA; 2012); Doctoranda en Derecho Internacional (UBA); Miembro del Instituto de Derecho Internacional del CARI (2009); *Visiting Research Fellow Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (2014). Profesora Asistente en Derecho Internacional Público (UCA / UBA).

¹ Adoptado por la Asamblea General en Resolución 174 (II) el 21 de noviembre de 1947, modificado por Resoluciones 485 (V) del 12 diciembre 1950, 984 (X) del 3 diciembre 1955, 985 (X) del 3 diciembre 1955 y 36/39 del 18 noviembre 1981. Texto completo del Estatuto de la CDI disponible en

<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf&lang=E>
F (última revisión 28 de marzo 2019).

Con referencia al concepto de codificación, el Estatuto establece que se entenderá por aquélla a la formulación y sistematización más precisa de las normas de derecho internacional en campos donde ya ha habido una práctica, precedente y doctrina estatales extensas. Es decir, donde la costumbre internacional se ha constituido en fuente del ordenamiento jurídico².

El presente trabajo tiene por finalidad analizar cuáles han sido los aportes de la CDI para el desarrollo progresivo y la codificación para el establecimiento de una jurisdicción internacional penal de carácter permanente y, si en ese proceso, ha existido (o no) la noción de independencia judicial propia de todo órgano con capacidad para administrar justicia.

II. Antecedentes históricos

En la segunda mitad del Siglo XX algunos miembros de la comunidad internacional habían evidenciado la intención de establecer una jurisdicción internacional penal de carácter permanente que tuviera competencia en el juzgamiento y la eventual sanción de las responsables por la comisión de cierta categoría de crímenes internacionales. Luego de terminada la Segunda Guerra Mundial, bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas, se adoptó en 1948 la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio³.

En el artículo 6 de la Convención se estableció que las personas acusadas de genocidio serían juzgadas por un tribunal competente del

² Así lo establece el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al disponer que: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar (...) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Texto completo del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia disponible en <https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf> (última revisión 28 de marzo 2019).

³ Resolución Asamblea General n° 260 B (III) titulada “*Prevención y sanción del delito de genocidio*”. [http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/RES/260\(III\)&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7_2.shtml&Lang=S](http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/RES/260(III)&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7_2.shtml&Lang=S) (revisado 28 marzo 2019).

Estado en cuyo territorio el acto había sido cometido, o ante la corte penal internacional que fuera competente respecto de aquéllas y a la que las Partes contratantes hubieran reconocido jurisdicción.

Así también, el artículo 8 del referido instrumento otorgaba a las partes contratantes la capacidad de recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomaran, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzgaran apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III de la Convención⁴.

Pareciera que la redacción del artículo 8 hiciera referencia directa al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Vale recordar que –de acuerdo al artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas– los miembros de la Organización le confieren a éste órgano la función primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, reconociendo que aquél actúa a nombre de ellos a desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad⁵.

En virtud de la referencia a un tribunal de naturaleza penal que mencionaba el artículo 6; en el mismo texto de la Convención, se estableció que el estudio de la cuestión de una jurisdicción penal internacional debería efectuarse a través de la Comisión de Derecho Internacional, la que había sido establecida en 1947 a través de Resolución 174 (II) de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁶. Con este objeto, la Comisión trabajó en dos proyectos; uno referido a la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal permanente y el otro relacionado a la codificación de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad⁷.

⁴ El artículo III hace referencia a los siguientes actos: a) genocidio; b) asociación para cometer genocidio; c) instigación directa y pública para cometer genocidio; d) tentativa de genocidio; e) complicidad en el genocidio.

⁵ Ver redacción artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, texto completo disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-v/index.html> (última revisión 28 marzo 2019).

⁶ El texto completo de la Resolución 174 (II) de la Asamblea General disponible en: [http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/RES/174\(II\)&referer=http://legal.un.org/ilc/sections/1/&Lang=S](http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/RES/174(II)&referer=http://legal.un.org/ilc/sections/1/&Lang=S) (última revisión 28 marzo 2019).

⁷ El texto de la Resolución establecía en el Punto B la invitación a la Comisión de Derecho Internacional a examinar si era posible y conveniente crear un órgano judicial

En 1950, la Asamblea General resolvió retomar la tarea que había sido dada a la Comisión en 1948 para trabajar simultáneamente en esos dos proyectos. En el texto de la resolución se expresaba que en el curso de la evolución de la comunidad internacional se hacía sentir cada vez más la necesidad de un órgano judicial internacional encargado de juzgar ciertos crímenes de derecho internacional. La Asamblea General decidió, además, la creación de una Comisión que se reuniría el 1 de agosto de 1951 en Ginebra con el fin de preparar uno o más anteproyectos de convención y propuestas referentes a la creación y al estatuto de una corte penal internacional⁸.

El trabajo que había llevado adelante la Comisión en su segundo período de sesiones⁹ se resumió en un informe sobre el tópico de la cuestión de la jurisdicción internacional penal; éste puede servir en particular para evaluar el modo en que había evolucionado la idea de ese tipo de jurisdicción. Se observan en el informe puntos principales de esta evolución tales como:

- a) La reacción humana a los horrores de la Primera Guerra Mundial;
- b) La acción de la Conferencia de Paz y la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y el Cumplimiento de las Sanciones (1919);
- c) El Consejo Asesor de Juristas (1920);
- d) La Asociación de Derecho Internacional (1922-1926);
- e) La Unión Parlamentaria Internacional (1925);
- f) La Asociación Internacional de Derecho Penal (1926-1928);
- g) Las Convenciones de Ginebra sobre la Prevención y la Sanción del Terrorismo y la Creación de una Corte Internacional Penal (1937);
- h) La Asamblea Internacional de Londres (1941);

internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros crímenes que fueren de la competencia de ése órgano en virtud de convenciones internacionales; a más, invitaba a la Comisión a prestar atención, cuando procediera ese examen, a la posibilidad de crear una Sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia.

⁸ Resolución Asamblea General n° 489 (V) titulada “*Jurisdicción Penal Internacional*”.

⁹ Ver reporte de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre segundo período de sesiones: 5 de junio a 29 julio 1950. Texto completo en inglés disponible en: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf&lang=E

- i) La Comisión Internacional para la Reconstrucción Penal y el Desarrollo (1942);
- j) La Declaración de Saint James (1942);
- k) La Declaración de Moscú (1943);
- l) La Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra (1943);
- ll) Los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y Tokio (1945 y 1946);
- m) El Comité de las Naciones Unidas para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación (1947);
- n) La Jurisdicción Internacional Penal analizada en conexión con la Convención sobre Genocidio (1946-1948);
- ñ) La Comisión sobre *International Common Law* (1948);
- o) La Correlación entre las cuestiones de la Jurisdicción Internacional Penal, la Formulación de los Principios de Nüremberg¹⁰ y la elaboración de un Código de Crímenes Internacionales.

Asimismo, el informe mencionaba la opinión que regía en esa época en la cuestión de la represión universal de los crímenes internacionales y la criminalidad de la guerra y, luego de detallar los puntos más importantes en la evolución de la idea de una jurisdicción internacional penal, el informe hacía referencia a conceptos básicos tales como:

- i) el concepto de la guerra como crimen;
- ii) otros crímenes internacionales más allá de la guerra;
- iii) la necesidad de tener una jurisdicción internacional penal investida con el poder de juzgar y sancionar a personas responsables de cometer crímenes internacionales.

Por último, el informe concluía con tres cuestiones específicas:

- a) la conveniencia de un órgano judicial internacional;
- b) la posibilidad de un órgano judicial internacional;
- c) la posibilidad de establecer una Sala Criminal en la Corte Internacional de Justicia¹¹.

¹⁰ Formulación de los Principios de Nüremberg. *Yearbook of the International Law Commission 1950, vol. II*. P. 374. Disponible en (última revisión 30 marzo 2019): http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf&lang=E

¹¹ Documento A/CN.4/15. "Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur. Topic: Question of international criminal

En 1951, la Comisión sobre Jurisdicción Penal Internacional creada en 1950 por la Asamblea General¹² preparó un proyecto de estatuto de una corte penal internacional que fue transmitido por el Secretario General a los gobiernos de los Estados Miembros para que formularan observaciones y sugerencias.

Ante el bajo número de presentaciones, el órgano decidió¹³ designar una nueva Comisión con atribuciones específicas que pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) examinar las derivaciones y las consecuencias de la creación de una corte penal internacional y de diversos procedimientos mediante los cuales pudiera establecerse; b) estudiar las relaciones de tal corte con las Naciones Unidas y sus órganos; c) volver a examinar el proyecto de estatuto¹⁴.

En 1954 la Asamblea General recibió el informe que la Comisión de Jurisdicción Penal había realizado en 1953, en el cual aparecía como anexo un proyecto de estatuto revisado para una corte penal internacional. A partir de éste, la Asamblea General adoptó una resolución¹⁵ en la que hizo referencia especial a la conexión existente entre la cuestión de la definición de agresión y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el problema de la jurisdicción penal internacional.

Cabe hacer aquí especial consideración con el objeto de señalar que la definición de agresión había sido confiada a una Comisión Especial, la que debía presentar un informe sobre el asunto¹⁶.

jurisdiction". Extraído de *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II. Texto completo en idioma inglés disponible en: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&tlang=E

¹² Resolución Asamblea General 489 (V) Disponible en (última revisión 28 marzo 2019): [https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/489\(V\)&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/489(V)&Lang=S)

¹³ Resolución Asamblea General 687 (VII) Disponible en: (última revisión 28 marzo 2019) [https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/687\(VII\)&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/687(VII)&Lang=S)

¹⁴ Resolución Asamblea General 687 (VII).

¹⁵ Resolución Asamblea General 898 (IX) Disponible en: (última revisión 29 marzo 2019) [https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/898\(IX\)&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/898(IX)&Lang=S)

¹⁶ Esta cuestión también fue abordada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y preparada como anexo a su informe sobre el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. El informe afirmaba que "cuando

Ambos temas –esto es, la definición de agresión y el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad– serían tratados entonces en forma conjunta. Luego de ello, la Asamblea General decidió que transcurriera un lapso antes de volver a considerar el problema de la jurisdicción penal internacional.

En consecuencia, en 1954 se decidió aplazar el examen de la cuestión hasta que la Asamblea General hubiera considerado el informe de la nueva comisión especial para la cuestión de la definición de la agresión y hubiera, además, considerado nuevamente el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad¹⁷. En 1957, la Asamblea General ratifica su intención y decide de manera definitiva detener el tratamiento del asunto hasta tanto hubieran sido considerados, examinados y definidos los asuntos que condicionaban el

se pide a los gobiernos que decidan sobre la existencia o no de “agresión según el derecho internacional”, basaban su juicio en criterios derivados de lo “natural” y no sobre construcciones legales”. El informe agregaba que la definición legal de agresión sería una construcción artificial, que no podría ser lo suficientemente amplia como para abarcar todos los casos imaginables de agresión, ya que los métodos de agresión estaban en un proceso constante de evolución. El trabajo completo de la Comisión se encuentra disponible en: http://legal.un.org/ilc/guide/7_5.shtml (última revisión 29 marzo 2019). Ver para ampliar sobre la definición de la agresión: 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, Página 5.

¹⁷ Cabe aquí detenerse en el particular asunto sobre la cuestión de la definición de la agresión y el condicionamiento que esto generaba en el debate para el establecimiento de una jurisdicción internacional penal de carácter permanente. A tal fin cabe recordar que de conformidad con el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas es el Consejo de Seguridad el único órgano de la organización que determina la existencia (...) un acto de agresión y decide qué medidas serán tomadas para mantener o restablecer la paz y las seguridades internacionales. En tal sentido ¿se podría argumentar que el establecimiento de una jurisdicción internacional penal de carácter permanente estuvo condicionado a la intervención de un órgano político de las características del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas?. Ver para ampliar: Deplano, Rossana, *The Use of International Law by the United Nations Security Council: An Empirical Framework for Analysis*. *Emory International Law Review*, Vol. 29, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2724444> (última revisión 29 marzo 2019).

avance en la temática central de análisis¹⁸. La voluntad de aplazar el tratamiento de la temática se ratifica nuevamente en 1968.

El aplazamiento previsto se extendió hasta el año 1981, ello posiblemente motivado en parte por cuestiones políticas cuyo análisis excede el marco teórico jurídico del presente artículo pero que puede sintetizarse en la “Guerra Fría”, entendida ésta como la oposición ideológica entre Oriente y Occidente que tuvo lugar entre 1945 y 1989.

El 10 de diciembre de 1981, la Asamblea General invitó a la CDI a reanudar su labor con miras a elaborar un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, decidiendo asignar prioridad al tratamiento de este proyecto¹⁹.

En su sesión celebrada el 14 de julio de 1982, la CDI designó al Sr. Doudou Thiam Relator Especial para el tema “Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”. En esa misma sesión, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre este tema, presidido por el Relator Especial. Durante ese período de sesiones se recibieron comentarios y observaciones sobre el tema de los gobiernos de ocho Estados Miembros en cumplimiento de la invitación hecha en el párrafo 3 de la resolución 36/106²⁰ de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1981.

Como pedía la Asamblea en el párrafo 4 de esa misma resolución, se distribuyeron dichos comentarios y observaciones y la Secretaría presentó otros documentos. La Secretaría proporcionó también a los miembros del Grupo de Trabajo la documentación adicional pertinente, éste se reunió el 20 de julio de 1982 y procedió a un intercambio preliminar de ideas.

¹⁸ Resolución Asamblea General 1187 (XII) titulada “*Jurisdicción Penal Internacional*”. Disponible en (última revisión 29 marzo 2019) [https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1187\(XII\)&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1187(XII)&Lang=S)

¹⁹ Resolución Asamblea General 36/106 titulada “*Proyecto de Código de Delitos Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*”. Disponible en https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/36/106 (última revisión 28 marzo 2019).

²⁰ Texto completo disponible en (última revisión 29 marzo 2019)

https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/36/106&Lang=S

Nüremberg y; b) que prepare un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad en el cual se indique claramente la función que corresponde a los principios mencionados en el inciso precedente.

El detalle continúa expresando el trabajo de la CDI en la materia, analizando el tratamiento que la temática había tenido en sus primeros períodos de trabajo; primero a cuarto. Así, refiere que en 1954 la CDI transmitió a la Asamblea General de las Naciones Unidas una versión revisada del contenido del Código, el que fue aprobado por la Comisión en su quinto período de trabajo. El Código contenía cuatro (4) artículos que se transcriben a continuación:

“Artículo 1: Los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, definidos en el presente código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables.

Artículo 2: Son delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad los siguientes actos: 1) Todo acto de agresión, inclusive el empleo por las autoridades de un Estado de la fuerza armada contra otro Estado para cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva o la aplicación de una decisión o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas. 2) Toda amenaza hecha por las autoridades de un Estado de recurrir a un acto de agresión contra otro Estado. 3) La preparación por las autoridades de un Estado del empleo de la fuerza armada contra otro Estado para cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva, o la aplicación de una decisión o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas. 4) El hecho de que las autoridades de un Estado organicen dentro de su territorio o en cualquier otro territorio bandas armadas para hacer incursiones en el territorio de otro Estado o estimulen la organización de tales bandas; o el hecho de que toleren la organización de dichas bandas en su propio territorio o de que toleren que dichas bandas armadas se sirvan de su territorio como base de operaciones o punto de partida para hacer incursiones en el territorio de otro Estado, así como el hecho de participar directamente en tales incursiones o de prestarles su apoyo. 5) El hecho de que las autoridades de un Estado emprendan o estimulen actividades encaminadas a fomentar luchas civiles en el territorio de otro Estado, o la tolerancia por las autoridades de un Estado de actividades organizadas encaminadas a fomentar luchas civiles en el territorio de otro Estado. 6) El hecho de que las autoridades de un Estado emprendan o estimulen actividades terroristas en otro Estado, o la tolerancia por las autoridades de un Estado de actividades organizadas, encaminadas a

realizar actos terroristas en otro Estado. 7) Los actos de las autoridades de un Estado que violen las obligaciones establecidas por un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales mediante restricciones o limitaciones respecto a armamentos, adiestramiento militar o fortificaciones, u otras restricciones del mismo carácter. 8) La anexión por las autoridades de un Estado de un territorio perteneciente a otro Estado o de un territorio colocado bajo un régimen internacional mediante actos contrarios al derecho internacional. 9) El hecho de que las autoridades de un Estado intervengan en los asuntos internos o externos de otro Estado mediante medidas coercitivas de índole económica o política, con el fin de influir sobre sus decisiones y obtener así ventajas de cualquier índole. 10) Los actos de las autoridades de un Estado o de particulares, perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, inclusive: i) La matanza de miembros del grupo; ii) La lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; iii) El sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; iv) Las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; v) El traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. 11) Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones, contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia. 12) Los actos cometidos violando las leyes o usos de la guerra. 13) Los actos que constituyan: i) Conspiración para cometer cualquiera de los delitos definidos en los párrafos anteriores del presente artículo; ii) Instigación directa a cometer cualquiera de los delitos definidos en los párrafos anteriores del presente artículo; iii) Tentativas de cometer cualquiera de los delitos definidos en los párrafos anteriores del presente artículo; iv) Complicidad en la perpetración de cualquiera de los delitos definidos en los párrafos anteriores del presente artículo.

Artículo 3: El hecho de que una persona haya actuado como Jefe de un Estado o como autoridad del Estado no la eximirá de responsabilidad por la perpetración de cualquiera de los delitos definidos en el presente código.

Artículo 4: El hecho de que una persona acusada de un delito definido en este código haya actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no la eximirá de responsabilidad conforme al derecho internacional si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.”

El informe de la CDI continúa su exhaustivo detalle con relación al tratamiento de la temática. Así menciona que en su resolución 897 (IX), de 4 de diciembre de 1954, la Asamblea General, considerando que el proyecto de código formulado por la Comisión en su sexto período de sesiones suscitaba problemas íntimamente relacionados con la definición de la agresión y que había encomendado a una comisión especial la tarea de preparar un informe sobre un proyecto de definición de la agresión, decidió aplazar el examen del proyecto de código hasta que la Comisión Especial para la Cuestión de la Definición de la Agresión hubiera presentado su informe²⁴.

La Comisión refiere en su informe que la Asamblea General expresó la misma opinión en 1957, aunque transmitió el texto del proyecto de código a los Estados Miembros para que formularan observaciones; las respuestas se habrían de someter a la Asamblea General a tiempo para que el tema pudiese ser incluido en su programa provisional 2°. Así, en 1968 la Asamblea General decidió de nuevo no incluir en su programa el tema relativo al proyecto de código y el tema relativo a la jurisdicción penal internacional hasta un período de sesiones ulterior, cuando se hubiera avanzado más en la elaboración de una definición generalmente aceptada de la agresión²⁵.

El 14 de diciembre de 1974 la Asamblea General de la Naciones Unidas aprobó por consenso la definición de la agresión²⁶. Al asignar a la CDI el tema relativo a la definición de la agresión, la Asamblea General señaló que había decidido, entre otras cosas, estudiar si debía abordar el examen de la cuestión del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y de la cuestión de una jurisdicción penal internacional, como se preveía en las resoluciones y en una decisión adoptadas anteriormente.

²⁴ Ver nota 15 referida a la Cuestión de la Definición de la Agresión.

²⁵ ¿Qué debería entenderse por “definición generalmente aceptada de la agresión”? ¿Es posible que el condicionamiento del avance para el establecimiento de una jurisdicción recayera de manera directa en la decisión de un órgano de índole político de las características del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas toda vez que éste tiene la capacidad exclusiva –de conformidad con el artículo 39 de la Carta de la ONU– de determinar la existencia de una agresión?

²⁶ Resolución Asamblea General 3314 (XXIX) sobre *Definición de la Agresión*. Disponible en (última revisión 29 marzo 2019):

[https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX)&Lang=S)

Así, en su informe sobre su vigésimo noveno (29°) período de sesiones, en 1977, la CDI se refirió a la posibilidad de que la Asamblea General examinara el proyecto de código, incluida su revisión por la Comisión si la Asamblea General así lo deseaba, teniendo en cuenta el hecho de que la Asamblea General había aprobado la definición de la agresión. Aunque el tema se incluyó en el programa del trigésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, en 1977, su examen fue aplazado hasta el trigésimo tercer período de sesiones, en 1978. En la resolución 33/97²⁷, de 16 de diciembre de 1978, la Asamblea General invitó a los Estados Miembros y a las organizaciones internacionales intergubernamentales pertinentes a presentar sus comentarios y observaciones sobre el proyecto de código, incluidos sus comentarios sobre el procedimiento que debería seguirse. Esos comentarios fueron distribuidos en el siguiente período de sesiones de la Asamblea General.

En su trigésimo quinto período de sesiones, en 1980, la Asamblea General, en su resolución 35/49²⁸, de 4 de diciembre de 1980, reiteró la invitación relativa a la presentación de comentarios y observaciones que había hecho en la resolución 33/97, precisando además que en esas respuestas se expresaran opiniones sobre el procedimiento que habría que seguir en el examen futuro del tema, incluida la sugerencia de remitirlo a la CDI.

El 10 de diciembre de 1981 la Asamblea General aprobó la resolución 36/106²⁹, titulada “Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”, cuyo texto es el siguiente:

“La Asamblea General,

²⁷ Resolución Asamblea General 33/97 sobre *Proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad*. Disponible en (última versión revisada 29 marzo 2019): https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/33/97&Lang=S

²⁸ Resolución Asamblea General 35/49 sobre *Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad*. Disponible en (última versión revisada 29 marzo 2019): https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/35/49&Lang=S

²⁹ Resolución Asamblea General 36/106 sobre *Proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad*. Disponible en (última revisión 29 marzo 2019): https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/36/106&Lang=S

Teniendo presente el inciso a del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, que prescribe que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación,

Recordando su resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, por la que encargó a la Comisión de Derecho Internacional que preparara un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad,

Habiendo examinado el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad preparado por la Comisión de Derecho Internacional y presentado a la Asamblea General en 1954,

Recordando la convicción de que la elaboración de un código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad podría contribuir a fortalecer la paz y la seguridad internacionales y, por consiguiente, a promover y llevar a la práctica los propósitos y principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas,

Teniendo presente su resolución 33/97, de 16 de diciembre de 1978, por la que decidió asignar prioridad al tema titulado “Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” y considerarlo con la mayor amplitud posible,

Habiendo examinado el informe del Secretario General presentado de conformidad con la resolución 35/49, de 4 de diciembre de 1980, de la Asamblea General,

Considerando que la Comisión de Derecho Internacional acaba de terminar una parte importante de su labor consagrada a la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado y que, en consecuencia, su programa de trabajo está actualmente más aligerado,

Teniendo en cuenta que el número de miembros de la Comisión de Derecho Internacional fue aumentado durante el trigésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General y que la Comisión dispone de un nuevo mandato de cinco años para organizar su labor futura,

Teniendo presentes las opiniones expresadas durante el debate sobre este tema en el actual período de sesiones,

Tomando nota del párrafo 4 de la resolución 36/114, de 10 de diciembre de 1981, de la Asamblea General y relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional,

1. **Invita** a la Comisión de Derecho Internacional a que reanude su labor con miras a elaborar el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, y a que lo examine con la prioridad requerida con objeto de revisarlo, teniendo debidamente en cuenta los resultados logrados por el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional;

2. ***Pide*** a la Comisión de Derecho Internacional que examine en su trigésimo cuarto período de sesiones la cuestión del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad en el marco de su programa quinquenal y que informe a la Asamblea General en su trigésimo séptimo período de sesiones acerca de la prioridad que considera oportuno asignar al proyecto de código y la posibilidad de presentar un informe preliminar a la Asamblea en su trigésimo octavo período de sesiones con respecto, entre otras cosas, al alcance y a la estructura del proyecto de código;

3. ***Pide*** al Secretario General que reitere su invitación a los Estados Miembros y a las organizaciones internacionales intergubernamentales pertinentes a que presenten o actualicen sus comentarios y observaciones sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, y que presente un informe a la Asamblea General en su trigésimo séptimo período de sesiones;

4. ***Pide*** al Secretario General que proporcione a la Comisión de Derecho Internacional toda la documentación necesaria y los comentarios y observaciones presentados por Estados Miembros y organizaciones internacionales intergubernamentales pertinentes sobre el tema titulado “Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”;

5. ***Decide*** incluir en el programa provisional de su trigésimo séptimo período de sesiones el tema titulado “Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad” y asignarle prioridad y considerarlo con la mayor amplitud posible.”³⁰

El 16 de diciembre de 1982 la Asamblea General aprobó la resolución 37/102³¹, en la cual invitó a la Comisión a que continuara su labor con miras a elaborar el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, de conformidad con el párrafo 1 de su resolución 36/106 y pidió también a la Comisión que, de conformidad con la resolución 36/106, le presentara un informe preliminar en su trigésimo octavo período de sesiones con respecto, entre otras cosas, al alcance y a la estructura del proyecto de código y reiteró la invitación formulada a los Estados Miembros y a las organizaciones internacionales intergubernamentales pertinentes para que presentaran o actualizaran sus comentarios y observaciones sobre el proyecto de código.

³⁰ Resolución Asamblea General 36/106. Énfasis y subrayados me pertenecen.

³¹ Resolución Asamblea General 37/102 sobre Proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad. Disponible en (última revisión 29 marzo 2019): https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/37/102&Lang=S

Así, se presentó en la CDI el primer informe sobre el tema presentado por el Relator Especial, así como un compendio de instrumentos internacionales pertinentes (y un documento analítico, preparados ambos por la Secretaría en cumplimiento de las peticiones formuladas por la Comisión en su 34° período de sesiones. También tuvo ante sí las respuestas enviadas por los gobiernos en cumplimiento de la resolución 37/102)³².

La CDI celebró un debate general sobre el tema en sesión plenaria sobre la base del primer informe presentado por el Relator Especial. En el informe presentado por el Relator Especial se trataban tres cuestiones importantes: a) ámbito de aplicación del proyecto de codificación; b) metodología de la codificación; c) aplicación del código.

Con relación al ámbito de aplicación del proyecto de codificación; se trata de determinar los contenidos *ratione materiae* y *ratione personae* del proyecto. En tal sentido, sobre el contenido *ratione materiae* del proyecto el interrogante era ¿a qué infracciones se aplica la codificación? La CDI consideró que la codificación no se aplicaba a la totalidad de la vasta serie de crímenes internacionales, sino solamente a los crímenes que pueden afectar a la paz y la seguridad de la humanidad. En efecto, los crímenes internacionales, aunque son muy variados, presentan una unidad profunda por lo que se refiere a su naturaleza, que se define e ilustra en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados³³.

³² A/CN.4/364; A/CN.4/368; A/CN.4/365; A/CN.4/369.

³³ El artículo 19 establecía la siguiente enumeración referida a “Crímenes y delitos internacionales”: 1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional. 3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una

La CDI argumentaba que –no obstante– si se conciben los crímenes internacionales, no ya desde el punto de vista de su naturaleza, sino de sus efectos, se advierte una cierta graduación de éstos. Así, concluía que –naturalmente– los crímenes internacionales son las infracciones internacionales a las que se atribuye en general mayor gravedad. Ello no quita para que entre esos crímenes internacionales haya una cierta jerarquía desde el punto de vista de su gravedad. En este aspecto, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se encuentran en la cumbre de esta jerarquía. Son en cierto modo los más graves entre los más graves. Sobre este punto hubo unanimidad en el seno de la Comisión. En tal sentido, la codificación abarcará, pues, el ámbito de los crímenes internacionales más graves. Así pues, el presente proyecto no abarcará, evidentemente, el conjunto de los crímenes internacionales definidos en el artículo 19³⁴, en cuyo caso sería un código penal internacional, sino sólo aquellos que se sitúan en la cúspide de la pirámide por razón de su especial gravedad.

Resulta interesante la calificación que la CDI hace en su análisis al establecer que la gravedad de los crímenes internacionales se podrá apreciar en función de la amplitud de los desastres o en función de su carácter de horror (o de ambos aspectos). Así, destaca y refiere como ejemplo, ciertos crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial. El informe de la CDI concluye que el contenido *ratione materiae* se referirá, pues, a esta clase de crímenes, cada uno de los cuales será definido en el proyecto de código. La CDI menciona que será indiferente que estos crímenes sean o no de inspiración política toda vez que manifiesta que la noción de delito político es difícil de precisar. Agrega además que los atentados graves contra los intereses fundamentales de la humanidad pueden tener móviles complejos³⁵.

dominación colonial; c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. 4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.

³⁴ La CDI vuelve sobre la enumeración del articulado del proyecto.

³⁵ La CDI hace dos distinciones: a) Los crímenes de derecho internacional y los de derecho interno; b) Los crímenes políticos y los de derecho común. Para ampliar ver

Con relación al contenido *ratione personae* del proyecto, la CDI manifestó que el problema consistía en saber a qué sujetos de derecho puede atribuirse una responsabilidad criminal internacional: ¿al individuo solamente o también al Estado o a otros grupos? Después de Nüremberg y Tokio, la responsabilidad criminal internacional del individuo no ofrecía dudas, y esta tesis se aceptó por unanimidad en el seno de la Comisión. En lo que se refiere al Estado, la insistencia de una parte de la doctrina y, en cierta medida, la evolución de las ideas en el seno de la Comisión, así como la propia obra de ésta, llevaba a plantearse la cuestión de si no han aparecido nuevos sujetos de derecho internacional penal en la persona del Estado o de algunas otras agrupaciones³⁶.

El informe de la CDI hacía referencia al artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados elaborado por la Comisión indica cuáles son los hechos internacionalmente ilícitos de un Estado que constituyen crímenes y delitos internacionales. Ese artículo establece: (...)“*Crímenes y delitos internacionales: 1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional. 3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la*

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1983, Volumen II, Primera parte, Páginas. 152 y ss. (A/CN.4/SER.A/1983).

³⁶ La CDI había decidido no incluir en la codificación más que a los individuos, excluyendo de su campo de investigación el problema de la responsabilidad penal de otras entidades jurídicas, como los Estados. De esa manera se situaba en la perspectiva del Tribunal de Nüremberg, según el cual son los hombres, y no las entidades abstractas, quienes cometen crímenes cuya represión se impone como sanción de derecho internacional. Para ampliar ver *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1983*, Volumen II, Primera parte, Páginas 155 y ss. (A/CN.4/SER.A/1983).

que prohíbe la agresión; b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. 4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional”³⁷.

De este modo quedó nuevamente planteado el debate en el seno de la Comisión. Predominó la opinión de que en el proyecto se debía reconocer y dejar sentada la responsabilidad criminal del Estado. En favor de esta tesis se adujo el argumento de que los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad solían ser obra de los Estados y en muchos casos sólo podían ser cometidos por Estados. Así sucedía, por ejemplo, con la agresión o el apartheid o con la anexión. No reconocer al Estado como sujeto de derecho penal equivaldría simplemente a establecer la impunidad de esos crímenes. Se subrayó también que sería lamentable no sacar todas las consecuencias jurídicas que implicaba el principio del artículo 19, siendo así que parecía perfectamente concebible un sistema de sanciones adaptado a la naturaleza de los Estados: sanciones de carácter moral o pecuniario y otras muchas. Se puso de manifiesto asimismo que admitir la imposibilidad de la jurisdicción criminal en esta esfera sería en cierto modo reconocer el carácter no solamente inevitable sino necesario de la guerra como único remedio contra los actos criminales de los Estados y como único medio de imponer sanciones por esos actos. Ahora bien, ello no parecía estar en consonancia con las tendencias del derecho contemporáneo, que elevaba al rango de norma jurídica obligatoria el empleo de medios pacíficos de arreglo de controversias. Se insistió también en la función de prevención y de disuasión del código. Era preferible prevenir los crímenes contra la

³⁷ Para ampliar la información sobre el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional acerca del desarrollo progresivo y la codificación de la cuestión sobre la Responsabilidad del Estado ver documentos sumarios disponibles en: (última revisión 29 marzo 2019) http://legal.un.org/ilc/summaries/9_6.shtml

paz y la seguridad de la humanidad que tener que reprimirlos. Si el ámbito de aplicación del futuro código se limitaba a los particulares no se alcanzarían los objetivos fijados por la Asamblea General; se haría caso omiso del valor preventivo y disuasivo que debería tener el código y se desconocería la evolución de la comunidad internacional en el curso de los últimos treinta años³⁸.

Se expresó la opinión de que, si bien algunos Estados tenían la posibilidad de utilizar la fuerza para defender sus intereses, no podía decirse lo mismo de la gran mayoría de los Estados. La mayor parte de los Estados desearía que se estableciese un código de conducta en la vida internacional y que se aplicase una cierta justicia. En interés de los Estados medianos y pequeños, en el ámbito de aplicación del proyecto de código debían quedar comprendidos los Estados y las demás personas jurídicas³⁹.

En cambio, algunos miembros de la Comisión se manifestaron en contra de la idea de que se pudiera atribuir responsabilidad criminal internacional a un Estado en el marco del presente proyecto de código. Destacaron la imposibilidad práctica de promover un procedimiento criminal contra un Estado y estimaron que la inmunidad de los Estados impediría que los tribunales de otro Estado ejercieran jurisdicción en tales circunstancias. Según estos miembros, no era realista esperar que los Estados acusados de haber cometido crímenes internacionales aceptaran que un tribunal internacional de lo criminal pudiera ejercer jurisdicción sobre ellos. Finalmente, afirmaron que la responsabilidad de los Estados por hechos calificados de crímenes internacionales debía regularse exclusivamente en el marco del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados. Por otra parte, se señaló que era fácil imaginar que el Estado en rebeldía, por negarse a presentarse ante la jurisdicción competente, vería pesar sobre él no sólo la sospecha, sino la

³⁸ Téngase presente que el informe analizado data de 1983. En consecuencia, por “últimos treinta (30) años” deberá entenderse el período comprendido entre 1953 y 1983.

³⁹ Para ampliar el contenido del debate surgido en el seno de la Comisión de Derecho Internacional con relación a la inclusión (o no) de los Estados como sujetos de derecho penalmente responsables por la comisión de crímenes internacionales, resulta relevante señalar el contenido de los puntos 43 a 48 del Capítulo II del Primer Informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial de la CDI para la temática. DOCUMENTO A/CN.4/364, 18 de marzo de 1983.

desaprobación general de la comunidad internacional, además de la condena de que fuera objeto. En cuanto al argumento de que la responsabilidad de los Estados por crímenes internacionales sólo guarda relación con el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, plantea implícitamente el problema de la delimitación de los ámbitos de aplicación respectivos del proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y del proyecto analizado. El informe de la CDI continúa su redacción manifestando que –no obstante– parece evidente que no es posible confundir en ningún sentido los ámbitos de aplicación de los dos proyectos, puesto que el proyecto en cuestión sólo se refiere a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, mientras que el otro tiene por objeto la esfera mucho más amplia de los crímenes internacionales en su conjunto, tal como se definen en el artículo 19. La CDI manifestaba que sería un error afirmar que el estudio de todo hecho calificado de crimen internacional por el artículo 19 se relaciona exclusivamente con el proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados. Algunos miembros de la Comisión se mostraron contrarios a la idea de una responsabilidad criminal del Estado porque, a su juicio, esa responsabilidad no existe en el derecho internacional actual⁴⁰.

El informe de la CDI argumentaba que en el actual proyecto de artículos no se puede desconocer el artículo 19 (del proyecto sobre Responsabilidad de los Estados); lo que es cierto, en cambio, es que la unidad aparente del artículo 19, que da una definición sintética y global del crimen internacional cometido por un Estado, no debe hacer concebir ilusiones. Esa unidad oculta una diversidad de los crímenes internacionales, entre los cuales los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad constituyen una categoría *sui generis* caracterizada por el especial horror que suscitan en la conciencia universal. Dada esta naturaleza específica, ¿tienen estos crímenes un régimen especial tanto en lo que concierne a las reglas de fondo como al procedimiento? Así, la

⁴⁰ Ver para ampliar *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1983*, Volumen II, Primera parte, Páginas 155, punto 45 (A/CN.4/SER.A/1983): “*La tesis del Estado criminal ha gozado, hay que reconocerlo, de un interés creciente, pero no por ello resulta más fácil ponerla en práctica. Aparte de las decisiones que pueden tomarse de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que de hecho no son sanciones penales propiamente dichas sino medidas, es difícil imponer una obligación a un Estado. Lograr que un Estado comparezca ante una jurisdicción penal internacional, a menos, claro está, que haya sido vencido, parece irrealizable.*”

CDI señala que, si se trata de individuos, ese régimen especial no parece discutible. Agregando que es sintomático a este respecto que la imprescriptibilidad sólo afecte a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Es igualmente sintomático que incluso países territorialmente competentes para conocer de estas infracciones admitan que éstas tienen sus reglas propias que no dependen necesariamente de sus ordenamientos jurídicos nacionales. Es interesante el aporte de la CDI al señalar que el régimen de la responsabilidad criminal de los individuos por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no podría, pues, fundirse en el régimen general de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos. La Comisión refiere que, por otra parte, si así fuera, la Asamblea General no habría pedido que esos crímenes fuesen objeto de una codificación separada. Por lo demás, los miembros de la Comisión coincidieron en general en que existe tal régimen, pero algunos de ellos consideran que debe limitarse a los individuos. Respecto de los Estados, los partidarios de la responsabilidad criminal de esas personas jurídicas consideran que esa responsabilidad debería quedar sometida, *a fortiori*, a un régimen particular, habida cuenta de la naturaleza específica de las entidades jurídicas⁴¹.

Con relación a la Metodología de la Codificación, en el seno de la CDI el debate se planteó en los siguientes términos: ¿Hay que seguir un método deductivo o un método inductivo? ¿Hay que combinar los dos métodos? El informe de la Comisión señalaba que el método deductivo consistía en enunciar desde el principio un criterio general que permite identificar, en cada caso, remitiéndose a ese criterio, el acto criminal que puede ser considerado como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. El método inductivo consistía, por el contrario, en examinar los hechos, pasar revista, por ejemplo, a las convenciones relativas a la materia y deducir *a posteriori*, del estudio de estas convenciones, si es posible, el criterio para la identificación del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad⁴².

El método seguido por la Comisión en 1954 era un método puramente enumerativo. La Comisión había enumerado una serie de

⁴¹ Párrafos 57 a 61 del DOCUMENTO A/38/10. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (3 de mayo-22 de julio de 1983).

⁴² *Ibidem*, párrafo 62.

actos que, a su juicio, constituían crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sin tratar de deducir, entre esos actos, un elemento común, fuera de la afirmación de que esos crímenes eran crímenes de derecho internacional, y sin establecer un vínculo entre ellos. En realidad, los acontecimientos anteriores en lo tocante al ámbito de aplicación *ratione materiae* del proyecto parecen haber respondido, en parte, a la cuestión que en 1983 se planteaba a la Comisión. Los crímenes a que se refiere la expresión “crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad” son los crímenes internacionales más graves. En consecuencia, eso ofrece un criterio general que permite, en caso de un crimen internacional, decir si pertenece o no a la categoría de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Estos no son la totalidad de los crímenes a que se refiere el artículo 19, sino sólo los crímenes que se consideran más graves. El informe argumentaba que no había que perder de vista, naturalmente, lo que ese criterio puede tener de subjetivo. La opinión de la comunidad internacional en su conjunto sería determinante⁴³.

Por último, con relación a la metodología de la codificación del proyecto sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la Comisión consideraba que el método deductivo debería combinarse en gran parte con el método inductivo, y que habría que explorar el vasto campo de las convenciones relativas a la materia. La Comisión completaría así su obra de 1954, considerando, para su inclusión en el proyecto acordado en 1983, las infracciones que responden al criterio definido y que habían aparecido en particular a consecuencia del proceso de descolonización, de la necesidad de promover los derechos humanos y de la evolución del *jus cogens*. Un criterio general y global ofrecería además la ventaja de definir en cierto modo la posición adoptada y de advertir, desde el principio, que la enumeración de los crímenes contenidos en el proyecto no es limitativa y puede evolucionar en función de la evolución de la propia sociedad internacional. En general se consideró útil hacer una introducción que recordase los principios generales del derecho penal, como, por ejemplo, el principio de la irretroactividad de la ley penal, la teoría de las circunstancias agravantes o atenuantes, la complicidad, la tentativa, la teoría de los hechos justificativos, etc⁴⁴.

⁴³ *Ibidem*, párrafos 63 a 65.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafos 66 y 67.

El último asunto que señala el informe de la Comisión es el referido a la cuestión de la aplicación del código proyectado. Así, se menciona que una vez determinadas las infracciones que, con arreglo aquél cuerpo normativo, constituirían delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, para que el código pudiera ser puesto en práctica, sería necesario determinar las sanciones aplicables a los autores y atribuir competencia a una jurisdicción existente o de nueva creación para imponer estas sanciones. Así, el informe señala que un sistema penal implica generalmente tres instituciones, representadas por tres operaciones sucesivas: a) Las infracciones, determinadas mediante una operación delicada llamada “calificación”, a través de la cual se analizan los hechos, se someten a un minucioso examen y después, en su caso, se determina la naturaleza delictiva, es decir, en el análisis del proyecto en cuestión cuales hechos se incluirían en la categoría de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; b) Una escala de penas, es decir, las sanciones máximas y mínimas previstas para las infracciones consideradas; c) Una organización judicial (tribunales, normas de competencia, de procedimiento, sentencias, ejecución de las sentencias, etc.)⁴⁵.

En 1983, la cuestión que se planteaba a la Comisión es si debía atenerse a su posición de 1954 o debía ir más lejos. La Comisión se interrogaba legítimamente en cuanto al alcance de su mandato. Para resumir, la Comisión de Derecho Internacional consideraba que el proyecto de código sólo deberá referirse a los crímenes internacionales más graves. Estos crímenes se determinarían por referencia a un criterio general y también a las convenciones y declaraciones pertinentes sobre la materia. En lo que se refería a los sujetos de derecho a los que puede atribuirse una responsabilidad criminal internacional, la Comisión deseaba, dado el carácter político del problema, conocer la opinión de la Asamblea General sobre este punto. Por lo que respecta a la aplicación del código, dado que algunos miembros de la Comisión estimaban que un código que no estuviera acompañado de sanciones y de una jurisdicción criminal competente sería inoperante, la Comisión pedía a la Asamblea General que precisara si su mandato consiste también en elaborar el estatuto de una jurisdicción criminal internacional

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 68.

competente para los individuos. Además, según la opinión preponderante en el seno de la Comisión, favorable a la responsabilidad criminal de los Estados, es conveniente que la Asamblea General precise si esta jurisdicción debe ser igualmente competente en lo que se refiere a los Estados⁴⁶.

El aporte realizado por la CDI en su informe de 1983 constituyó la base de un trabajo continuo y permanente por el término de seis (6) períodos⁴⁷ durante los cuales la Comisión abordó de manera detallada el

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 69.

⁴⁷ *Año 1984*: DOCUMENTO A/39/10 *Report of the International Law Commission on the work of its thirty-sixth session (7 May-27 July 1984)*. *Año 1985*: DOCUMENTO A/40/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 37° período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1985). Índice temático: 1. Plan para el futuro código; 2. Delimitación del ámbito de aplicación *ratione materiae* del tema; 3. Definición del delito contra la paz y la seguridad de la humanidad (a) Unicidad de la noción de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad b) Criterios y sentido de la noción de delito contra la paz y la seguridad de la Humanidad; 4. Actos que constituyen un delito contra la paz y la seguridad internacionales [a] La agresión (párrafo 1 del artículo 2 del proyecto de código de 1954), b) La amenaza de agresión (párrafo 2 del artículo 2 del proyecto de código de 1954); c) La preparación de la agresión (párrafo 3 del artículo 2 del proyecto de código de 1954); d) La intervención en los asuntos internos o externos de otro Estado (párrafos 5 y 9 del artículo 2 del proyecto de código de 1954); e) El terrorismo (párrafo 6 del artículo 2 del proyecto de código de 1954); f) La violación por las autoridades de un Estado de las disposiciones de un tratado destinado a garantizar la paz y la seguridad internacionales (párrafo 7 del artículo 2 del proyecto de código de 1954); g) El establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; h) El mercenarismo, i) La agresión económica.]. *Año 1986*: DOCUMENTO A/41/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 38 período de sesiones (5 de mayo-11 de julio de 1986) Índice temático: I] Crímenes contra la humanidad: 1 La definición de crimen contra la humanidad y el proyecto de código de 1954 el genocidio y los actos inhumanos. 2 Los crímenes contra la humanidad no consignados en el proyecto de código de 1954: el *apartheid*, los atentados graves contra el medio humano, otros crímenes. II] Crímenes de guerra. 1 Problemas de terminología. 2 Problemas de fondo. 3 Problemas de método. III] Otros crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. 1 La complicidad. a) La complicidad en el derecho interno b) La complicidad en el derecho internacional. 2 La conspiración (“complot” y “*conspiracy*”). 3 La tentativa: IV Principios generales: 1 Principios relativos a la naturaleza jurídica del crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. 2 Principios relativos al carácter del delincuente. 3 Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el tiempo. 4 Principios relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio. 5 Principios relativos a las excepciones a la responsabilidad penal: a) La coacción, el estado de necesidad y la fuerza mayor, b) El error, c) La orden de un superior jerárquico, d) El carácter público del autor, e) La legítima defensa, f) Medios de defensa basados en represalias, V El proyecto de artículos. *Año 1987*: DOCUMENTO A/42/10 Informe de la

desarrollo progresivo y la eventual codificación sobre crímenes contra la paz y la seguridad internacional.

IV. Aportes para el establecimiento de la Corte Penal Internacional

En 1989 la Asamblea General nuevamente pidió a la CDI⁴⁸ que en el tema titulado “*proyecto de código de crímenes contra la paz y la*

Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 39° período de sesiones (4 de mayo-17 de julio de 1987): Proyectos de artículos, con los comentarios correspondientes, sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 39 período de sesiones. Título I. Definición y tipificación. Título II. Principios generales: Responsabilidad y castigo; Imprescriptibilidad; Garantías judiciales. Año 1988: DOCUMENTO A/43/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 40 período de sesiones (9 de mayo – 29 julio 1988): 1- Obligación de juzgar o de conceder extradición. 2- Cosa Juzgada. 3- Irretroactividad. 4- Responsabilidad del Superior. 5- Carácter oficial y responsabilidad penal. 6- Agresión.

⁴⁸ En el año 1989 la CDI continúa en el proceso del desarrollo progresivo de la temática y su codificación. DOCUMENTO A/44/10 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 41° período de sesiones (2 de mayo-21 de julio de 1989): 1. Los crímenes de guerra: a) El concepto de gravedad y la definición de crimen de guerra. b) Terminología empleada y definición de crimen de guerra. c) Método de definición. d) Comentarios específicos sobre la lista de crímenes de guerra propuesta. e) Nuevas formulaciones propuestas para el artículo. 2. Crímenes contra la humanidad: a) Comentarios generales. b) El genocidio. c) El apartheid. d) La esclavitud, otras formas de servidumbre y el trabajo forzoso. e) La expulsión de la población, su traslado forzoso y crímenes conexos. f) Otros actos inhumanos, incluida la destrucción de bienes. g) Atentados contra bienes de interés vital para la humanidad, como el medio humano. h) Tráfico internacional de estupefacientes. 3. Aplicación del código. En el Año 1990, la CID emite DOCUMENTO A/45/10 titulado Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 42 período de sesiones (1 de mayo-20 de julio de 1990). En el referido informe examina las siguientes temáticas: 1 La complicidad la conspiración y la tentativa: a) Cuestiones de metodología; b) La complicidad; c) La conspiración y, d) La tentativa. 2 El tráfico ilícito e internacional de estupefacientes. 3 Violación de un tratado destinado a asegurar la paz y la seguridad internacionales. Con relación a la cuestión relativa al establecimiento de una jurisdicción penal internacional: 1 Mandato. 2 Intentos anteriores de las Naciones Unidas en la esfera de la jurisdicción penal internacional. 3 Examen de la cuestión en el referido periodo de sesiones de la Comisión: a) Consideraciones generales; b) Jurisdicción c) competencia: i) Competencia objetiva; ii) Competencia y jurisdicción respecto de las personas; iii) Naturaleza de la jurisdicción; iv) Ejercicio del derecho a la jurisdicción penal; v) Estructura del tribunal; vi) Estructura institucional; vii) Composición del tribunal; viii) Elección de los magistrados; ix) Órganos encargados de la acusación penal; x) Instrucción sumarial. d) Autoridad de las sentencias. e) Otras cuestiones: i) Penas; ii) Ejecución de las sentencias; iii) financiación del tribunal.

seguridad internacional” se ocupara de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tuviera competencia sobre las personas que presuntamente hubieran cometido crímenes que pudieran ser tipificados en dicho código⁴⁹. Este pedido se concretó en 1991, cuando este organismo subsidiario –la CDI– adoptó un nuevo proyecto de código que fue enviado a consideración, consulta y comentarios de los Estados miembros.

Finalmente, en 1994 se adoptó la versión final del Proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional⁵⁰, sometiéndose a consideración de la Asamblea General el texto del referido proyecto. El proyecto de Estatuto fue aprobado recomendándose hacer una convocatoria a una Conferencia Internacional de Plenipotenciarios para examinarlo⁵¹. En el proyecto aprobado se proponía que la Corte fuera establecida a través de un tratado internacional y se sugería, además, que la jurisdicción debía basarse en el consentimiento, contemplándose la cooperación entre los Estados y el Tribunal.

En 1996 se adoptó el Proyecto Final de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁵² recogiendo el trabajo

f) Otros posibles mecanismos procesales internacionales. g) Conclusiones. i) Un tribunal penal internacional con jurisdicción exclusiva; ii) Un tribunal penal internacional y jurisdicción concurrente de los tribunales nacionales; iii) un tribunal penal internacional que solo tenga atribuida competencia en segunda instancia.

⁴⁹ Resolución Asamblea General 44/39 titulada “*Responsabilidad penal Internacional de las personas y entidades que participan en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes y en otras actividades delictivas transnacionales: creación de un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre esos delitos*”. Disponible (última revisión 29 marzo 2019)

https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/44/39&Lang=S

⁵⁰ *Draft Statute for an International Criminal Court 1994. Text adopted by the Commission at its forty-sixth session, in 1994, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session. The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II (Part Two)*. Disponible en idioma inglés en:

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1994.pdf&lang=EF

⁵¹ Resolución Asamblea General 49/53 titulada “*Establecimiento de una Corte Penal Internacional*”.

⁵² Resolución Asamblea General 51/207 titulada “*Establecimiento de una Corte Penal Internacional*”.

de un comité *Ad Hoc* –o Comité Especial– establecido por la Asamblea General en 1995 para tratar la cuestión del establecimiento de una Corte Penal Internacional. Además del trabajo realizado por la CDI y el Comité Especial, la resolución convocaba a una nueva reunión de la Comisión Preparatoria, la que se reuniría en 1997 en tres oportunidades hasta que su labor concluyera en abril de 1998, permitiéndose –a través de grupos de trabajo de composición abierta– la negociación de propuestas y la elaboración de un proyecto de texto de una convención que habría de presentarse a la Conferencia Diplomática.

La mencionada resolución preveía además que el Comité Preparatorio examinara los siguientes puntos: i) Definición de los crímenes y sus elementos; ii) Principios de derecho penal y sanciones aplicables; iii) Organización de la Corte; iv) Procedimientos; v) Complementariedad y mecanismo de intervención; vi) Cooperación de los Estados; vii) Establecimiento de la corte penal internacional y su relación con las Naciones Unidas; viii) Cláusulas finales y cuestiones financieras⁵³. El 15 de diciembre de 1997 la Asamblea General finalmente decidió convocar una Conferencia, abierta a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, que se celebraría en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998. El objetivo principal era concluir y adoptar una Convención sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional⁵⁴.

Se arribó a un texto consolidado en enero de 1998. Este texto contenía una especie de código penal de fondo y un código de forma. En junio de ese año comenzó sus trabajos la Conferencia Diplomática convocada por la Asamblea General, participando 160 Estados y Organizaciones Internacionales Gubernamentales y No Gubernamentales. El 17 de julio de 1998 se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional bajo la forma de un tratado internacional –por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones– así como el Acta Final de la Conferencia⁵⁵; el acto se llevó a cabo en la sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación en la ciudad de

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Resolución Asamblea General 52/160 titulada “*Establecimiento de una Corte Penal Internacional*”.

⁵⁵ Conforme información disponible en (última revisión 29 marzo 2019): <http://www.un.org/spanish/law/icc/conferen/court/docs.htm>

Roma, quedando abierta a la firma hasta el 17 de octubre de ese año y luego, hasta el 31 de diciembre del año 2000, en la sede de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York.

Luego de la firma del texto del Estatuto se comenzaron a realizar los arreglos necesarios para la iniciación de las funciones de la Corte Penal Internacional a fin de velar por su funcionamiento efectivo. Para ello, durante la Conferencia de Roma, se había decidido establecer una Comisión Preparatoria de la Corte, compuesta por representantes de los Estados que habían firmado el Acta Final de la Conferencia y de otros Estados que fueron invitados a participar de aquélla. El mandato de esta Comisión Preparatoria tenía como función relevante la preparación de propuestas relativas a las disposiciones concretas para el establecimiento y entrada en funciones de la Corte, incluida la finalización antes del 30 de junio del año 2000 de los Proyectos de Reglas de Procedimiento y Prueba y de los Elementos de los Crímenes. Para ello se reconoció la necesidad de poner a disposición de la Comisión Preparatoria recursos y servicios adecuados con el fin de permitirle el cumplimiento de sus funciones.

Reconocida la importancia histórica de la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Asamblea General instó a todos los Estados a que consideraran la posibilidad de firmar y expresar su consentimiento por el Estatuto de Roma, pidiendo expresamente al Secretario General la convocatoria de la Comisión Preparatoria en tres ocasiones durante 1999, reuniones en las que se invitó a participar a representantes de Estados y de otras entidades como organizaciones no gubernamentales, en calidad de observadores⁵⁶. La Comisión celebró tres períodos de sesiones durante ese año –16 al 26 de febrero, del 26 de julio al 13 de agosto y del 29 de noviembre al 17 de diciembre respectivamente– y, la Asamblea General hizo nueva mención de la necesidad de tomar las decisiones necesarias para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, con el objeto de asegurar su funcionamiento efectivo, reafirmando la importancia histórica de la aprobación del Estatuto e instando nuevamente a todos los Estados a que considerasen la posibilidad de firmar y ratificar el texto del Tratado y a que se tomaran medidas para promover el conocimiento de los resultados

⁵⁶ Asamblea General 53/105 titulada “*Establecimiento de una Corte Penal Internacional*”.

de la Conferencia y de las disposiciones del Estatuto. La Asamblea General, asimismo, volvía a pedir al Secretario General que convocara nuevamente a la Comisión Preparatoria para que se reuniera del 13 al 31 de marzo, del 12 al 30 de junio y del 27 de noviembre al 8 de diciembre del año 2000, con el fin de que examinase medios de dar mayor eficacia y aceptación a la Corte⁵⁷.

Las reuniones de la Comisión Preparatoria realizadas durante ese año 2000 permitieron la redacción de los Proyectos de las Reglas de Procedimiento y Prueba y de los Elementos de los Crímenes, y en especial el avance de las tareas realizadas por los Grupos de Trabajo, en particular –en lo que aquí interesa– el referido al crimen de agresión. La Asamblea General acogió con beneplácito ese avance y pidió otra vez más al Secretario General que convocara nuevamente a la Comisión Preparatoria del 26 de febrero al 9 de marzo y del 24 de septiembre al 5 de octubre de 2001, para que siguiera cumpliendo el mandato y continuara examinando medios de dar mayor eficacia y aceptación a la Corte⁵⁸, reunión que se repitió en dos períodos más de sesiones en 2001: del 26 de febrero al 9 de marzo y del 24 de septiembre al 5 de octubre.

En esta última reunión –5 de octubre de 2001– la Comisión Preparatoria aprobó finalmente el informe sobre sus períodos de sesiones sexto a octavo, en el que figuraban los proyectos de los textos del Acuerdo de Relación entre la Corte Penal Internacional y la Organización de las Naciones Unidas, el Reglamento Financiero, el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional y el Reglamento de la Asamblea de los Estados Partes, todo lo cual constituyó un punto de inflexión en los avances y arreglos necesarios para que la Corte Penal Internacional diera comienzo a su labor con el fin de asegurar su funcionamiento eficaz. Tuvo también especial importancia la declaración formulada por el Ministro de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos ante la Comisión Preparatoria, en su octavo período de sesiones. En ella, se hacía referencia a los preparativos que estaba realizando el Gobierno de los Países Bajos con miras al establecimiento de la sede de la Corte Penal Internacional.

⁵⁷ Resolución Asamblea General 54/105 del 9 de diciembre de 1999, titulada “*Establecimiento de una Corte Penal Internacional*”.

⁵⁸ Resolución Asamblea General 55/155 del 12 de diciembre de 2000, titulada “*Establecimiento de una Corte Penal Internacional*”.

A fines del año 2001 habían firmado el Estatuto de Roma ciento treinta y nueve Estados y continuaba en significativo aumento el número de Estados que habían depositado sus instrumentos de ratificación; en consecuencia, existía una alta probabilidad de que la primera reunión de la Asamblea de los Estados Partes se celebrara hacia septiembre de 2002⁵⁹. El Secretario General –a pedido de la Asamblea General– inició los preparativos necesarios para convocar, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Roma⁶⁰, la primera reunión de la Asamblea de los Estados Partes que se celebraría cuando entrara en vigor el Estatuto⁶¹. Finalmente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1 de julio del año 2002.

V. Conclusión

Resulta evidente que la labor de la Sexta Comisión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas durante la segunda mitad del siglo XX ha sido fundamental para el establecimiento de una jurisdicción internacional penal permanente de las características de la actual Corte Penal Internacional.

Durante este período, se observó una variación fundamental en el Derecho Internacional al reconocerse convencionalmente que el individuo es sujeto de este ordenamiento jurídico, que la dignidad de la persona humana y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales resultan valores fundamentales, comunes y universales a toda la humanidad; y que el empleo de la fuerza armada debía tener un criterio de legalidad en el derecho positivo.

Así, el sistema instituido por acuerdo de los Estados que participaron en la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 centraliza el uso de la fuerza en la Organización con el fin primordial de salvaguardar los valores esenciales que reconoce toda la humanidad. La necesidad de protegerlos y el control de la obligación de

⁵⁹ Resolución Asamblea General 56/85 del 12 de diciembre de 2001, titulada “*Establecimiento de una Corte Penal Internacional*”.

⁶⁰ Estatuto de Roma. Art. 112.1.

⁶¹ *Ibidem*, Artículo 126.

respetarlos ha sido otorgada a uno de los órganos de la Organización –el Consejo de Seguridad– en el que los Estados delegan la capacidad de actuar en su nombre renunciando y comprometiéndose en sus relaciones internacionales a abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquiera de ellos, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de la Organización.

Tal como afirma Berg⁶², desde el día de su creación, la Comisión de Derecho Internacional ha tenido un rol principal en el proyecto de creación de una corte penal internacional permanente. Si bien el mandato original de la CDI fue facilitar el desarrollo progresivo del derecho internacional a través de la codificación, su primera tarea específica –a solicitud de la Asamblea General– fue la de estudiar la posibilidad de establecer un órgano de jurisdicción penal internacional.

Desde entonces, a excepción de una suspensión sustancial desde mediados de la década de 1950 hasta principios de los años 80, el aporte de la CDI a esta cuestión ha sido fundamental. En ese contexto, su labor se ha dividido en dos proyectos simultáneos: a) el de desarrollar un código penal internacional y, b) el de establecer una corte penal internacional. Durante la mayor parte de su existencia, la preocupación principal de la Comisión ha sido el desarrollo del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Se presentó una versión del Proyecto de Código a la Asamblea General en 1954, pero se mantuvo en suspenso sin aprobación, a la espera de un trabajo que se estaba desarrollando simultáneamente en la definición de agresión. No fue hasta 1981 que la Asamblea General invitó a la CDI a reanudar su trabajo sobre el Proyecto de Código, y en 1989 pidió considerar el establecimiento de un tribunal de derecho internacional con jurisdicción penal para facilitar el trámite del trabajo sobre el Proyecto de Código. Así, para 1992, el proyecto de la corte había reemplazado el Proyecto de Código retrasado durante mucho tiempo. A raíz de un cambio en la filosofía de trabajo de la CDI, lejos de un tribunal penal internacional centrado en el código, en 1993 un grupo especial de trabajo de la Comisión abrió un Proyecto de Estatuto para consideración

⁶² Berg, Bradley. The 1994 I.L.C. Draft Statute for an International Criminal Court: A Principled Appraisal of Jurisdictional Structure, 28 Case W. Res. J. Int'l L. 221 (1996). Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol28/iss2/1>

internacional. Un año después, en 1994, la CDI elaboró el borrador del Estatuto que propuso la creación de un tribunal penal internacional mediante un tratado multilateral, estableciendo así el consentimiento del Estado como elemento fundamental para su constitución. En 1998, ese Estatuto fue aprobado en la ciudad de Roma, creándose la Corte Penal Internacional.

En interesante mencionar que, en el Proyecto de Estatuto de la CDI, la Corte no dependería del Consejo de Seguridad para su existencia, aunque no descartaba que existieran futuros acuerdos destinados a fomentar una relación estrecha con el órgano⁶³ lo que finalmente ocurrió.

Con relación a esta especial vinculación, debe señalarse que, en cualquier ordenamiento jurídico, nacional o internacional, la independencia judicial es la principal garantía del Estado de Derecho. Es un elemento crítico con relación a la intervención política dado que la independencia judicial garantiza la administración de justicia de manera imparcial.

Tal como se ha afirmado en el desarrollo de este trabajo de investigación y, con relación al establecimiento de una jurisdicción internacional penal, la Comisión de Derecho Internacional abordó dos condicionamientos particulares en su tarea de analizar el desarrollo progresivo y la eventual codificación de tal cuestión: a) la cuestión de la definición de la agresión y, b) el proyecto para la elaboración de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Ambos condicionamientos han sido superados en el tiempo lográndose un texto íntegro que dio lugar a la aprobación del Estatuto que creó la Corte Penal Internacional.

No obstante, pareciera que la capacidad de acción que tiene el Consejo de Seguridad con relación a la determinación previa de la existencia de un acto de agresión, de una amenaza a la paz o de un quebrantamiento de la paz, comportaría de manera implícita que la situación que examina el órgano en el ejercicio de su función, a su juicio

⁶³ Para ampliar ver Artículo 13.b y 16 del Estatuto de creación de la Corte Penal Internacional. Disponible en (última revisión 30 marzo 2019): http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf

habría vulnerado aquellos valores que la comunidad internacional reconoce como esenciales, concluyéndose indirectamente en la posible comisión de un crimen internacional.

Es dable mencionar que este juicio –en caso de que se llegase al consenso que establece la Carta de las Naciones Unidas para estos supuestos por parte de los Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad– no resultaría de manera alguna un juicio de naturaleza jurisdiccional puesto que se trata de un órgano político.

Es en definitiva la relación de la Corte Penal Internacional con el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el punto al que redirecciona todo análisis en la materia. La estructura del sistema internacional en lo que hace a la determinación de la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión –y la eventual sospecha por la comisión de crímenes internacionales– permiten concluir que la administración de justicia internacional penal reposaría –indefectiblemente– en la voluntad de la toma de decisión de naturaleza política de los Estados Miembros del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

TRATADOS CELEBRADOS POR SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL DISTINTOS DE ESTADOS U ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Tomás Mariano Guisado Litterio

SUMARIO: I. Introducción. II. Regímenes de tratados para Estados y OI. III. *Ius ad tractatum*. IV. Tratados celebrados por grupos beligerantes y movimientos de liberación nacional. V. Tratados celebrados por sujetos *sui generis*. VI. Tratados celebrados por pueblos indígenas y por pueblos en general. VII. Conclusiones.

I. Introducción

El tratamiento serio y comprometido de los tratados celebrados por o entre sujetos de derecho internacional distintos de Estados u organizaciones internacionales es un asunto que fue ampliamente postergado en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Por instrucciones de la Asamblea General, la CDI se ha abocado asiduamente al estudio de las normas que rigen los tratados celebrados por Estados entre sí, por Estados y organizaciones internacionales (OI), o por éstas últimas entre sí, y ha logrado una codificación exitosa que derivó en la adopción de dos paradigmáticas convenciones. No obstante, no existe al día de la fecha un instrumento similar que haya hecho lo propio con la materia de los tratados celebrados por otros sujetos de derecho internacional, como tampoco hay proyectos activos con vocación para suplir esta falencia.

El persistente desinterés de la comunidad internacional por abarcar esta temática podría llevar a la adelantada conclusión de que sólo los Estados y las OI están capacitados para celebrar tratados internacionales, pero la realidad es que existe todo un mundo de tratados plenamente vinculantes concluidos por otras entidades. El presente capítulo tendrá por objeto adentrarse en tan relegado tema, indagando en la práctica internacional e investigando las opiniones doctrinarias a los fines de identificar qué otros sujetos han sido dotados por el derecho

internacional con la capacidad de celebrar tratados y qué alcance tendría este eventual poder para cada uno de estos sujetos en particular.

II. Regímenes de tratados para Estados y OI

Luego de diecisiete años de trabajo en la Comisión de Derecho Internacional, y de tres años de negociaciones diplomáticas, se adoptó en 1969, en la ciudad de Viena, la famosa Convención sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Evidentemente, no pareció necesario que el título del importante instrumento reflejara que los “tratados” allí aludidos fuesen sólo aquellos celebrados entre los Estados¹. La consideración de que tal aclaración pudiese ser superflua sugiere inexorablemente que los tratados cuyas partes fuesen sujetos distintos de Estados no revestían trascendental importancia para la comunidad internacional.

No obstante, los debates en torno a la inclusión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o por estas entre sí, habían sido intensos, por lo que su omisión fue polémica. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, antes de disolverse, llamó a la Asamblea General a encomendarle a la CDI un proyecto similar que sí contemplase a los tratados que tuvieran a OI como partes. Así sucedió, y en el año 1986, la capital austriaca volvió a ser testigo de una nueva conferencia que culminó con la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (CVDTOI) que, al día de la fecha, no ha entrado en vigor.

La CVDT codificó en su Art. 6 un principio consuetudinario que se había venido gestando a lo largo del siglo: la idea de que todos los Estados, en tanto tales, pueden celebrar tratados. Esta capacidad de celebrar tratados, inherente a la condición de Estado, es denominada por la doctrina como *ius ad tractatum*². En cambio, el Art. 6 de la CVDTOI se aparta de esta regla, al expresar que la capacidad de las OI para celebrar

¹ De precisar ello se ocupa el Art. 1º de la Convención. Por supuesto, ello no significaba que se pensara que sólo los sujetos originarios del derecho internacional pudiesen concluir tratados, como la propia Convención se ocupó de aclarar en su Art. 3.

² Villiger, Mark, E. (2009) *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 127.

tratados se encuentra regida por las reglas de dicha organización. De esta forma, mientras que los Estados gozan de un *ius ad tractatum* inmanente y pleno, las OI sólo tendrán esa capacidad si los Estados se la confirieron (a través del instrumento constitutivo o por normas y prácticas ulteriores) y únicamente en la medida de esa atribución³. Esta limitación se desprende, sin duda, del principio de especialidad que circunscribe las competencias de las OI, de conformidad con su naturaleza eminentemente funcional⁴.

III. *Ius ad tractatum*

Existe, por supuesto, una correlación entre subjetividad internacional y capacidad para celebrar tratados. Por definición, un tratado internacional tiene por fin “crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones internacionales”⁵, y sólo los sujetos de derecho internacional son susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones en este régimen jurídico⁶. En el derecho internacional, como en el derecho interno, la personalidad jurídica o subjetividad viene dada por la atribución de derechos u obligaciones por parte de alguna norma que compone el ordenamiento. Por lo tanto, deberá excluirse, de plano, a los llamados “actores” internacionales, tales como las organizaciones no gubernamentales (ONG) y las compañías transnacionales, que ejercen influencia de diversas formas a nivel internacional, pero carecen de la correspondiente personalidad jurídica por no ser contemplados como centros de imputación de normas por el derecho internacional⁷. Un acuerdo entre un Estado y una ONG o una corporación internacional podrá tener el efecto jurídico de un contrato, y se le aplicará el régimen

³ *Ibidem*, p. 129.

⁴ Crawford, James (2012) *Brownlie's principles of international law*, Oxford: Oxford University Press, p. 184.

⁵ González Napolitano, Silvina (2015) “Derecho de los Tratados (Primera Parte)”, en González Napolitano, Silvina (dir.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Erreius, p. 115.

⁶ González Napolitano, Silvina y Fellay, Milton (2015) “Sujetos del Derecho Internacional”, en González Napolitano, Silvina (dir.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Erreius, p. 23.

⁷ *Ibidem*, p. 24.

jurídico propio de estos instrumentos, pero no el derecho internacional público⁸.

Ahora, es cierto que la calidad de persona de derecho internacional es indispensable para ser titular del *ius ad tractatum*, pero la regla no se da a la inversa. Pese a que hoy en día pocos juristas dudarían de que los individuos gozan de subjetividad a nivel internacional, resulta evidente que éstos no pueden celebrar tratados⁹, ya que se limitan a ser *destinatarios* de normas internacionales, no creadores de ellas. Por otra parte, tampoco podría hacerlo una OI cuando tal poder no pudiese derivarse explícita o implícitamente de sus reglas de funcionamiento. En el caso de los Estados federales cuyas subdivisiones internas estén facultadas por el ordenamiento constitucional doméstico para celebrar tratados internacionales, el responsable último por las obligaciones asumidas, y por ende el verdadero sujeto internacional parte del tratado, es el mismo Estado federal¹⁰. La misma regla aplica a territorios no autónomos dependientes de un Estado metropolitano¹¹.

El *quid* de la cuestión se plantea, entonces, respecto de sujetos de derecho internacional que no encuadren en ninguna de las categorías anteriormente nombradas (Estados, OI o individuos). A los efectos de determinar si un sujeto no estatal tiene capacidad para celebrar un tratado en particular, debe primero identificarse si existe alguna norma de derecho internacional convencional o consuetudinaria que faculte a esa entidad a celebrar tratados; y en un segundo momento debe delimitarse funcionalmente dicha capacidad de acuerdo con la naturaleza del sujeto¹². Podríamos hablar, entonces, de una capacidad genérica para celebrar tratados, y de una restricción funcional de esa capacidad, siguiendo la lógica prevaleciente en el derecho internacional según la cual las competencias de los sujetos derivados, a diferencia de las de los Estados, no son plenas. En los próximos acápite se estudiarán estos extremos respecto de distintas entidades no estatales.

⁸ González Napolitano, *opus cit.*, p. 115.

⁹ Peters, Anne (2010) "Treaty Making Power", en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, edición online, Oxford University Press.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

¹² Ídem.

IV. Tratados celebrados por grupos beligerantes y movimientos de liberación nacional

Un grupo beligerante puede definirse como un “grupo armado, organizado militarmente, que se halla bajo las órdenes de un comando responsable, se encuentra en conflicto armado con un Estado y controla parte del territorio de éste”¹³. Las Convenciones de Ginebra de 1949, en su Art. 3 común, codifican la norma consuetudinaria según la cual los grupos beligerantes pueden celebrar tratados con el Estado contra el cual se encuentran en conflicto, a los efectos de “poner en vigor” las disposiciones de las propias Convenciones. Cabe señalar que si el grupo beligerante en particular no había sido reconocido como tal con anterioridad a la celebración del tratado, dicho acto importará necesariamente, cuanto menos, un reconocimiento implícito de su condición¹⁴.

De esta manera, los grupos beligerantes tienen un *ius ad tractatum* limitado subjetiva y materialmente. En cuanto al primer aspecto, sólo podrán celebrar tratados con el Estado enemigo en el conflicto en cuestión. No les sería válido, entonces, celebrar tratados con otros Estados, lo que además podría importar una infracción de parte de estos últimos de su deber de neutralidad frente al conflicto. En cuanto a la restricción por materia, los tratados sólo podrán versar sobre las condiciones de conducción de las hostilidades o, eventualmente, sobre su suspensión o terminación (acuerdos de armisticio o paz, respectivamente). La doctrina ha observado que los grupos armados han concluido en las últimas décadas un significativo número de tratados con Estados con miras a finalizar los conflictos internos¹⁵. Cabe señalar que un tratado de suspensión o terminación de hostilidades puede contener disposiciones de muy diversa índole, incluyendo la reforma estructural del Estado beligerante y/o la integración de la facción rebelde a su aparato gubernamental, así como amnistías a los integrantes del grupo¹⁶.

¹³ González Napolitano y Fellay, *opus cit.*, p. 35.

¹⁴ Peters, *opus cit.*

¹⁵ Corten, Olivier y Klein, Pierre (2011) “Are agreements between States and non-State entities rooted in the international legal order?”, en Cannizzaro, Enzo (ed.) *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Nueva York: Oxford University Press, p. 4.

¹⁶ *Ibidem*, p. 12.

Por movimiento de liberación nacional (MLN) puede entenderse a un grupo que representa legítimamente a un pueblo amparado por el derecho de autodeterminación que se encuentre en lucha contra un Estado que lo tiene sometido a una situación colonial, de opresión racial o de ocupación extranjera¹⁷. Por ende, un MLN puede ser simultáneamente un grupo beligerante si cumple las condiciones pertinentes, o no serlo, pero retener los derechos que le corresponde en calidad de tal. Los MLN organizados como grupos armados que no necesariamente cumplan los parámetros para ser considerados como grupos beligerantes, gozan igualmente del *ius ad tractatum*, que de hecho será más amplio que el que asiste a estos últimos.

Toda vez que los MLN tienen una naturaleza funcional asociada a su objetivo (librar a su pueblo de la situación colonial, de opresión o de ocupación en la que se encuentra), les asiste una capacidad para celebrar tratados que se corresponde con esa finalidad¹⁸. Debe destacarse que la situación de un MLN es muy distinta a la de otros movimientos que luchan contra Estados con fines políticos, y el derecho internacional los ampara de forma especial. Pueden recibir ayuda económica y apoyo político de terceros Estados, pueden poseer un servicio exterior y establecer y recibir misiones diplomáticas, y hasta pueden integrar organizaciones internacionales como miembros plenos¹⁹.

Así, además de lo mencionado anteriormente respecto de los grupos beligerantes (acuerdos con el Estado adversario sobre la conducción, suspensión y terminación de hostilidades), también podrán celebrar tratados con terceros Estados para asuntos que hagan a su futura independencia, como el destacamento de fuerzas militares en sus territorios²⁰ o la fijación de límites con sus vecinos²¹. Típicamente, si el MLN resulta exitoso en su objetivo, celebrará un tratado con la potencia metropolitana, opresora u ocupante que fijará las pautas para la

¹⁷ González Napolitano y Fellay, *opus cit.*, p. 33.

¹⁸ Peters, *opus cit.*

¹⁹ Armas Pfrter, Frida M., Barberis, Julio A. y Querol, María (1998) *Sujetos del derecho de gentes*, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 107.

²⁰ Peters, *opus cit.*

²¹ González Napolitano y Fellay, *opus cit.*, p. 34.

constitución de un nuevo Estado, el retiro de las fuerzas ocupantes, o el levantamiento del régimen opresivo²².

V. Tratados celebrados por sujetos *sui generis*

Un sujeto *sui generis* indudablemente paradigmático es la histórica Soberana Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta, más conocida como la Soberana Orden de Malta (SOM). Su personalidad jurídica, totalmente atípica, se encuentra bien consolidada por motivos históricos, pero su capacidad para celebrar tratados está limitada funcionalmente de acuerdo con sus objetivos particulares de caridad y de asistencia humanitaria²³. La SOM tiene acuerdos con la República de Malta y con Italia²⁴ para asegurarse en ambos Estados sedes con características propias de extraterritorialidad, incluyendo privilegios e inmunidades y cierto grado de jurisdicción. Estas sedes se consideran esenciales para que la Orden pueda cumplir su cometido con eficacia, debido a la garantía que implican para el ejercicio de sus funciones con independencia. No obstante, el número grueso de tratados celebrados por la SOM lo componen aquellos sobre reconocimiento de estampas postales y de cooperación en materia humanitaria²⁵.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), por su parte, es indubitablemente un sujeto de derecho internacional, pese a estar constituido como una asociación de derecho privado suizo. Tal condición deriva de los derechos y obligaciones de carácter internacional que se le han asignado a raíz de las Convenciones de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977. En ejercicio de su personalidad internacional, el CICR ha celebrado tratados con Estados (y con la Corte Penal Internacional) para asegurar su derecho para visitar prisioneros²⁶,

²² González Napolitano y Fellay, *opus cit.*, pp. 33-34.

²³ Peters, *opus cit.*

²⁴ Mercieca, Charles (2018) "What's the Sovereign Military Order of Malta up to these days?" en <https://lovinmalta.com/opinion/analysis/whats-the-sovereign-military-order-of-malta-up-to-these-days> (consultado el 27/06/2018).

²⁵ Schmalenbach, Kirsten (2018) "Article 3. International agreements not within the scope of the present Convention", en Dörr, Oliver y Schmalenbach, Kirsten (ed.) *Vienna Convention on the Law of Treaties: A commentary*, Berlín: Springer, p. 72.

²⁶ *Ibidem*, p. 71.

así como también diversos acuerdos de sede²⁷ y un tratado con la Confederación Suiza para instituir privilegios e inmunidades para sus cuarteles en Ginebra y los funcionarios que allí se desempeñan. El *ius ad tractatum* del Comité se encuentra, indiscutidamente, limitado por su naturaleza funcional²⁸.

Por último, analizaremos en particular lo relativo a la Santa Sede, cuyo estatus jurídico es altamente controversial. En este capítulo, se adoptará la tesis de que la Santa Sede es un sujeto de derecho internacional que ejerce soberanía sobre la Ciudad del Vaticano, siendo ésta última el ámbito territorial del ejercicio de la jurisdicción terrenal pontificia²⁹. En la doctrina, predomina la posición de que la Santa Sede es una entidad soberana que no cumple los requisitos para ser considerada un Estado (particularmente, la condición de población permanente)³⁰ y que, por sus calidades únicas, sólo puede definirse como un sujeto *sui generis*. No obstante, la práctica internacional no se condice con esta postura. La Santa Sede no sólo tiene y recibe misiones diplomáticas (potestad que no es patrimonio exclusivo de los Estados), sino que también integra en calidad de miembro pleno un gran número de OI que se encuentran abiertas únicamente a Estados (como la Agencia Internacional de Energía Atómica, la Organización Internacional para las Migraciones y la Organización Mundial de Propiedad Intelectual). Asimismo, también es parte de una enorme cantidad de tratados que, según sus cláusulas finales, sólo pueden ser ratificados por Estados, incluyendo la mismísima CVDT.

Podría argumentarse que la Santa Sede, como sujeto internacional, tiene una capacidad limitada funcionalmente a su misión espiritual y temporal como cuerpo gobernante de la Iglesia Católica, pero esta circunscripción funcional es bastante amplia por sí misma. La Santa Sede define sus intereses, en lo atinente a su relacionamiento internacional, como dirigidos no solo a cuestiones religiosas y morales (en materia de justicia, desarrollo de los pueblos, paz mundial, etc.), sino

²⁷ González Napolitano, *opus cit.*, p. 114.

²⁸ Schmalenbach, *opus cit.*, p. 71.

²⁹ Ryngaert, Cedric (2011), "The Legal Status of the Holy See" en *Goettingen Journal of International Law*, n° 3, vol. 3, pp. 837-838.

³⁰ Abdullah, Yasmin (1996) "The Holy See at United Nations Conferences: State or Church?", en *Columbia Law Review* 96/7, p. 1867.

también a cuestiones materiales como la prestación de asistencia humanitaria o la obtención de apoyo al cometido apostólico de la Iglesia³¹.

Mientras que la Santa Sede celebra regularmente tratados internacionales sobre materia eclesiástica y canónica (denominados habitualmente “concordatos”), también integra acuerdos sobre temas comunes que difícilmente podrían asociarse a cuestiones de la fe católica. Participa en foros internacionales para la negociación de tratados multilaterales de las más diversas materias³² y también ha concluido tratados bilaterales no solo con Estados católicos, sino también con Estados laicos y Estados confesionales de diferente credo³³. Por consiguiente, independientemente de que se tenga a la Santa Sede como un Estado o como un sujeto *sui generis*, resulta innegable que su capacidad para celebrar tratados es considerablemente amplia, quizás incluso plena, a diferencia del caso de los otros sujetos analizados.

VI. Tratados celebrados por pueblos indígenas y por pueblos en general

Pese a que la doctrina no es unánime, hoy en día se encuentra ampliamente aceptado que los pueblos indígenas son sujetos de derecho internacional³⁴ titulares de derechos reconocidos, por ejemplo, por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Gozan del derecho de autodeterminación propio de todo pueblo, pero asimismo son titulares de derechos especiales destinados a protegerlos por su condición de especial vulnerabilidad, asegurándoles un estándar mínimo de respeto

³¹ Ihuoma, Alphonsus (2018), *The Holy See, Social Justice and International Trade Law*, AuthorHouse: Bloomington, p. 317.

³² A modo de ejemplo, pueden citarse tratados tan diversos como la “Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero” (Nueva York, 1956), la “Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras” (Nueva York, 1958), la “Convención Única sobre Estupefacientes” (Nueva York, 1961), la “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares” (Viena, 1963), la “Convención sobre los Derechos del Niño” (Nueva York, 1989), o la “Convención sobre Comercio de Granos” (Londres, 1995). Todos estos tratados, según sus propias cláusulas finales, están únicamente abiertos a Estados.

³³ Araujo, Robert John (2001) “The International Personality and Sovereignty of the Holy See” en *Catholic University Law Review*, n° 2, vol. 50, pp. 337-341.

³⁴ González Napolitano y Fellay, *opus cit.*, p. 50.

por sus instituciones ancestrales y su modo de vida³⁵. Sin perjuicio de estos desarrollos modernos en materia de reconocimiento de derechos, la problemática relativa a su capacidad de celebración de tratados es más bien de naturaleza histórica.

La mayoría de los tratados celebrados entre potencias coloniales europeas (y repúblicas americanas independizadas) y pueblos indígenas datan de los siglos XVII a XIX. Inicialmente, los Estados europeos reconocían a estos acuerdos fuerza jurídica vinculante en el plano internacional, al menos en teoría. No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, comenzó a prevalecer la visión de que estos pueblos no tenían soberanía territorial ni capacidad para celebrar tratados como pares de sus contrapartes “civilizadas”, y la práctica de celebrarlos se terminó³⁶. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a su estatus jurídico. Mientras algunos los consideran como tratados debido a que los pueblos indígenas eran tenidos por sujetos internacionales al momento de su celebración, otros los entienden como contratos regidos por el derecho doméstico de la potencia que reclamaba el territorio³⁷.

En el célebre caso de la Isla de Palma de 1928, el laudo del árbitro Max Huber sostuvo que los acuerdos entre Estados y los “pueblos nativos no reconocidos como miembros de la comunidad de naciones” no podían ser considerados como tratados³⁸. No obstante, los juristas más contemporáneos han virado lejos de esta postura en consonancia con la tendencia hacia el pleno respeto por los derechos humanos de los pueblos indígenas, inclinándose a aceptar el carácter de tratado de estos instrumentos históricos, aun careciendo éstos de carácter interestatal³⁹.

Sin perjuicio de ello, Estados como Australia, Canadá y los Estados Unidos, que han incorporado a los pueblos indígenas residentes en su territorio como comunidades autónomas a los fines de respetar su derecho de autodeterminación interna, han instituido regímenes domésticos que regulan los asuntos relativos a estos pueblos. Estos ordenamientos garantizan cierto nivel de autogobierno sometido a la

³⁵ *Ibidem*, p. 48.

³⁶ Schmalenbach, *opus cit.*, p. 77.

³⁷ *Ibidem*, p. 78.

³⁸ *Island of Palmas Case (Netherlands v United States of America)* (1928), 2 RIAA, p. 858.

³⁹ Peters, *opus cit.*

soberanía estatal, y prevén la celebración de acuerdos entre el gobierno central y las autoridades indígenas. En la práctica comparada contemporánea, estos acuerdos no son considerados como tratados, sino como convenios regidos por el derecho interno del Estado⁴⁰.

Con respecto a los pueblos en general, debe en primer lugar tenerse en cuenta que la noción de “pueblo” en el derecho internacional resulta también eminentemente funcional, toda vez que está asociada al ejercicio en concreto de un derecho en particular: el derecho de autodeterminación. Por supuesto que este derecho de libre determinación opera en varios planos (político, social, económico, cultural, etc.), tal como se desprende de la Resol. 1514 (XV) de la Asamblea General, y puede derivar en que el pueblo se constituya como un nuevo Estado, o decida quedarse en el Estado que forma parte o integrarse a un tercero⁴¹. No obstante, el pueblo como sujeto de derecho internacional queda inescindiblemente vinculado con el mentado derecho de elegir libremente su destino, sin perjuicio de que los MLN, como representantes de un pueblo que lucha por su autodeterminación, tengan una capacidad de acción más amplia para facilitarle a sus pueblos la concreción de su objetivo.

Cabe preguntarse, entonces, si el pueblo en sí, en ausencia de un MLN, ostenta un *ius ad tractatum* que le permita celebrar tratados con el objeto de alcanzar su autodeterminación. En la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Sahara Occidental, los pueblos que habitaban dicha región estaban organizados social y políticamente en tribus bajo jefes competentes para representarlos, y estas autoridades locales celebraron acuerdos con el Reino de España por los cuales cedían a la Corona Española la administración de la región. Lamentablemente, la Corte evitó pronunciarse respecto de la naturaleza jurídica o la validez de estos acuerdos, debido a que consideró que ello escapaba al objeto de la consulta efectuada por la Asamblea General⁴².

Quizás la respuesta a esta pregunta podría encontrarse en la reciente Opinión Consultiva relativa al Archipiélago de Chagos. La Corte

⁴⁰ Schmalenbach, *opus cit.*, p. 79.

⁴¹ Díez de Velasco, Manuel (2007) *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, pp. 292-297.

⁴² CIJ, *Advisory Opinion on the Western Sahara*, 16 de octubre de 1975, pp. 31-32.

analizó un acuerdo celebrado en 1965 entre el Reino Unido y Mauricio, por entonces una colonia británica. Mediante dicho acuerdo, la potencia administradora convino con el gobierno colonial por ella implantado la separación del Archipiélago de Chagos del resto del territorio no autónomo de Mauricio. El tribunal consideró que la situación de dominación colonial en la que Mauricio se encontraba determinó que esta cesión “no estaba basada en la libre y genuina voluntad del pueblo afectado”, por lo que dicho acto no podía tenerse como acuerdo internacional⁴³. De lo manifestado podría sostenerse, *a contrario sensu*, que si las autoridades representativas de un pueblo manifestaran genuinamente la voluntad de ese pueblo, nada obstaría a que celebraran válidamente tratados en nombre de su pueblo en materias atinentes al ejercicio de su derecho de autodeterminación.

VII. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, se ha puesto en evidencia la existencia del amplio y diverso mundo, aunque excesivamente soslayado, de los tratados celebrados por aquellos sujetos de derecho internacional que no son ni Estados ni OI. El *ius ad tractatum* de estas entidades se construyó, en casi todos los casos, enteramente por la vía consuetudinaria, tal como ocurrió con el análogo derecho con el que cuentan los Estados y las OI. No obstante, los tratados celebrados por estos dos últimos sujetos se han visto beneficiados por los rigurosos estudios de la CDI, que han derivado en tratados internacionales de trascendental importancia, como lo son la CVDT y la CVDTOI. La inexistencia de marcos jurídicos escritos comparables a estas convenciones o de al menos instrumentos de *soft law* que pretendiesen regular los tratados celebrados por sujetos más “atípicos” no ha impedido que la práctica se abra camino a pesar de la falta de certezas.

A diferencia de los Estados, cuya capacidad de actuación en el ámbito internacional es plena, los sujetos analizados tienen una naturaleza funcional y, por ende, todas sus competencias están acotadas al radio de esa función. Esto incluye, por lo general, a la posibilidad jurídica de acudir a la principal fuente del derecho de gentes para la

⁴³ CIJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, 25 de febrero de 2019, pp. 39-40.

creación rápida y efectiva de normas internacionales: los tratados. Al igual que las OI, los grupos beligerantes, los MLN, la SOM y el CICR sólo podrán celebrar tratados para el fin específico de su existencia, su *raison d'être*. Los pueblos indígenas podrán concluir tratados que sirvan para afianzar su derecho de autodeterminación, como todos los demás pueblos, pero también para hacer valer los demás derechos que asisten en particular a estos pueblos ancestrales. El caso especial de la Santa Sede, que roza tan cerca la noción de Estado que se confunde con ella, es una excepción a este principio y la práctica internacional le ha confiado, sea o no un Estado, un *ius ad tractatum* idéntico al de los sujetos originarios del derecho internacional o, al menos, con límites exigüos.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta evidente que los debates que se han mencionado en el presente trabajo están aún muy lejos de ser zanjados. Perdura una gran indeterminación respecto de las capacidades de los sujetos mencionados, así como también de su propia existencia como personas jurídicas del orden internacional. Por otra parte, se han alzado voces que claman para que actores sin una reconocida calidad de sujetos, como las ONG y las corporaciones transnacionales, tengan capacidad para celebrar tratados amén de su influencia real en la dimensión internacional⁴⁴.

El camino que queda por recorrer es oscuro y está plagado de incertidumbre, pero es posible rectificar esta situación con el esfuerzo intelectual de las mentes que ocupan los asientos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. La CDI ha logrado en el pasado alcanzar consensos en los temas más controversiales y sensibles para la comunidad internacional, trayendo seguridad jurídica a cuestiones que la necesitaban encarecidamente. No es tarde para encarar un estudio serio y exhaustivo de los tratados concluidos por sujetos de derecho internacional distintos de Estados y OI. Cuando tan trascendente obra comience a dar sus valiosos frutos, la comunidad internacional lo va a agradecer.

⁴⁴ Peters, *opus cit.*

LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y SU LEGADO EN MATERIA DE DERECHO CONSUECUDINARIO. DESDE LOS MEDIOS DE HACER MÁS ASEQUIBLE SU DOCUMENTACIÓN, A LOS MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN

*Claudia Gabriela Gasol Varela**

“(…) Brierly, como miembro del Comité de Redacción del Estatuto de la CDI, expresó que toda formulación de una costumbre internacional involucra un proceso de interpretación y ajuste de las prácticas de los Estados, que ...va más allá de su simple sistematización....La codificación del derecho internacional se materializa indefectiblemente en una convención internacional....La labor de la CDI tiene sólo por objeto otorgar a los Estados bases científicamente sólidas de discusión, contenidas en anteproyectos de convenciones codificadoras, para el momento en que éstos se reúnan en una conferencia internacional..... la creación de la CDI por la Asamblea General, como organismo subsidiario de ésta, no comportó en modo alguno delegación de los poderes conferidos a la A.G. por....la Carta.....una convención codificadora puede crear normas totalmente novedosas, cuyo contenido, al generalizarse por la aceptación de terceros Estados, genera una norma consuetudinaria posterior. En este caso, también, la norma convencional puede ser útil como prueba del contenido de la costumbre..... La labor que cumple en este sentido la ONU resulta un aporte más de la organización para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales mediante la vigencia y el desarrollo del derecho.....”.

Moncayo – Vinuesa – Gutiérrez Posse¹.

SUMARIO: I. Introducción; II. Parte A): Consideraciones generales; II.1) El desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional. Antecedentes. El marco institucional dado por la Organización Naciones Unidas; II.2) El artículo 13 de la Carta de Naciones Unidas. La Asamblea General y su atribución de efectuar estudios y recomendaciones. La necesidad de trabajar en el desarrollo progresivo y en la codificación del Derecho Internacional; II.3) La Comisión de Derecho Internacional: creación, composición, métodos y programas de trabajo; II.4) Breve mención a su obra con especial referencia a las fuentes del Derecho Internacional. La importancia del Derecho Consuetudinario en el Derecho

*Abogada. especialista en Derecho de Daños (U.B.). Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales (Universidad Complutense y la Escuela Diplomática de Madrid). ex Becaria OEA.-AECID-UCM.-UPV-UNIBO. Miembro Consultor del CARI; Miembro AADI y AADC, Profesora UBA- UNLZ-UB- Preparadora ISEN.

¹ Moncayo – Vinuesa – Gutiérrez Posse: *DERECHO Internacional Público, Buenos Aires, Zavalia, 1990.* pp. 92/3.

Internacional. Las normas vis a vis con sus fuentes. La creación y la aplicación del Derecho Consuetudinario; III. Parte B): La labor de la CDI en relación al Derecho Consuetudinario; III.1) Medios para hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al Derecho Consuetudinario; III.2) Formación y documentación del Derecho Internacional Consuetudinario. El regreso del tema a la agenda de trabajo a largo plazo (periodo que transcurre entre los años 2011 a 2016); III.3) La identificación del Derecho Consuetudinario. La culminación del trabajo de la CDI en el año 2018; IV. Conclusiones. Reflexiones finales a modo de colofón.

I. Introducción

El presente trabajo guarda el objetivo de analizar la enorme influencia que ejerce –desde su creación– la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) de la Organización de las Naciones Unidas en relación al Derecho Consuetudinario. Para ello corresponde, *a priori*, incorporar algunas cuestiones conceptuales, lo cual haremos en la parte A) del presente trabajo, para luego abocarnos a nuestro cometido en la parte B).

Para el cumplimiento del plan trazado en el párrafo anterior, en la parte A) analizaremos los rasgos fundamentales y las características intrínsecas del proceso de codificación internacional, la implicancia del desarrollo progresivo y la consagración, de ambos conceptos, en la labor de la Asamblea General de Naciones Unidas y, más particularmente, de la CDI como órgano subsidiario creado al efecto. La existencia de una institución como la CDI ha sido sin dudas uno de los mayores logros del Derecho Internacional en general y de la ONU en particular. Ello es así dado que, en sus ya más de 70 años de funcionamiento, la CDI ha servido como “usina de ideas” en grandes y muy delicados temas del derecho internacional, así como también ha dado lugar a la regulación de nuevas áreas de incumbencias; en todos los casos con una excelencia y un profesionalismo propio de juristas especializados en esta disciplina.

Para culminar la parte dedicada a los aspectos generales, efectuaremos una breve pero oportuna caracterización de la CDI, en

cuanto a su composición, marco institucional de creación, dinámica de trabajo y agenda actual, destacando la notable influencia que su labor ha presentado en materia de Fuentes del Derecho Internacional, interactuando –para ese análisis– con los ámbitos de creación y aplicación de ese ordenamiento jurídico. Ello para una mejor comprensión de la evolución de nuestro tema, en el debate de la Comisión.

Vale destacar que la primera parte del trabajo no pretende agotar el tema referido a la Codificación y al Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional en general, ni en lo atinente a la Comisión de Derecho Internacional, sino que se presenta como una puerta de entrada para una lectura previa a lo que se analizará en la segunda parte referida a la labor que ha llevado adelante la CDI en materia de Derecho Internacional Consuetudinario.

En la parte B), de índole especial, nos referiremos a los dos períodos de trabajo de la CDI acerca del Derecho Consuetudinario. Es decir, en 1950 y, luego, retomando el tema, pero con un renovado enfoque, en el año 2011 hasta su culminación en 2018. Corresponde aclarar a los efectos metodológicos que, en relación a la segunda etapa de trabajo, solo mencionaremos los aspectos más destacados de las deliberaciones, evitando reiteraciones de temas que se suceden a lo largo del periodo de trabajo y centrándonos en el resultado final reflejado en el informe del año 2018. Vale destacar, también en relación a dicho apartado, que la propia CDI determinó la necesidad de adaptar los objetivos establecidos en el año 1950 dado, por un lado, el surgimiento masivo de nuevos medios de documentación de diferentes aspectos del Derecho Internacional y, por otro, los costos cada vez más elevados de elaboración (acumulación – almacenamiento – difusión) de estos documentos como así también la creciente “*re*”evolución tecnológica que obliga a *re-pensar* aquellos medios y herramientas que permiten identificar el Derecho Internacional Consuetudinario, hacerlo más asequible y acercar a los operadores jurídicos a la práctica de los Estados. Ello motivó el segundo ciclo de trabajo sobre el Derecho Internacional Consuetudinario iniciado por la CDI.

Por último, efectuaremos las reflexiones finales, aportando nuestro punto de vista acerca del trabajo finalizado y de su indudable

utilidad para la comunidad internacional, así como para los Estados y el resto de los sujetos del Derecho Internacional.

II. Parte A): Consideraciones generales²

Creemos oportuno comenzar este apartado incorporando un extracto del Informe de la Comisión del año 2013 sobre nuestro tema de estudio, que indica lo siguiente:

“La codificación de este aspecto del derecho internacional se ha logrado con éxito al definir las fuentes del derecho internacional como aquellas que se mencionan en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esa definición ha sido considerada, en reiteradas ocasiones, una norma con fuerza legal por tribunales arbitrales internacionales. Es dudoso que pudiera derivarse alguna utilidad de un intento de especificar aún más esa norma, por ejemplo definiendo las condiciones aplicables a la creación de la costumbre internacional o a la continuidad de su validez, o enumerando, a vía de ejemplo, algunos de los principios generales del derecho que el Artículo 38 del Estatuto reconoce como una de las tres fuentes de derecho principales que la Corte deberá aplicar. La inclusión de una definición de las fuentes del derecho internacional en cualquier plan de codificación tendría por objeto llenar un requisito de simetría sistemática, y no satisfacer una necesidad práctica imperiosa, que es algo diferente. Sin embargo, podría ser muy útil adjuntar a la definición un comentario que resuma la experiencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales en la aplicación de las diversas fuentes del derecho internacional”³.

² Para leer material particular sobre la Codificación en el Derecho Internacional, se recomienda consultar el manual de Pastor Ridruejo José, A: “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Vigésima primera edición, 2017, en el capítulo 9: “la Codificación del Derecho Internacional”, pp. 139-144. Para una versión más sintética pero igual de útil se recomienda consultar: Ruda, José María: “El desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación en la Carta de Naciones Unidas”, en su punto I, Introducción histórica. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/16/el-desarrollo-progresivo-del-derecho-internacional-y-su-codificacion-en-la-carta-de-las-naciones-unidas.pdf [última revisión: 19.02.2019].

³ Cf. A/CN.4/663, p. 6. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/CN.4/663> [última revisión: 22.04.2019].

Lo expuesto nos indica que, al momento de pensar en la codificación de diversas esferas del Derecho Internacional, los tratados internacionales resultan una herramienta de suma utilidad, tal como expondremos más adelante en el presente apartado. A estas convenciones codificadoras, corresponde añadirles la enorme proliferación de tratados en diversas materias. No obstante ello, la existencia de normas del Derecho Internacional Consuetudinario es una realidad que también podemos percibir en una gran cantidad de normas de esa clase, existentes en la actualidad. De ello surge la importancia del trabajo de la CDI al momento de planificar trabajar sobre los modos de identificar el derecho consuetudinario, a través de un informe que no pretende restarle flexibilidad (particularidad propia del Derecho Internacional Consuetudinario), sino acercar una herramienta útil para identificar sus normas.

Dicho lo que antecede, comenzamos por indicar que cuando los juristas hablamos de “codificación”, inmediatamente nos viene a la mente la idea de la existencia de códigos en diferentes ámbitos (civil, penal, minería, procesal, mercantil, etc). Ello en miras a obtener un ordenamiento del derecho existente en esos sectores normativos. En consecuencia, ello nos permite sostener que en los ordenamientos jurídicos internos la codificación otorga una mayor certeza y determinación a los fines de la adopción de una decisión judicial.

En el derecho internacional, la idea de su codificación existe, pero con diferentes matices. Las características más destacadas⁴ tal vez podemos encontrarlas en aquellas que permiten describir a la codificación como un proceso enfocado directamente en el Derecho Consuetudinario. Lo que se codifica en derecho internacional es la norma proveniente de la costumbre internacional, la que surge –como veremos más adelante– a partir de la existencia de una práctica llevada adelante de modo reiterado y uniforme (elemento material, la *praxis*) con una conciencia de obligatoriedad en el plano jurídico (*opinio iuris*). No obstante ello, cabe destacar que, en reiteradas oportunidades, la formación de una norma consuetudinaria surge de una *opinio iuris* que ha ido formándose por la evolución gradual de ella evidenciada en otras

⁴ González Campos, Julio D; Sánchez Rodríguez, Luís, L: et al., Curso de derecho internacional público, pp. 154/5, 4ª edición revisada, Pamplona, 2008.

normas del derecho internacional, como puede ser un tratado o una resolución adoptada en un ámbito multilateral. En ese sentido, ha dicho la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), en la Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso de armas nucleares que “...una serie de resoluciones en una determinada materia, muestran la evolución gradual de la opinio iuris necesaria para el establecimiento de una nueva norma...”⁵. En igual sentido, en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, ha dicho el mismo órgano jurisdiccional que “...si bien una participación muy amplia y representativa en una Convención podría mostrar que una norma convencional se había convertido en una norma general de derecho internacional, el número de ratificaciones y adhesiones no era aún suficiente en el presente caso...”⁶.

Otra particularidad de la codificación internacional es que está dada por un proceso que comienza en un proyecto de tratado internacional y culmina con la adopción de lo que, en nuestra disciplina, se conoce como “convención codificadora” justamente porque sistematiza una norma de derecho consuetudinario. Este mecanismo (que ya, por sí mismo, es propio de la actividad codificadora de las normas internacionales) nos permite extraer otra peculiaridad y es que en el derecho internacional, al no contarse con un órgano legisferante centralizado como sí cuentan los ordenamientos jurídicos internos para sancionar sus códigos a los que hemos hecho referencia antes, la codificación tiene lugar a través de la negociación entre los sujetos (fundamentalmente, los Estados) en aras a la adopción de la antedicha “convención codificadora”.

Por otro lado, la codificación internacional se presenta “sectorizada”, así pues, se cuenta con convenciones codificadoras en diversas áreas, tales como el derecho del mar, de los tratados, el ámbito diplomático y consular, solo por citar algunas. Casi podríamos decir que lo que podemos considerar como el “núcleo duro” del derecho internacional, su columna vertebral, se encuentra codificado en diversas

⁵ Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Corte Internacional de Justicia, 1996, parágrs. 49/73. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 04.02.2019]. Citado en González Campos, Julio D: *ibídem*; p. 154.

⁶ Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (Dinamarca - Países Bajos v. Alemania), Corte Internacional de Justicia. Sentencia del 20 de febrero de 1969, parágrs. 60-82. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 04.02.2019].

convenciones cuyo estudio se aborda en los programas de estudio de los distintos cursos generales de Derecho Internacional Público en las diferentes Casas de Altos Estudios a nivel universitario. Con ello también estamos revelando que ese “núcleo duro” forma parte del derecho consuetudinario, y es por ello que ha podido ser objeto de importantes tareas de codificación que, como veremos más adelante, en muchas de ellas ha participado muy activamente la CDI.

El fenómeno de la codificación no es nuevo en derecho internacional, sino que ya en el Siglo XVIII Jeremy Bentham reflexionaba acerca de la posibilidad de una sistematización (codificación) total de las normas de derecho internacional existentes a esa época. Dicho objetivo se abandonó rápidamente y comenzaron a surgir los trabajos para una codificación por materias. Si bien han existido loables intentos, el mayor éxito ha venido de la mano de la ONU mediante la Asamblea General y su órgano subsidiario, la CDI⁷.

II.1) El desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional. El marco institucional dado por la Organización de las Naciones Unidas. Antecedentes

Como referencia conceptual previa a lo que analizaremos en el próximo apartado, procederemos aquí a sentar las bases de lo que se entiende por “codificación” y “desarrollo progresivo” del derecho internacional. Uno como otro de los términos que conforman el presente título constituyen procedimientos de técnica legislativa relacionados con el ordenamiento del derecho existente, el primero de ellos, mientras que el segundo refiere al estudio y elaboración de proyectos de convenciones acerca de áreas no reguladas por el derecho internacional o no suficientemente desarrolladas.

Como indicó Roberto Ago, la labor de codificación implica la ejecución de tres operaciones con distinto alcance cada una de ellas: la

⁷ En igual sentido, Ian Brownlie, quien parece atribuir ello a que los miembros de la CDI reúnen no solo atributos técnicos, sino también experiencia de trabajo en órganos gubernamentales, entonces los proyectos por ellos elaborados suelen ser receptores de soluciones más aceptables para los gobiernos. Cf. Brownlie, Ian; *Principles of Public International Law*, Seventh edition, Oxford University Press, New York, 2008, p. 29.

función declarativa de la codificación, al definir las normas en vigor precisando su alcance y contenido. *La otra función codificadora*, es la de *revisión*, adaptando las normas existentes a las necesidades actuales a la par de revisar su alcance y contenido. Por último, se atribuye una tercera función a la codificación, que es la *creadora (o función legislativa)* haciendo referencia a la creación de normas para regular las relaciones internacionales en aquellos ámbitos donde no existe aún suficiente práctica estatal o no ha llegado a cristalizar el proceso de formación de la costumbre⁸.

Ian Brownlie, al analizar las fuentes del Derecho Internacional, dedica un apartado a la codificación, describiéndola como un proceso que implica el establecimiento en forma integral y ordenada de las reglas de derecho existentes, así como la aprobación del texto codificador por el órgano encargado de la codificación. Dicho rol puede recaer tanto en una Conferencia Codificadora (citando a modo de ejemplo las Conferencias Codificadoras de La Haya de 1899 y 1907) como en un grupo de expertos (citando los antecedentes de codificación en el ámbito de la antigua Sociedad de Naciones y de la actual Organización de las Naciones Unidas).

Pastor Ridruejo al referirse a los conceptos indicados en el párrafo anterior, señala que constituyen “...dos formas de la codificación en sentido amplio...”⁹ estableciendo el propio estatuto, mecanismos diferentes para cada uno de ellos. Tal como analizaremos en los próximos apartados.

II.2) El artículo 13 de la Carta de Naciones Unidas. La Asamblea General y su atribución de efectuar estudios y recomendaciones. La necesidad de trabajar en el desarrollo progresivo y en la codificación del Derecho Internacional

El actual artículo 13 de la Carta de Naciones Unidas implica un posicionamiento estratégico y, si se quiere, ideológico en el marco de la redacción del mencionado instrumento internacional. Tal es así que la gran mayoría de los gobiernos, en ese momento, se opusieron a dotar a

⁸ González Campos, Julio D; Sánchez Rodríguez, Luís, L: et al., *ob. cit.* p. 157.

⁹ Pastor Ridruejo José, A: *ob. cit.* pp. 140.

la Asamblea General de facultades legislativas para sancionar normas de carácter obligatorio. No obstante ello, se reunieron los apoyos suficientes para conferir a dicho órgano deliberativo la autoridad para realizar estudios y recomendaciones a fin de impulsar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional¹⁰. En aras a cumplir con dicho cometido, la Asamblea General aprobó la resolución 94(I) de fecha 31 de enero de 1947 por la cual se estableció una “Comisión de Desarrollo Progresivo y Codificación del Derecho Internacional” (también conocida como “la comisión de los diecisiete”). Ese mismo año, la comisión se reunió durante los meses de mayo a junio y, como resultado de ello, se elaboró un informe en el que la comisión proponía crear una “Comisión de Derecho Internacional” enunciando sus rasgos institucionales básicos, así como delineando su organización, alcance, método de trabajo y funciones.

La mayoría de los miembros entendió que existían diferencias entre los conceptos de “desarrollo progresivo” y “codificación” aunque discrepaban en la importancia a asignar a cada término. Se adoptó el criterio de que sus trabajos no son vinculantes ya que, en caso contrario, se debían concertar los correspondientes tratados internacionales.

En lo que refiere a los miembros, cabe destacar que la independencia que actualmente (y desde sus comienzos) gozan sus integrantes en relación a cualquier gobierno surge de los debates de esta comisión. No obstante, la mayoría de la comisión entendió que, más allá del carácter científico y apolítico de sus miembros, éstos debían trabajar en colaboración con las autoridades estatales¹¹.

Con los antecedentes antedichos, es que el 21 de noviembre de 1947 la Asamblea General aprobó la resolución 174 (II), producto del esfuerzo conjunto de la propia Asamblea General y, en particular, su Sexta Comisión, generándose el marco de creación de la actual Comisión de Derecho Internacional. En consecuencia, se redactó su estatuto, que se encuentra anexo a la indicada Resolución, el cual ha sido modificado posteriormente en cuanto a la cantidad de miembros, así como en lo

¹⁰ ONU, Servicios de Información Pública: “La Comisión de Derecho Internacional y su obra”; edición revisada. Naciones Unidas, Nueva York, 1973, p. 4.

¹¹ *Ibidem*, pp. 4/5.

relativo al periodo de duración de sus mandatos, como modificaciones más destacadas, tal como veremos más adelante.

El estatuto define qué debe entenderse tanto por “Desarrollo progresivo” como por “codificación”. En tal sentido indica:

Artículo 15

“...la expresión “desarrollo progresivo del derecho internacional” es utilizada, por comodidad, para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas. Del mismo modo, la expresión “codificación del derecho internacional” se emplea, por comodidad, para designar la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas”.

No obstante ello, vale destacar que la Asamblea General, en orden a cumplir con el mandato que se le otorgó en el indicado artículo 13 de la Carta, no solo cuenta con la CDI (que es el órgano subsidiario de carácter especializado), sino que también se nutre de la labor de la Sexta Comisión, que posee competencia general en cuestiones jurídicas. Asimismo, otros órganos del sistema Naciones Unidas tienen intervención en el proceso de codificación¹².

II.3) La Comisión de Derecho Internacional: creación, composición, métodos y programas de trabajo

La Comisión de Derecho Internacional inauguró su primer período anual de sesiones el 12 de abril de 1949 y previamente había transcurrido la primera elección de miembros, el 3 de noviembre del año anterior. En lo que se refiere a sus integrantes, y a instancias de la anterior “Comisión de los diecisiete”, había surgido la idea de que la entonces futura Comisión de Derecho Internacional estuviera compuesta por juristas que no representen a sus gobiernos sino que formaran parte de ella a título individual, como personas de reconocida experiencia y

¹² Cf. González Campos: ob. cit. pp. 157-158.

competencia en Derecho Internacional y así fue¹³. Tal criterio se refleja en su actual estatuto, en los artículos 2 y 8, erigiéndose a la CDI en un órgano subsidiario de carácter técnico y no representativo. También la anterior “comisión de los diecisiete”, recomendó que la forma de elección de sus integrantes fuera similar al procedimiento adoptado para los jueces que componen la Corte Internacional de Justicia, pero ello no obtuvo receptividad en la Asamblea General y, en consecuencia, se adoptó el procedimiento que se plasmó en el artículo 3 del Estatuto, es decir, los gobiernos de los Estados miembros de Naciones Unidas proponen a los candidatos y la elección la efectúa exclusivamente la Asamblea General.

Tanto el número de miembros, como la vigencia de sus mandatos, han ido modificándose con el tiempo. Originariamente, los miembros de la CDI han sido quince y la duración de sus mandatos era de tres años. En 1956, por resolución 1103 (XI) de la Asamblea General del 18 de diciembre, se elevó a veintiún miembros y en 1961 a veinticinco por resolución 1647 (XVI) de la Asamblea General adoptada el 6 de noviembre. Actualmente está compuesta por treinta y cuatro miembros, desde que se adoptó la resolución 36/39 del 18 de noviembre de 1981. Los cambios en la membresía se debieron a las ampliaciones, en ese aspecto, que se ha ido reflejando en Naciones Unidas y en aras a preservar lo dispuesto en el artículo 8 del Estatuto en cuanto al criterio de representación¹⁴.

Por resolución 486 (V) del 12 de diciembre de 1950, la Asamblea General amplió la duración de los mandatos de cada uno de los integrantes de la comisión que habían sido elegidos en 1948, llevándolo a cinco años y recién, en el año 1955, la Comisión recomendó y la Asamblea General, coincidiendo con ello, adoptó la resolución 985 (X) del 3 de diciembre extendiendo, de modo permanente, dicho período de cinco años de vigencia a todos los integrantes de la Comisión¹⁵, situación que se mantiene a la actualidad (julio 2019).

¹³ ONU, Servicios de Información Pública: “La Comisión de Derecho Internacional y su obra”; *ob. cit.*; p. 5.

¹⁴ Disponible en: <http://www.legal.un.org> [última referencia: 20.02.2019].

¹⁵ ONU, Servicios de Información Pública: “La Comisión de Derecho Internacional y su obra”; *ob. cit.*; p. 9 y nota al pie nro. 2.

En cuanto a la dinámica de trabajo de la CDI, la misma se reúne de modo anual (o sea que no tiene carácter permanente). Al respecto vale destacar que tanto en la “Comisión de los diecisiete” como, posteriormente, en la Sexta Comisión, se han desarrollado intensos debates acerca de si la CDI debía tener un carácter permanente, pero ninguno de ellos ha prosperado¹⁶.

Los métodos de trabajo de la Comisión varían según el objeto a cumplir. En tal sentido, y como venimos analizando, la Comisión tiene como mandato tanto las tareas de desarrollo progresivo como de codificación del derecho internacional, ocupándose fundamentalmente del derecho internacional público no obstante lo cual podría colocar en agenda temas de derecho internacional privado. En relación a las dos actividades mencionadas, y más allá de lo analizado al referirnos al artículo 13 de la Carta de Naciones Unidas y sus antecedentes en cuanto a la relación de los términos, lo cierto es que el Estatuto de la CDI estableció procedimientos diferentes para las tareas de “desarrollo progresivo” (artículo 16) y de “codificación” (artículos 18 a 23). No obstante, la doctrina¹⁷ entiende que en la práctica no hay tal distinción, pues como sucede en reiteradas ocasiones, al trabajar la CDI normas de la costumbre internacional tendientes a su codificación, realizó también tareas de “desarrollo progresivo”. Ello sucedió, por ejemplo, con el Derecho de los Tratados y, en particular, la Convención de Viena de 1969 que es, esencialmente, codificadora de las normas de derecho internacional consuetudinario en materia de tratados celebrados entre Estados por escrito. Sin embargo, la CDI realizó tareas de desarrollo progresivo, citando a modo de ejemplo el artículo 9 cuando se refiere a la adopción del texto de un tratado, donde estableció mayorías especiales que, para esa época, constituían ejemplos de desarrollo progresivo¹⁸.

Además de los métodos adoptados para el “desarrollo progresivo” y para la “codificación”, en ciertas oportunidades la Asamblea General

¹⁶ Ver Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexto período de sesiones, Suplemento N° 9 (A/1858), párrs. 60 a 71 y sus anexos, Tema 49 del programa, documento A/2088. Ello cf. *Ibidem*.

¹⁷ González Campos: ob. cit. pp. 156/7.

¹⁸ Cf. De la Guardia, Ernesto: *Derecho de los Tratados*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Junio 1997, p. 146. En igual sentido, Delpach, Marcelo; De la Guardia, Ernesto: *El Derecho de los Tratados en la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, La Ley, FEDyE, 1970, p. 204.

puede encargar a la CDI el estudio de determinados temas y solicitarle opinión jurídica al respecto y, para ello, la comisión tiene la libertad de adoptar el mecanismo de trabajo que entienda más idóneo¹⁹.

La CDI cuenta con servicios de asistencia prestados por el Secretario General de Naciones Unidas tales como impresión de documentos de trabajo y actas de sesiones, que se conocen como los Anuarios de la CDI²⁰, tan consultados por la comunidad jurídica a nivel internacional, así como por académicos y diplomáticos en funciones. Vale destacar que la CDI se vale de relatores especiales de entre sus miembros que se encargan del estudio de temas específicos²¹. Para nuestro tema de estudio, el Relator Especial ha sido el Sr. Michael Wood, a cargo del estudio preliminar del tema en 2011 y designado formalmente en 2012 Relator Especial, con la inclusión del tema en la agenda de trabajo²², permaneciendo en su cargo hasta la conclusión del trabajo en el año 2018²³.

La agenda de trabajo es diseñada fundamentalmente por la Asamblea General (artículo 16) o por los Estados miembros de Naciones

¹⁹ ONU, Servicios de Información Pública: “La Comisión de Derecho Internacional y su obra”; *ob. cit.*; pp. 13-4 y nota al pie nro. 15.

²⁰ Cf. resolución 987 (X) Asamblea General, del 3 de diciembre de 1955, *ibidem*, pp.- 15-6.

²¹ En su informe preliminar sobre nuestro tema de estudio, la CDI describió la tarea de los relatores especiales indicando que: a) Función de los relatores especiales ...Habida cuenta del papel fundamental que los relatores especiales desempeñan en los trabajos de la Comisión, se espera de ellos que: a) preparen cada año un informe sustantivo sobre su tema respectivo; b) hagan todo lo posible por limitar la extensión de cada informe a un máximo de 50 páginas; c) presenten su informe completo a la Secretaría por lo menos seis semanas antes del comienzo de cada período de sesiones; d) estén disponibles para asistir a gran parte del período de sesiones a fin de que no haya que introducir ajustes especiales en el programa de trabajo de la Comisión; e) estén preparados para hacer un resumen del debate al día siguiente a la conclusión del debate o lo antes posible después de este; y f) preparen proyectos de comentario concisos destinados a explicar los textos aprobados en cada período de sesiones sobre su tema. Cf. Información disponible en: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2011/spanish/chp13.pdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2011/> [última revisión 20/02/2019].

²² Información disponible en:

<http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2012/spanish/chp8.pdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2012/> [última revisión 20/02/2019].

²³ Información disponible en:

<http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2018/> [última revisión 20/02/2019].

Unidas y otros organismos competentes (artículo 17). En lo que refiere a nuestro tema de estudio, en el año 2011 la CDI procedió a la creación de un Grupo de Planificación para detallar la tarea para ese periodo, siendo este grupo el que recomendó la inclusión del tema referido a la “formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en el programa de trabajo a largo plazo²⁴, estableciendo, a tal fin, un plan general de trabajo²⁵. En lo que refiere al informe de la CDI realizado sobre nuestro tema, en el año 1950, el mismo surge de lo indicado en el artículo 24 del Estatuto. Todo ello lo profundizaremos en la segunda parte del presente *paper*²⁶.

Para culminar con este apartado, vale resaltar que la CDI si bien es un órgano técnico, mantiene no solo relación directa con la Asamblea General y con otros órganos de Naciones Unidas, sino también con los gobiernos facilitando, estos últimos, información valiosa para sus trabajos²⁷.

II.4) Breve mención a su obra con especial referencia a las fuentes del Derecho Internacional. La importancia del Derecho Consuetudinario en el Derecho Internacional. Las normas *vis a vis* con sus fuentes. La creación y la aplicación del Derecho Consuetudinario

Más allá de la agenda de trabajo actual y futura, cuyos temas abordaremos a lo largo de este libro y –en particular en este capítulo– los trabajos vinculados al Derecho Consuetudinario, vale destacar que desde su creación, la CDI se ha ocupado de ir construyendo el legado contemporáneo más importante en materia de derecho internacional. Vale destacar al respecto el papel relevante que ha desempeñado en la elaboración de informes que, en algunos casos devinieron en importantes convenciones codificadoras y, en otros, mediante su aprobación por la

²⁴ Información disponible en: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2011/spanish/chp13.pdf&lang=EFSSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2011/> [última revisión 20/02/2019].

²⁵ Información disponible en: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2011/spanish/annex.pdf&lang=EFSSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2011/> [última revisión 20/02/2019].

²⁶ Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II.

²⁷ ONU, Servicios de Información Pública: “La Comisión de Derecho Internacional y su obra”; *ob. cit.* pp. 13-9 y artículos 25/6 del Estatuto.

Asamblea General se presentan como resoluciones de ese órgano que constituyen la manifestación de la costumbre existente en la materia. También constituyen ese legado, trabajos de la Comisión, elaborados con la finalidad de ser considerados a título de recomendaciones, directrices y/o líneas de acción para los gobiernos, cuerpos diplomáticos y/o juristas y académicos en general.

Algunos de los temas, y solo para mencionar los que consideramos más relevantes, son:

- Medios para hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al Derecho Consuetudinario,
- Formulación de los principios de Nuremberg,
- Reservas a las Convenciones internacionales,
- Mayor participación en tratados multilaterales generales concertados bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones,
- Derecho de los tratados,
- Cláusula de la Nación más Favorecida,
- Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales,
- Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional,
- Efecto de los conflictos armados en los tratados,
- Actos Unilaterales de los Estados.

Los trabajos arriba enumerados encuentran su punto en común en que, directa o indirectamente, significan un gran aporte doctrinario a la teoría de las fuentes del derecho internacional. En ese sentido, incorporamos el concepto de “fuente” de la mano de Alain Pellet quien indica que las fuentes formales del derecho internacional son los procesos en virtud de los cuales las normas de derecho internacional adquieren pertinencia jurídica, mientras que las fuentes materiales pueden definirse como los orígenes políticos, sociológicos, económicos, morales o religiosos de las normas jurídicas²⁸.

En lo que refiere a nuestro tema de estudio en particular, corresponde afirmar que la costumbre internacional se encuentra receptada formalmente en el artículo 38 del Estatuto de la Corte

²⁸ Cf. CDI, Informe 2013, ob. cit. p. 15, nota al pie nro. 56.

Internacional de Justicia, en su párrafo 1.b) encontrando –dicha norma– su antecedente en el artículo 38.b) del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, Corte Permanente o CPJI), donde, si bien formalmente ambos textos refieren a la costumbre de idéntica manera, es decir, “...como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho...”, en su momento, en el seno del Comité de Juristas que en el año 1929 elaboró el estatuto de la CPJI surgió un debate que llevó a identificarlo como “...la práctica entre las naciones aceptada por ellas como derecho...”²⁹ y, por otro sector, dentro del propio comité, “...como prueba de una práctica común en uso entre las naciones y aceptada por ellas como derecho...”³⁰.

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ es considerado como la norma referente –a pesar de las críticas que pueda merecer su redacción– de las distintas modalidades de formación del derecho internacional³¹. Tal es así que, más allá que el artículo 38 sea de aplicación para la Corte Internacional de Justicia, la doctrina es pacífica en entender que los procesos de creación de derecho allí indicados son aplicables también para otras jurisdicciones internacionales, con sujeción a cualquier norma particular de regulación que deba ser aplicable³².

En tal sentido, Julio Barberis, al introducir en su obra³³ el tema de la costumbre, comienza destacando la “...función importantísima...”³⁴ que ha desempeñado ésta, en la formación del derecho internacional, el cual es caracterizado por el propio jurista con un “...carácter predominantemente consuetudinario...” durante mucho tiempo, hasta que el surgimiento de las primeras convenciones codificadoras como resultado del gran proceso codificador, parecería haberle “quitado” ese

²⁹ Texto propuesto por el Presidente de la Comisión Consultiva de Juristas, Baron Descamps. CF. CDI, Informe 2013, ob. cit. p. 15 quien se refirió al Derecho Internacional Consuetudinario como un método “muy natural y sumamente fiable de desarrollo [del derecho internacional], ya que dimana en su totalidad de la expresión constante de las convicciones jurídicas y las necesidades de las naciones en sus relaciones recíprocas...”.

³⁰ *Ibidem*, p. 16.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p. 17.

³³ Barberis, Julio A.: *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994. p. 67.

³⁴ *Ibidem*.

“protagonismo”. No obstante lo cual, Barberis³⁵ se apresura a plantear un reparo, dado que incorpora el concepto bien arraigado en derecho internacional de que la norma de la costumbre no pierde su fuerza jurídica vinculante por haber sido receptada en un tratado sino que, por el contrario, se retroalimentan generando efectos tales como la creación de nuevas normas o su cristalización³⁶ (aspecto que abordará la Comisión desde los primeros años de trabajo sobre el tema y que se ha visto reflejado en su informe final, tal como analizaremos oportunamente).

Añade Barberis que las características de la costumbre en derecho internacional han ido cambiando, pues la comunidad internacional ha sido testigo de la existencia de normas creadas bajo diversos procedimientos, a veces en muy breves periodos³⁷, presentándose todas ellas con un origen consuetudinario.

Como ejemplo para ilustrar dicha idea puede mencionarse el caso de las normas creadas a través de lo que el Profesor Bin Cheng denominó “costumbre internacional instantánea”³⁸, lo cual refiere a la formación de normas de derecho internacional consuetudinario mediante la adopción de resoluciones que, aunque no tengan carácter vinculante como tales, sí adquirirían la calidad de norma consuetudinaria para este autor, por la unanimidad con la que fueron adoptadas. Cheng esbozó esta postura con

³⁵ Barberis, ob. cit. pp. 67-68.

³⁶ “...Aunque una norma convencional y una norma consuetudinaria, pertinentes ambas en la presente controversia, tuvieran exactamente el mismo contenido, eso no sería motivo para que la Corte tuviera que opinar que la aplicación del proceso relativo al tratado debía necesariamente privar a la norma consuetudinaria de su aplicabilidad separada. Por consiguiente, la Corte no estaba obligada en modo alguno a aplicar las normas consuetudinarias sólo en la medida en que difirieran de las normas convencionales que no podía aplicar debido a la reserva de los Estados Unidos...”, cf. Military and Paramilitary activities (Nicaragua v. United States of America). Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 27 de Junio de 1986, págs. 172/182. Disponible en: www.icj-cij.org [última referencia: 20.03.2019]. En igual sentido, “...la Corte llegó a la conclusión de que la Convención de Ginebra no era, ni en sus orígenes ni en su iniciación, declaratoria de una norma obligatoria de derecho internacional consuetudinario que forzara al uso del principio de equidistancia, que sus efectos subsiguientes no habían sido constitutivos de una norma de ese tipo y que la práctica de los Estados hasta la fecha había sido igualmente insuficiente con tal fin...”, cf. Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (Dinamarca – Países Bajos v. Alemania), ob. cit, parágrs. 60-82.

³⁷ Barberis, ob. cit.

³⁸ Cheng, Bin: “United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law? The Indian Journal of International Law, 1965, pp. 23-112.

motivo de la adopción de las resoluciones de la Asamblea General referidas al espacio ultraterrestre 1762 (XIII) y 1721 (XVII). Vale destacar que esta tesis no ha encontrado recepción en la doctrina y en la jurisprudencia internacional dado que, por la propia razón de ser de la norma de derecho internacional consuetudinario en cuanto a su proceso de formación, se entiende contradictoria con esa propia naturaleza. Veamos algunos ejemplos de cómo la CIJ ha valorado la práctica, como elemento necesario en la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. En el asunto de las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua, la Corte analiza el concepto de “práctica internacional” señalando que no es necesaria una rigurosidad en la práctica para determinar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario puesto que dichas normas pueden constituirse cuando la conducta de los sujetos es coherente con las reglas de formación de una norma consuetudinaria³⁹. En el caso en análisis, la Corte finaliza otorgándole un peso mayor a la *opinio juris*, cuya existencia determinó por los instrumentos internacionales que había firmado Estados Unidos de América⁴⁰.

En el caso del Derecho de paso por territorio indio⁴¹ la Corte indica que por “práctica estatal” deberían considerarse los comportamientos de las autoridades y de los habitantes en un período de tiempo determinado.

Por su parte, Mendelson entiende que la práctica es el elemento descriptivo de la norma consuetudinaria, mientras que la *opinio juris*, es el de carácter prescriptivo, pues llena de contenido jurídico a la práctica⁴².

Hemos puesto en evidencia que, tanto para la jurisprudencia como la doctrina, en su carácter de “fuente evidencia” o medios

³⁹ Cf. Military and Paramilitary activities (Nicaragua v. Unites States of America), ob. cit. par. 186.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 188.

⁴¹ Caso del Derecho de Paso por territorio Indio (Portugal v. India), Corte Internacional de Justicia. Sentencia del 12 de abril de 1960. Disponible en: <http://www.icj-cij.org> [última referencia: 04.02.2019].

⁴² Cf. Dinstein, Yoram: The interaction between Customary International Law and treaties, The Hague Academy Collected courses, Marstinus Nijhoff, The Hague, Vol. 322, p. 64.

auxiliares para verificar la existencia de derecho, la práctica es un elemento necesario al momento de evaluar la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario.

Por otro lado, destaca Barberis que superando la etapa clásica del derecho internacional, su proceso de creación tiene lugar de modo más consciente ya que, en la primera etapa del derecho internacional, ciertas prácticas que comenzaban muchas veces por una necesidad (*la representación en cumbres internacionales que, a partir del Congreso de Viena de 1815, da lugar al proceso de formación de las normas de la costumbre internacional en materia de derecho diplomático*), esa necesidad –casi podríamos decir– que generaba una cierta “conciencia de obligatoriedad” que daba lugar a la *opinio juris*, y así nació la norma consuetudinaria. En el derecho internacional contemporáneo y trayendo el ejemplo que nos brinda el propio Julio Barberis “...hay Estados u organizaciones que realizan una actividad, y adoptan reiteradamente ciertas resoluciones o consensos, con el objeto deliberado de crear normas consuetudinarias...”⁴³.

Antes de comenzar el estudio del derecho consuetudinario desde los trabajos de la CDI, conviene detenernos a reflexionar de qué hablamos cuando nos referimos al derecho consuetudinario, a una fuente de derecho, a la costumbre como proceso de creación de derecho y a las normas positivas dentro de un ordenamiento jurídico. Barberis, al referirse a la noción de fuente de derecho, indica que ella está vinculada al “...fenómeno de la creación del derecho...”⁴⁴ y entonces, de la mano del positivismo jurídico de la Escuela de Viena de Hans Kelsen⁴⁵ indica que “...toda norma jurídica ha sido creada por un método jurídicamente regulado (una fuente de derecho)⁴⁶ y halla su fundamento de validez en otra norma jurídica que ha erigido a ese método en fuente de derecho...en ese proceso de deducción de juridicidad se llega necesariamente a una norma cuya fuente de validez no se halla en una

⁴³ Barberis, ob. cit. p. 68.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁵ Menciona otros autores, como Hart, pero que no lo incluiremos pues no responde a los interrogantes planteados. En ese sentido, Barberis al analizar la concepción de ese autor concluye que “...para la concepción de este autor, pues, el derecho internacional no tiene fuentes...”, *ibidem*, p. 22.

⁴⁶ El paréntesis nos pertenece.

norma anterior porque ella es la primera...la norma fundamental (*grundnorm*) que no es una norma positiva, sino presupuesta cuya función es precisamente servir de fundamento de validez a la primera norma positiva⁴⁷. Llevado ese razonamiento a las fuentes del derecho internacional, indica Barberis que, si aplicamos este postulado para analizar estos conceptos, es necesario distinguir entonces entre el proceso de creación de la norma y el derecho ya creado dado que toda norma jurídica es creada por una fuente de derecho y cada fuente es considerada como tal por una norma jurídica de orden superior, siendo la primera fuente de derecho positivo la costumbre, erigida como tal por la *grundnorm*⁴⁸.

Por otro lado, Barberis también incorpora la noción de Roberto Ago⁴⁹ que menciona la existencia en derecho internacional, además de un derecho positivo (elaborado por una fuente jurídica), de un derecho espontáneo, citando como ejemplo el derecho consuetudinario, siendo necesario para identificarlo “...recurrir empíricamente a una comprobación de su operar efectivo como normas de derecho en el seno de una sociedad en cuestión...”⁵⁰. Ello dado que las normas consuetudinarias no son normas creadas por una fuente de derecho porque no está jurídicamente regulado y allí es donde Barberis indica que si bien las normas convencionales son creadas por un procedimiento regulado por la costumbre, las normas consuetudinarias no son creadas por ningún procedimiento regulado jurídicamente porque es la primera norma del derecho internacional positivo y por ello, la pregunta sobre su validez como tal, es una pregunta carente de respuesta, afirmando el destacado autor que “...es como preguntar si el metro de Sevres mide verdaderamente un metro...”⁵¹.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 27-28. En igual sentido, en la página 76 de la misma obra.

⁴⁹ Indica esta concepción que “...la pretensión de que hay un procedimiento consuetudinario de creación de derecho sería solo una elaboración intelectual tendiente a justificar una de las premisas del positivismo jurídico...”. Ver también el análisis más profundo que realiza Barberis sobre esta concepción cuando se refiere a la costumbre, en el capítulo II, pp. 74/5.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 74/5 y 78.

⁵¹ *Ibidem*, p. 77. Para un análisis de la costumbre desde el punto de vista jus filosófico, acudir a la obra de Barberis, ob. cit, pp. 75/8.

III. Parte B): La labor de la CDI en relación al Derecho Consuetudinario

El Estatuto de la CDI señala lo siguiente:

“...Artículo 24: La Comisión examinará los medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario, tales como la compilación y publicación de documentos relativos a la práctica de los Estados y a las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales en materias de derecho internacional, y presentará un informe sobre este asunto a la Asamblea General...”.

En sus dos primeros períodos de sesiones, la Comisión abordó el tema referido a los “medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario”, resultando de ello un informe⁵² muy relevante en el derecho internacional en aquella época por lo novedoso de su enfoque y técnica.

La segunda oportunidad en que la Comisión trató el tema del derecho consuetudinario ha tenido lugar en el año 2011, en su 63 período de sesiones, cuando se incluyó el tema en el programa de trabajo a largo plazo, a consecuencia de la propuesta obrante en el anexo A del informe de la Comisión de ese año⁵³. En ese momento, se conformó un grupo especial bajo la dirección del Sr. Michael Wood quien, cuando en el siguiente período de sesiones, la Comisión decidió incluir el tema “Formación y prueba del derecho internacional consuetudinario”, ha resuelto también designarlo Relator Especial, todo lo cual recibió el beneplácito de la Asamblea General el 14 de diciembre de 2012⁵⁴.

Al año siguiente, la Comisión decidió cambiar el título del tema por el siguiente: “identificación del derecho internacional

⁵² Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su Segundo Período de Sesiones, Yearbook of the International Law Commission 1950, Vol. II, documento A/1316 pp. 367 a 374, párrs. 24 a 94 (part II, Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available).

⁵³ Yearbook of the International Law Commission 2011, Anexo I. pp. 201 a 207. Disponible en:

<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2011/english/annex.pdf&lang=EFSRAC> [última revisión, 18.03.2019].

⁵⁴ Disponible en:

<http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2012/spanish/chp8.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2012/> [última revisión, 18.03.2019].

consuetudinario”⁵⁵. De allí en adelante, el tema ha sido tratado con periodicidad hasta su finalización en el año 2018. A continuación, analizaremos los indicados periodos de trabajo acerca del tema que nos ocupa.

III.1) Medios para hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al Derecho Consuetudinario

En el año 1950 la CDI elaboró un informe acerca del tema de referencia en el presente apartado⁵⁶, el cual –como ya lo aclaramos previamente– encuentra su fundamento y razón de ser en lo dispuesto en el ya transcrito artículo 24 del Estatuto de la CDI. El informe en trato tiene como antecedente el mandato conferido por el Secretario General de Naciones Unidas a la Comisión en su primera sesión⁵⁷ mediante un Memorándum y un documento de trabajo preparado por la Secretaría⁵⁸. A consecuencia de ello, la Comisión designó al Sr. Manley O. Hudson para preparar un documento de trabajo sobre el tema para ser tratado por la Comisión en su segundo periodo de sesiones⁵⁹.

La tarea asignada a la Comisión ha sido la de informar a la Asamblea General acerca del modo de hacer más accesible la documentación referida al derecho consuetudinario y, en tal sentido, como luce del propio artículo 24 del Estatuto de la CDI, la Comisión analizó la práctica de los Estados tanto como las decisiones de tribunales nacionales e internacionales, no obstante lo cual el texto del referido artículo no excluye el abordaje de otras formas o medios de análisis, ni tampoco la posibilidad de estudiar otras fuentes del Derecho Internacional con idénticos objetivos. En ese marco, y en relación al

⁵⁵ Suplemento num. 10 (A/68/10) parr. 65. Disponible en:

<http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2013/spanish/chp7.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2013/> [última revisión, 18.03.2019].

⁵⁶ Yearbook of the International Law Commission 1950, Part II, pp. 5-12. Disponible en:

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf&lang=E [última revisión, 18.03.2019].

⁵⁷ A/CN.4/6 pp. 3-5.

⁵⁸ A/CN.4/W.9.

⁵⁹ A/CN.4/16 y A/CN.4/16/Add.1. Consultar:

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_13.pdf&lang=E Chapter five pp. 283-284 [última revisión, 18.03.2019].

alcance del derecho consuetudinario internacional dentro del ordenamiento jurídico internacional y, desde los procesos de formación de dichas normas, la CDI dio inicio a su labor analizando la interacción entre el Derecho Consuetudinario Internacional y el de origen convencional desde el enfoque tradicional dado por el entonces artículo 38 del Estatuto de la CPJI y el actual artículo 38 del Estatuto de la CIJ señalando que de los indicados artículos surge la recepción formal de cuatro categorías de fuentes del derecho internacional, siendo la última de ellas de índole subsidiaria (los medios auxiliares para verificar la existencia de derecho), es decir, la jurisprudencia y la doctrina.

En relación a la interacción entre el derecho internacional convencional y el consuetudinario, el informe asume el criterio de no colocar énfasis en distinguir ambas categorías normativas dado que una norma de la costumbre puede estar contenida en una convención internacional y no por ello perder su fuerza vinculante como tal, lo que conocemos como “dualidad de fuentes”, muy presente en el derecho internacional actual y reconocido por la CIJ en diferentes decisorios⁶⁰. También destaca la posibilidad de que una convención internacional (que tal vez nunca llegue a entrar en vigor) pueda dar lugar a la formación de una regla de derecho consuetudinario internacional. Por ello es que la CDI aclara que, en su labor de identificar los medios de hacer más accesible el derecho consuetudinario, tendrá en consideración también las convenciones internacionales existentes cuando ello resulte necesario. Siguiendo la lógica del artículo 38 del Estatuto de la CIJ y conforme lo indica el propio artículo 24 de su Estatuto, la Comisión también debe analizar la práctica de los Estados que surja de las decisiones judiciales como evidencia de la existencia de una norma de la costumbre internacional. Efectuando estas consideraciones relacionadas con la teoría de las fuentes del derecho internacional, es que la Comisión identificó, en el informe en análisis, diferentes formas de “acercar” el derecho consuetudinario. Ellas están dadas por: los instrumentos internacionales - colecciones de tratados internacionales; decisiones de los órganos jurisdiccionales internacionales; decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales; el derecho interno como evidencia de la práctica estatal; la correspondencia diplomática; la opinión de la doctrina y la práctica de las Organizaciones Internacionales.

⁶⁰ Ver nota al pie nro. 37.

En la actualidad, podemos afirmar sin hesitación, que el derecho internacional ha evolucionado y los modos de hacer conocer y/o difundir sus normas también. En ese sentido, han proliferado los medios o modos de hacerlo más asequible, así como los costos cada vez más elevados para su almacenamiento y difusión son también una realidad. A ello cabe añadirle el incesante avance tecnológico que ha cambiado considerablemente los medios para “acceder” y “hacer conocer” las normas de derecho internacional a los operadores jurídicos en particular y a la comunidad internacional en su conjunto. En nuestros tiempos, diversas bases de datos (de tratados, resoluciones, jurisprudencia internacional, doctrina. etc) se encuentran en línea (varias de ellas con acceso libre), lo cual ha venido a modificar considerablemente el escenario sobre el cual la CDI ha estudiado el tema en esta primera etapa y que ha generado que la Comisión retome el tema unas décadas después.

En su informe, la Comisión también recomendó a la Asamblea General dar la máxima difusión posible a las publicaciones sobre derecho internacional preparadas en el ámbito de Naciones Unidas, particularmente los “reports” y otras publicaciones de la Corte Internacional de Justicia, la “*United Nations Treaty Series*” y la serie de publicaciones titulada: “*Reports of International Arbitral Awards*”⁶¹.

La Comisión asimismo recomendó que la Asamblea General autorizase a la Secretaría a preparar una serie de publicaciones, a saber: a) un Anuario Jurídico donde se exponga, *inter alia*, la legislación relevante de los diferentes Estados, las decisiones arbitrales adoptadas por tribunales internacionales ad-hoc, así como las decisiones de relevancia emanadas de los tribunales nacionales acerca de temáticas propias del derecho internacional; b) una colección legislativa que recepte y contenga los textos de la legislación nacional de actualidad en materia internacional, especialmente, aquella necesaria para implementar los instrumentos internacionales multilaterales; c) una colección de las constituciones de los Estados con volúmenes complementarios que se deberían publicar con cierta periodicidad para mantenerse al día; d) lista de publicaciones editadas por los Estados que contengan los textos de los

⁶¹http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_34.pdf&lang=E paragr. 90 p. 373 [última revisión, 18.03.2019].

tratados celebrados por ellos, con una lista complementaria de los textos de tratados publicados bajo auspicios privados; e) un índice global de la “*League of Nations Treaty Series*”; f) ocasionalmente, volúmenes de índices de la “*United Nations Treaty Series*”; g) un repertorio de la práctica de Naciones Unidas respecto de los temas de derecho internacional; h) colecciones adicionales de los “*Reports of International Arbitral Awards*”⁶².

Además, la Comisión efectuó una serie de interesantes recomendaciones en orden a que, por un lado, la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia proceda a publicar, de modo ocasional, extractos de los “*reports*” de la Corte; así como –por otro lado– que la Asamblea General señale la atención de los gobiernos en relación a la utilidad de publicar extractos de su correspondencia diplomática y demás documentos referidos al derecho internacional; así como también que dicho órgano deliberativo considerase la conveniencia de la adopción de una convención internacional referida al intercambio general de publicaciones oficiales concernientes al derecho internacional y a las relaciones internacionales.

III.2) Formación y documentación del Derecho Internacional Consuetudinario. El regreso del tema a la agenda de trabajo a largo plazo (periodo que transcurre entre los años 2011 a 2016)

En el presente apartado trataremos de incorporar al análisis los aspectos que consideramos más relevantes en el ámbito de trabajo de la CDI, una vez reanudado el estudio del derecho internacional consuetudinario en el año 2011. Ello, a los efectos de sentar las bases de lo que, finalmente, resultó en el informe elaborado y aprobado en el año 2018 que concluyó la tarea sobre el tema. Por ello, no es nuestra intención detenernos a indagar minuciosamente los documentos debatidos por la Comisión en el periodo indicado en el presente subtítulo, sino solo a modo de entender el tratamiento que finalmente el tema recibió.

⁶² *Ibidem*, paragr. 91 p. 373.

El 4 de mayo de 2011, el Grupo de Planificación de la CDI⁶³, conformó el grupo de trabajo sobre el programa a largo plazo con la Presidencia del Sr. Enrique Candioti, el cual presentó un informe oral el 3 de agosto de 2011 recomendando –con el visto bueno de la Comisión– la inclusión del tema referido a la “formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo a largo plazo.

La sinopsis del tema ha sido publicada en el Anuario de ese año como anexo I (A) y estuvo a cargo del Sr. Michael Wood, como ya se anticipó en el apartado III Parte B) *ab initio*. El grupo de trabajo comenzó su informe indicando que el tema de las fuentes constituye “...el núcleo central...”⁶⁴ del derecho internacional y que el trabajo de la comisión en esta materia se ha centrado fundamentalmente en los tratados. Por ello, y sin excluir el tratamiento de temas conexos, el grupo propone incluir en la agenda de trabajo a largo plazo el tema de la “formación”⁶⁵ y la documentación⁶⁶ de las normas provenientes del derecho internacional consuetudinario”.

El objetivo de trabajo de la CDI se centra en realizar un informe que sirva de utilidad, a la par de brindar orientaciones autorizadas, a los operadores jurídicos al momento de tener que identificar el derecho consuetudinario y, a tales efectos, la tarea estuvo dirigida a la formulación de una serie de proposiciones acompañadas de comentarios⁶⁷. En tal sentido destacó la comisión que, si bien las bases teóricas del tema son relevantes, el objetivo último es proporcionar una ayuda práctica a quien se proponga la tarea de investigar las normas de

⁶³ Compuesto por la Sra. M. G. Jacobsson (Presidenta) y los siguientes miembros: Sr. L. Caflisch, Sr. E. Candioti, Sr. P. Comissário Afonso, Sr. C. J. R. Dugard, Sra. C. Escobar Hernández, Sr. G. Gaja, Sr. Z. Galicki, Sr. H. A. Hassouna, Sr. M. D. Hmoud, Sr. M. Kamto, Sr. F. Kemicha, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. T. V. Melescanu, Sr. D. M. McRae, Sr. S. Murase, Sr. B. Niehaus, Sr. G. Nolte, Sr. A. Pellet, Sr. E. Petrič, Sr. G. V. Saboia, Sr. N. Singh, Sr. E. Valencia Ospina, Sr. E. Vargas Carreño, Sr. S. C. Vasciannie, Sr. M. Vázquez-Bermúdez, Sr. N. Wisnumurti, Sr. M. Wood y Sr. A. R. Perera (*ex officio*).

⁶⁴ Yearbook of the International Law Commission 2011, Anexo I. ob, cit, p. 201.

Disponible en:

<http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2011/english/annex.pdf&lang=EFSSAC> [última revisión, 20.03.2019].

⁶⁵ El proceso de formación de las normas consuetudinarias.

⁶⁶ Identificación de sus normas.

⁶⁷ *Ibidem*.

derecho consuetudinario internacional siendo, en tal caso, necesario abordar cuestiones de metodología y de investigación empírica de la práctica estatal⁶⁸ utilizando un tipo de razonamiento deductivo fundado en jurisprudencia de jurisdicciones internacionales diversas⁶⁹.

El informe del año 1950⁷⁰ elaborado en relación al ya analizado artículo 24 del Estatuto de la CDI guarda un enfoque muy diferente al periodo de trabajo iniciado en el año 2011, ya que el primero de ellos coloca el énfasis en los medios para lograr mayor accesibilidad y disponibilidad de las normas del derecho internacional consuetudinario, destacando, entre otras cuestiones la labor de la secretaría en ofrecer publicaciones que permitan “crear” otros medios de “colocar” al “alcance” de la comunidad jurídica estas normas y ocupándose someramente de otros temas, como el “alcance del derecho internacional consuetudinario”, ámbitos que, tal vez, han sido más desarrollados en el nuevo periodo de trabajo. No obstante, la secretaría analiza como “valiosos” los diferentes medios incluidos en dicho informe ya que, por un lado, cita ejemplos de cómo la propia Comisión se ha valido de dichos medios para trabajos posteriores⁷¹ y, por otro lado, se vale de ellos para diseñar su análisis acerca del periodo de trabajo iniciado en el año 2011⁷². Creemos que el dinamismo y avance del derecho internacional en cuanto a su difusión ha variado considerablemente en las últimas décadas. En la actualidad, la tecnología de las comunicaciones y las redes sociales permite un mayor conocimiento y acercamiento a la práctica de los Estados para evaluar la posible formación de normas de derecho internacional consuetudinario.

⁶⁸ Incluyendo algunas consideraciones del enfoque tradicional tales como ¿qué se entiende por “práctica del Estado?”, ¿cómo pueden cambiar los Estados de posición respecto de una norma de derecho internacional? Más allá del Estado ¿quién actúa? ¿organizaciones como la Unión Europea? ¿representatividad de la práctica de los Estados?, así como también la “naturaleza, función e identificación de la *opinio juris sive necessitatis*”, *Ibidem*, p. 202.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ A/CN.4/659 punto I.B) pp. 6-7.

⁷¹ Memorando A/CN.4/659, nota 21, p. 7.

⁷² *Ibidem*, p. 7 en su nota al pie nro. 21 que refiere a los apartados II.B.2 y II.C.2 (en especial, el primero de ellos) donde se vale de los medios identificados por la Comisión en su informe de 1950 para hacer más asequible el derecho internacional consuetudinario.

Corresponde indicar, a priori, que en el año 2013, la comisión cambió el título del tema a “identificación del derecho internacional consuetudinario”. Ello motivado en la necesidad de colocar el foco de estudio en el método para identificar las normas consuetudinarias, no obstante lo cual se aclaró que, aún modificándose el título, la labor de la Comisión incluiría el análisis de los requisitos para la formación de las normas de derecho internacional consuetudinario (es decir, su fuente) así como la documentación material de tales normas, lo cual se tornaba necesario para determinar la existencia (o no) de una norma de derecho internacional consuetudinario.

El profesor Julio Barberis, al referirse a los mecanismos de identificación de las normas en derecho internacional, indica que algunas se logran identificar a través de normas de reconocimiento (por ejemplo, los tratados), señalando que, básicamente son normas conceptuales que no prescriben comportamientos como permitidos, prohibidos u obligatorios sino que solo caracterizan o definen a las normas en trato, mientras otras –el caso del derecho consuetudinario– se identifica mediante recursos técnicos (la práctica reiterada y uniforme, con la consiguiente *opinio iuris*), justamente por la dificultad de sentar las bases de una definición y/o caracterización precisa⁷³.

Comenzando a esbozar una enumeración no taxativa del trabajo de la Comisión en sus diferentes periodos de sesiones sobre el tema, destacamos que entre los años 2012 y 2016, la Comisión ha ido delineando el alcance del tema, a la par de ir definiendo las temáticas que incluiría (o no) en el abordaje de los modos de identificar el derecho consuetudinario. En ese sentido, varios temas han sido propuestos (*algunos finalmente desechados y otros que se pueden ver reflejados en el informe final*). Los que consideramos más relevantes resaltar, en primer lugar, son: I. *Jus cogens*⁷⁴; II. La distinción entre el Derecho Internacional General y los Principios Generales de Derecho reconocidos por las

⁷³ Barberis, ob. cit. pp. 254/5.

⁷⁴ En el Primer Informe del Relator Especial (A/CN.4/663 que analizó la Comisión en el año 2013) el tema también estuvo presente. En el año 2014 analizó el tema del *jus cogens* y al siguiente año lo incluyó en su agenda de trabajo, designando como Relator Especial al Sr. Dire D. Tladi. Consultar: <http://legal.un.org/ilc/sessions/67/> [última revisión, 20.03.2019].

naciones civilizadas⁷⁵ y III. la distinción obligaciones *erga omnes* y las provenientes del derecho internacional general.

Vale destacar en relación con los conceptos normativos antedichos, que existe lo que podríamos presentar como una relación de género a especie⁷⁶ pues mientras, por un lado, toda norma de “*jus cogens*” es oponible “*erga omnes*”, existen obligaciones oponibles a toda la comunidad internacional en su conjunto que no revisten la calidad de imperativas (por ejemplo, la calidad de “patrimonio común de la humanidad” de la luna y otros cuerpos celestes o de los fondos marinos y oceánicos). Por otro lado, y en cuanto al origen de la norma, también es evidente que si bien, toda norma imperativa es derecho internacional general en su conformación, no se da el mismo efecto al revés, pues algunas normas de derecho internacional general no revisten grado de “*jus cogens*” y por ello, entre otras características propias, aceptan la figura del objetor persistente. Esto último, era así claramente en el derecho internacional clásico, en la actualidad la doctrina debate temas tales como si podría formarse un “*jus cogens*” de fuente convencional, citándose como ejemplo el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas.

En segundo lugar, destacamos que se han introducido otros temas como posibles abordajes de estudio de la CDI; todos vinculados con las fuentes. Ellos son, por un lado, la distinción entre “normas de derecho consuetudinario internacional” y los instrumentos “*soft law*”, y por otro lado, los conceptos de “*lex lata*”, y “*lex ferenda*”⁷⁷. Consideramos necesario destacar la importancia de estos temas que, en la actualidad, generan debates acerca del ámbito desde el que corresponde su análisis, es decir, si representan una problemática desde la teoría de las fuentes

⁷⁵ En el año 2018, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Principios generales del derecho” y nombró Relator Especial al Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez. Consultar: <http://legal.un.org/ilc/sessions/70/>

⁷⁶ González Napolitano, Silvina: “Fuentes y normas de Derecho Internacional”, en Lecciones de Derecho Internacional Público, González Napolitano (coord.), editorial Errejus, Buenos Aires, Argentina, 2015, p. 90 *in fine*. En igual sentido, Revista Puente Europa: “El sistema jurídico internacional y sus tensiones: fragmentación y vocación universal”, serie de entrevistas compiladas por Susana Czar de Zalduendo, p. 11. en Puente @ Europa, Año V, n° 2, 2007.

⁷⁷ *Ibidem*.

del Derecho Internacional o, por el contrario, guardan relevancia dentro de los mecanismos de aplicación de ese ordenamiento jurídico⁷⁸.

Por otro lado, también se ha planteado como posible alcance de los trabajos de la comisión la distinción entre el derecho internacional consuetudinario y el mero uso, por una parte, y los tratados informales (con inclusión de los tratados en forma no escrita)⁷⁹ y la práctica ulterior relacionada con la interpretación de los tratados, por la otra. Por último, el informe abre la puerta también al tratamiento de temas tales como: la relación entre los dos elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, el surgimiento de nuevas normas de esa clase, el papel que desempeñan los “Estados especialmente afectados” y “el objetor persistente” en la formación de la norma consuetudinaria, factores como el elemento temporal y la intensidad de la práctica en su relación con el “derecho internacional consuetudinario instantáneo” y el criterio hábil de identificación de estas normas⁸⁰.

En relación con otras fuentes, en su interacción con el derecho consuetudinario internacional, la comisión analizó los importantes aportes de la doctrina –en cuanto fuente evidencia– indicando que, reflejado en manuales, monografías y artículos académicos, podía ser reveladora al momento de estudiar el proceso de formación de normas de derecho internacional consuetudinario. En ese punto, incorpora como ejemplo el estudio de estas normas en ámbitos especializados, como es el derecho internacional humanitario. Al respecto, vale reflexionar acerca del relevante papel que desempeñan las normas de derecho internacional

⁷⁸ Para leer más acerca de este debate conceptual, se recomienda consultar la siguiente obra: Barberis, Julio A.: *Formación del derecho internacional*, ob. cit. “soft law”, pp. 282/288, en particular, 282 y 285 donde el autor refiere al concepto de “soft law” comparándolo con el de *lex lata* y *lex ferenda*. También se recomienda consultar el siguiente artículo de opinión: Del Toro Huerta, Mauricio, Ivan: *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI, 2006, pp. 513-549. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/160/256> [última revisión, 20.03.2019].

⁷⁹ Para leer más acerca de este debate conceptual, se recomienda consultar la siguiente obra: Barberis, Julio A.: *Formación del derecho internacional*, ob. cit. “Costumbre internacional”, allí el autor plantea muy claramente, la distinción entre una norma de la costumbre internacional y un tratado tácito, indicando que no es posible describir la costumbre como un mero tratado tácito; *ibidem*, p. 72.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 203.

consuetudinario en ese régimen especializado del derecho internacional, lo cual surge evidente de las palabras de Abdul G. Koroma⁸¹ al indicar que el derecho internacional de fuente convencional, por sus características propias, si bien puede cubrir una amplia gama de situaciones que pueden tener lugar en el marco de un conflicto armado, “...no puede mostrar una fotografía completa del estado del derecho...”⁸². A mayor abundamiento, cabe resaltar que las normas de fuente convencional, por principio general, solo obligan a las partes, y si no existe una norma de origen consuetudinario, los sujetos que no son parte del tratado no se verían obligados por las reglas allí establecidas. Además, el derecho convencional, al ser escrito, requiere más precisión y claridad que las normas de fuente consuetudinaria que, por definición, son flexibles, imprecisas y permiten vincular a Estados que no se han opuesto reiterada y sistemáticamente desde el momento de su formación (objeto persistente). Por ello, el conocimiento, identificación y difusión de las normas de derecho internacional consuetudinario entre las partes interesadas en el ámbito de un conflicto armado es esencial para la efectividad de la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario⁸³.

Un tema no menor que se planteó desde los inicios del trabajo (en el año 2012) y que finalmente quedó zanjado en el informe final, guarda relación con “la práctica” como elemento material de la costumbre, y más precisamente, lo referido a cómo está constituida la misma, si solo por aquella que desarrollan los Estados y, en ciertas ocasiones, las Organizaciones Internacionales o también, la proveniente de otros sujetos puede ser tenida en consideración. Finalmente parece haber triunfado la primera posición, tal como comprobaremos al analizar el informe final.

En lo que refiere a la práctica estatal, vemos que la misma debe ser uniforme y general, aunque si existía cierta variabilidad en aquellos elementos que, en su conjunto, constituían y permitían estar en

⁸¹ Jurista de Sierra Leona y Magistrado de la Corte Internacional de Justicia en el período 1994 – 2012.

⁸² Henckaerts, Jean Marie - Doswal - Beck, Louise: “El derecho internacional humanitario Consuetudinario” volumen I: Normas. CICR, octubre 2007, Buenos Aires, disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf [última revisión, 20.03.2019].

⁸³ *Ibidem*, pp. 14/5.

presencia de esa característica de uniformidad que debe revestir la práctica, igualmente se entendía cumplido el mismo. Al respecto, si recordamos cómo resolvió la Corte la controversia relativa al derecho de paso entre India y Portugal, vemos que aplicó ese criterio⁸⁴.

Al remitirnos al material utilizado por la CDI para evaluar la práctica de los Estados, a lo largo de sus 70 años de existencia y de continuo trabajo, vemos que la Comisión pareció valerse de los medios identificados en el informe de 1950 que elevó a la Asamblea General⁸⁵, considerándolos como medios no exhaustivos al alcance. Sobre ello, volvemos a lo ya dicho en relación a los diferentes medios existentes en la actualidad conforme la evolución tecnológica a la cual tampoco el derecho internacional es ajeno. Fuentes primarias de verificación tales como la difusión de sesiones del Consejo de Seguridad o de algún otro órgano de la ONU, y otros eventos de esta naturaleza, permiten estar al corriente, de primera mano, acerca del desarrollo de las sesiones de órganos de organizaciones internacionales y las discusiones y debates en su seno. También se generan nuevos medios de sistematización y compilación de sentencias y doctrinas de nuestra disciplina, teniendo todos estos recursos un papel clave en la identificación y verificación de la existencia de normas de derecho internacional consuetudinario, dado su carácter de medios auxiliares (o fuentes verificadoras, o en sentido amplio) del material sistematizado, compilado y finalmente difundido.

En cuanto al elemento subjetivo recordemos que históricamente el positivismo jurídico ha negado su existencia con carácter de constitutivo de una norma de derecho internacional consuetudinario, ubicándolo dentro del ámbito de la verificación de su existencia, más que en aquél referido a su formación. Ello porque entendían que, si los Estados debían comportarse de tal modo, como si una norma así lo indicara, entonces la regla ya estaba creada⁸⁶. Al respecto vale destacar que la jurisprudencia internacional nunca ha aceptado esta tesis. Con solo recordar el fallo dictado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso Lotus, veremos que la *opinio juris* ha sido considerada un elemento constitutivo en la formación de una norma de

⁸⁴ Caso del Derecho de Paso por territorio Indio, ob. cit.

⁸⁵ Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II.

⁸⁶ Barberis, ob. cit. pp. 92-5. En igual sentido el mismo autor en su otra obra: "Fuentes del Derecho Internacional", Editorial Platense. 1973. pp. 67/73.

la costumbre internacional. Dicho caso es, tal vez, la primera ocasión en que la jurisprudencia internacional ha tenido ocasión de expedirse acerca de la *opinio iuris* al entender que Francia no había probado suficientemente que las abstenciones por parte de los Estados en orden a ejercer su jurisdicción en casos de siniestros en alta mar en situaciones en que no son Estado de pabellón (que Francia había presentado, alegando la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario en ese sentido), estaban guiadas en la convicción de estar obrando jurídicamente, es decir, no había quedado acreditada la existencia de la *opinio juris*⁸⁷.

En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte se refirió a la *opinio juris*, indicando que la regla de la equidistancia había sido elaborada por la CDI a modo experimental y no como *lege ferenda*, confirmando que es necesaria la existencia de *opinio juris*, para la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario⁸⁸.

En el año 2016 la Comisión decidió (de acuerdo a los artículos 16 a 21 de su Estatuto), trasmitir –mediante el Secretario General– el proyecto de conclusiones a los gobiernos para que formularsen observaciones y comentarios y se las remitiesen al indicado funcionario internacional, antes del 1 de enero de 2018. Ello generó que el tema no sea tratado durante el año 2017.

A continuación, analizaremos el informe final elaborado en el año 2018.

III.3) La identificación del Derecho Consuetudinario. La culminación del trabajo de la CDI en el año 2018

El 13 de noviembre de 2018, la Sexta Comisión de la Asamblea General elaboró su informe acerca del tema titulado: “informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor en su 70º periodo de

⁸⁷ Lotus (Francia vs. Turquía), ICPJ, Sentencia del 7 de setiembre de 1927.

⁸⁸ Cf. Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (Dinamarca – Países Bajos v. Alemania), ob. cit, par. 77.

sesiones”, mediante su relatora la Sra. Nadia Alexandra Kalb (Austria)⁸⁹. Allí informó que, con fecha 13 de noviembre, en su 35ª sesión, el Representante de Georgia, en nombre de la mesa, presentó un proyecto de resolución titulado: “identificación del derecho internacional consuetudinario”⁹⁰, el cual ha sido aprobado en la misma sesión sin someterlo a votación. A consecuencia de ello, la Sexta Comisión recomendó a la Asamblea General que apruebe el proyecto de resolución respectivo⁹¹.

Sobre la base del antecedente indicado previamente, la Asamblea General debatió el tema en su sesión plenaria desarrollada el 20 de diciembre de 2018⁹². En dicha ocasión, la presidenta de la Asamblea indicó que se proponía a ese órgano deliberativo, por parte de la Sexta Comisión, el Proyecto de Resolución III del informe de la Comisión⁹³, el cual quedó aprobado bajo el número de resolución 73/203⁹⁴ y que finalmente ha sido aprobado en la misma fecha⁹⁵.

Las conclusiones y comentarios de la CDI en relación al derecho internacional consuetudinario –tal como surge de los debates de la Comisión, conforme lo analizamos en el párrafo anterior–, persiguen el objetivo de convertirse en una herramienta eficaz y útil para los Estados y todos aquellos que puedan encontrarse en la necesidad de identificar normas de derecho internacional consuetudinario y, a consecuencia de ello, surge también como prioritario su difusión y conocimiento⁹⁶.

En lo sustancial, el trabajo de la Comisión se compone de dieciséis conclusiones, con sus comentarios, y está estructurado en siete partes a saber: I. Introducción (conclusión 1); II. Enfoque básico (conclusiones 2 y 3); III. Una práctica general (conclusiones 4, 5, 6, 7, y 8); IV. Aceptada como derecho – *opinio juris* – (conclusiones 9 y 10); V. Alcance de ciertos medios de identificación del derecho internacional consuetudinario (conclusiones 11, 12, 13 y 14); VI. Objeto persistente

⁸⁹ A/73/556.

⁹⁰ A/C.6/73/L.24.

⁹¹ A/73/556 *ob. cit.*, párrafo 12 y proyecto de resolución III, P. 3.

⁹² A/73/PV.62, correspondiente a la 62ª sesión plenaria. Ver tema 82, pp. 4/5.

⁹³ A/73/556 *ob. cit.*, pp. 15/9.

⁹⁴ A/73/PV.62, *ob. cit.*, p. 5.

⁹⁵ 62ª sesión plenaria, 20 de diciembre de 2018 A/RES/73/203.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 2.

(conclusión 15); y VII. Derecho Internacional Consuetudinario particular (conclusión 16).

Como primera reflexión, podemos afirmar que la Comisión respetó el plan de trabajo trazado en los años 2011 a 2014 en cuanto a los recortes que han sufrido ciertos abordajes del tema, como por ejemplo I. el relacionado con el *jus cogens* al cual tan solo se lo menciona cuando es necesario (conclusión 15 en su párrafo tercero), II. La interacción del derecho internacional consuetudinario con otras fuentes remitiéndose solo a las necesarias para señalar los medios que permiten identificar a las normas de derecho internacional consuetudinario (conclusiones 11 a 14); III. En relación al elemento de la praxis, pues, finalmente quedó reflejado que solo la práctica de los Estados contribuye a la formación del derecho internacional consuetudinario (conclusión 4), pudiéndose incluir en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales, no así la de otros actores, aunque puede ser pertinente en casos particulares. En su comentario, el Relator Especial justifica ello indicando que los Estados son los sujetos principales del derecho internacional, desempeñando una función relevante en la formación del derecho internacional consuetudinario. En tal sentido, cita el ya indicado caso de las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua cuando se afirmó que para poder “...examinar cuáles son las normas de derecho internacional consuetudinario aplicables al presente litigio...tiene que dirigir su atención a la práctica y la opinio iuris de los Estados...”⁹⁷. Por esta razón es que optó por centralizar el elemento material en la práctica de los Estados y solo cuando corresponda, la que desarrollen las organizaciones internacionales excluyendo, en el caso de estas últimas, la práctica establecida por la organización, es decir, la que forma parte de las reglas de la organización, tal como lo define el proyecto de Convención de Viena de 1986 que incluye a las organizaciones internacionales, regulando los tratados que ellas celebran. Como en la actualidad esa convención no ha sido aprobada, dichos tratados se regulan por el derecho internacional general.

Aclara una segunda cuestión al respecto indicando que tampoco contribuyen a la formación del derecho internacional consuetudinario, la

⁹⁷ Cf. A/73/10 p. 141 en donde se refiere al asunto Military and Paramilitary...ob. cit.

práctica que lleven adelante, actores internacionales tales como ONG, agentes no estatales y empresas transnacionales. Pensamos que ello era previsible a la luz de las nuevas dinámicas e interacciones en el derecho internacional contemporáneo y en ámbitos propios del Derecho Económico Internacional o del Derecho Internacional Humanitario y las “nuevas guerras” que nos plantea. Como punto IV) destacamos que la Comisión mantuvo también lo decidido respecto a las denominaciones posibles de la norma en trato, tal como expusimos en el apartado anterior, dado que optó por utilizar la denominación “derecho internacional consuetudinario” en todas las conclusiones por ser de uso común y lo que refleja más claramente la fuente del derecho internacional, aclarando dos cuestiones que nos resulta relevante señalar: por un lado, expresiones tales como “costumbre”, “costumbre internacional”, “derecho consuetudinario internacional”, “derecho de gentes” y “derecho internacional general”, pueden ser usadas en otros instrumentos y, por otro, cuando en las conclusiones elaboradas, se haga referencia a “normas del derecho internacional consuetudinario”, ello incluye aquellas que pueden ser consideradas “principios” por ser de carácter más general y fundamental, citando como argumento de ello lo dicho por la Corte Internacional de Justicia en el asunto referido a la delimitación de la frontera marítima en el golfo de Maine (CIJ, 1984) al indicar que “...la asociación de los términos “normas” y “principios” no es más que el uso de una expresión dual para transmitir una misma y única idea...”⁹⁸. Por último, también reiteró que las tareas de identificación del derecho internacional consuetudinario no están vinculadas directamente con la formación de estas, no obstante, en la práctica no siempre puede concretarse esa disociación lo cual se ve reflejado en las diferentes conclusiones⁹⁹.

Conforme lo que surge del trabajo final de la Comisión, podemos afirmar que la norma de derecho internacional consuetudinario y su proceso de identificación se encuentran determinados por una práctica general que debe ser aceptada como derecho (*opinio juris*) que requiere un análisis detallado de la prueba de cada elemento. Si recordamos las palabras del maestro Julio Barberis, el jurista coincide en afirmar que el derecho consuetudinario internacional se verifica mediante la

⁹⁸ *Ibidem*, p. 134, nota al pie nro. 668.

⁹⁹ *Ibidem*, comentario a la conclusión 1.

constatación de dos elementos: la *praxis* y la *opinio juris*¹⁰⁰. Ambos elementos deben estar presentes para poder identificar a una norma de derecho internacional consuetudinario. Si se carece de *opinio juris*, estaremos ante un uso o cortesía internacional (que, como tal, no trasciende al plano jurídico, en concordancia con la conclusión 9). En cambio, si se carece de una práctica reiterada y uniforme, estaríamos –según lo afirma la Comisión– ante una mera aspiración¹⁰¹. En este punto, vale destacar que la CDI no abre el análisis expreso de la cuestión de la llamada “costumbre moderna”, ni tampoco la “costumbre internacional instantánea” esgrimida por Cheng y ya tratada por nosotros anteriormente¹⁰². Al respecto corresponde decir que la Comisión parecería haber dado por sentado la existencia de ambos elementos en la formación de la costumbre internacional, sin entrar a analizar “otros” posibles modos más rápidos de formación de dichas normas, tal vez porque lo haya entendido como un debate superado. No obstante vale aclarar en este punto que el Relator Especial en el comentario indicó que el enfoque basado en dos elementos (que se califica de “inductivo”) se diferencia de los llamados “deductivos” que permiten determinar la existencia de normas sin acudir a pruebas empíricas de una práctica general y su aceptación como derecho (*opinio juris*), aclarando que el método elegido no excluye –con la debida prudencia– el uso de la deducción como herramienta de identificación, no obstante lo cual, no se ve reflejado ello en las conclusiones.

En cuanto a la valoración, características y formas para establecer ambos elementos, la Comisión adoptó criterios bastante amplios y flexibles indicando que se debe valorar el contexto general, la naturaleza de la norma, y circunstancias debiéndose determinar su existencia por separado (conclusión 3), por diversas formas, indicando a título enunciativo, la correspondencia diplomática, los actos legislativos, administrativos y judiciales, las declaraciones hechas en nombre del Estado y dictámenes jurídicos gubernamentales, entre otros (conclusiones 5, 6, 7, 8 y 10).

Las conclusiones también demuestran las clásicas interacciones de la norma de derecho internacional consuetudinario con los tratados

¹⁰⁰ Barberis, Julio: formación.... ob. cit, p. 255.

¹⁰¹ Comentario a la conclusión 2, A/73/10 p. 136.

¹⁰² Ver nota 39 y su referencia en el texto.

(conclusión 11) así como con las resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales¹⁰³.

Las conclusiones 13 y 14 de la Comisión refieren a las fuentes formales en sentido amplio del derecho internacional, que tienen como función verificar la existencia de sus normas. Estas están referenciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como medios auxiliares. Al respecto nos interesa destacar que la Comisión incorporó también las decisiones jurisdiccionales nacionales a los efectos de verificar la existencia y contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario ya que, como explicó el Relator Especial en su comentario a la conclusión 13, las decisiones de cortes nacionales pueden cumplir una doble función en la codificación del derecho internacional consuetudinario como práctica y como prueba de la aceptación como derecho y, por otro lado, como un medio auxiliar.

Interesa destacar que el Relator Especial, en sus comentarios a la conclusión 13, refirió al término “medio auxiliar” y entonces dijo que no son fuentes de derecho internacional en sí misma (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho) pero que el uso de la expresión “medios auxiliares” no da a entender (ni pretende ello) que esas decisiones no sean importantes para identificar el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁴.

En relación a la figura del objeto persistente, la conclusión 15 indica que su invocación está sujeta a ciertos requisitos: a) debe distinguirse del caso en que la oposición a la formación de la norma es general, impidiendo por completo su cristalización como tal y b) el Estado objeto debe impedir que la norma se cree y/o una vez creada ella, tratar que no se le aplique, es decir, que no le sea oponible¹⁰⁵. Claramente esta doctrina no puede invocarse frente a normas del *jus cogens*, ni ante aquellas que revistan naturaleza *erga omnes*.

En su última conclusión, la Comisión trató el tema del derecho internacional consuetudinario particular, regional, local o de otra índole, como aquella norma que se aplica entre un número limitado de Estados e

¹⁰³ Ver nota 37 y su referencia en el texto.

¹⁰⁴ Comentario a la conclusión 13, A/73/10 p. 163.

¹⁰⁵ Comentario a la conclusión 15, A/73/10 p. 166.

incorporó la regla de prueba y determinación emanada de la jurisprudencia la cual indica que quien alegue la existencia de una norma del derecho internacional consuetudinario particular, le será necesario acreditar su existencia y que la misma vincula a esos Estados¹⁰⁶. Aclara también que la cuestión del derecho internacional consuetudinario particular se agregó como última conclusión porque las otras conclusiones también se aplican, en general, a la identificación de las normas de esta clase salvo que se establezca otra disposición expresa en alguna de las conclusiones.

IV. Conclusiones. Reflexiones finales a modo de colofón

Como primera reflexión de todo lo leído y analizado para escribir estas líneas, así como lo que surge de la lectura del informe final acerca de la identificación del derecho internacional consuetudinario, corresponde señalar que la Comisión de Derecho Internacional, ha cosechado éxito en su misión de promover estudios tendientes al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho internacional. Desde luego que, dada la calidad de órgano subsidiario de la Asamblea General que tiene la Comisión, tal congratulación también es dirigida a dicho órgano deliberativo de Naciones Unidas y a la Sexta Comisión, de acuerdo al procedimiento que explicamos en la parte A) del presente trabajo.

La afirmación que realizamos encuentra sustento en la destacada tarea que ha desempeñado desde su creación, dejando un legado importantísimo para el derecho internacional actual y para la comunidad jurídica presente y futura. Ello hemos tratado de resaltarlo en la parte A) del presente trabajo, incorporando una referencia a los aportes más relevantes en materia de fuentes del Derecho Internacional, pero que desde luego, no se agota allí y se expande a todo el derecho internacional, pudiendo afirmar que la gran mayoría del derecho internacional codificado ha sido resultado de intensos y exhaustivos trabajos de la Comisión y sus distintos miembros que, a cargo cada uno de diversos temas, han sabido ir ordenando el derecho internacional vigente al momento de adoptarse la Carta de Naciones Unidas. Si

¹⁰⁶ Caso Derecho de Paso, ob. Cit., Caso del Derecho de Asilo (Colombia c. Perú), fallo del 20 de noviembre de 1950, ICJ Reports, 1950 pags, 266 y ss, en especial, 277.

recordamos los intentos de codificación hasta ese momento, y sus resultados poco (o nada) exitosos (con algunas excepciones muy particulares), vemos que esa consideración, hacia la labor de la Asamblea General a través de la CDI en cumplimiento del artículo 13 de la Carta, no es en vano.

En materia de fuentes, el acervo de la CDI es exponencial. No solo ha elaborado los dos proyectos de convenciones de Viena sobre tratados (1969 – 1986), la primera en vigor y la segunda no actualmente pero que es considerada como herramienta sistematizadora de la práctica en la materia, sino que se ha ocupado de la elaboración de los principios rectores en materia de actos jurídicos unilaterales, la elaboración de directrices en materia de reservas a los tratados internacionales, la interpretación de los tratados con criterios dinámicos y evolutivos, así como su aplicación provisional. También se ocupó del efecto de los conflictos armados en los tratados, de los principios generales del derecho y el *jus cogens*. Algunos de ellos, permaneciendo en su agenda actual y generando grandes expectativas en la comunidad jurídica por sus posibles resultados y otros ya terminados, considerándose hoy un gran aporte a la teoría de las fuentes del derecho internacional.

La composición de la Comisión, dada por cuadros técnicos referentes en los ámbitos gubernamental y/o académico de sus Estados, así como la diversidad geográfica y de sistemas jurídicos que se exige con cada conformación, actúan como garantía de calidad de sus trabajos así como de “aceptabilidad” de los mismos, dado que como los juristas que la integran, en la mayoría de los casos, tienen vinculación directa o indirecta con los gobiernos, pueden estar en condiciones de “conocer”, “percibir” el nivel de “consenso” o de receptividad que un futuro proyecto aprobado por la Comisión, vaya a recibir en su tratamiento en la Asamblea General y/o en una Conferencia de plenipotenciarios.

Por lo expuesto hasta aquí, creemos que el derecho internacional actual no sería el mismo sin el legado producto de estos más de setenta años de trabajo incesante de la Comisión, en un esfuerzo mancomunado con la Sexta Comisión de la Asamblea General, con el propio órgano deliberativo de la organización, así como con otros órganos de Naciones Unidas, tales como la Secretaría General quien se encarga de difundir y publicar su obra, tal como indicamos en la parte A) del trabajo y al

analizar el informe acerca de los medios para hacer más asequible el derecho internacional consuetudinario.

Con la Corte Internacional de Justicia, existe un “reconocimiento mutuo e interacción” dado que la CDI muchas veces cita y se vale de sus pronunciamientos para elaborar argumentaciones, lo hemos visto al analizar los debates de la Comisión en los años 2011 a 2016, como también a veces es la propia Corte que se refiere, no solo a “productos jurídicos” surgidos de la Comisión, sino también a su labor, sus objetivos y/o metas, por ejemplo, cuando indicó en su clásica sentencia en el asunto de la plataforma Continental del Mar del Norte que la Comisión ha elaborado la regla de la equidistancia a modo experimental y no *lege ferenda*, tal como comentamos oportunamente. También mediante sentencias, y/u opiniones consultivas, la Corte Internacional de Justicia y otras jurisdicciones internacionales, aplican criterios, doctrinas y verificaciones emanadas de trabajos de la Comisión.

Ante el escenario descrito en cuanto al importante patrimonio que nos deja la Comisión en materia de fuentes, y entrando a reflexionar sobre los temas analizados en la parte b) del presente trabajo, se deduce que el Derecho Internacional Consuetudinario no podía ser la excepción a la regla “fáctica” que indica que la Comisión ha trabajado todas las fuentes del derecho internacional, en diferentes momentos y bajo dinámicas distintas en cada caso. Como analizamos, la Comisión trabajó el tema en dos fases de trabajo, cada una con características y mandatos diferentes. Uno de esos periodos, lo podemos situar en los primeros años de vida de la Comisión y en cumplimiento de lo indicado por su propio estatuto constitutivo en su artículo 24. El informe de 1950 ha sido revelador de los medios existentes a ese momento, para hacer más asequible el derecho internacional consuetudinario. Por la época y el grado de avance de los medios de difusión de la información, el trabajo de la Comisión ha venido a resultar de gran utilidad para la comunidad jurídica así como para los órganos técnicos y políticos de los gobiernos al momento de identificar normas del derecho internacional consuetudinario. No obstante, era necesaria una actualización del tema y, si bien los trabajos comenzados en el año 2011 reflejaron un objetivo diferente (el de identificar una norma de derecho internacional consuetudinario), la referencia a los modos para hacerlo más asequible,

no estuvo ausente y se hizo evidente en uno de los memorando de la Secretaría, así como en las conclusiones finales de la Comisión.

Por su parte, el informe final del Relator Especial incluyendo las conclusiones con sus comentarios, que recibieron la aprobación tanto de la Comisión como de la Asamblea General, guardan el enorme valor de haber surgido de un proceso de minucioso estudio por parte del miembro de la CDI que ejercía la relatoría para ese tema, así como de un debate en el pleno de la Comisión que lo enriqueció con los argumentos y posturas teóricas más sólidas y, desde luego, los aportes de la Asamblea General, fundamentalmente, a través de su Sexta Comisión.

Cerramos el presente trabajo, con las palabras de la propia Comisión al referirse a la importancia del tema, en orden a “...entender este proceso de formación e identificación... [de normas del derecho internacional consuetudinario] ...llegar a una interpretación común del proceso, podría ser de gran importancia práctica, máxime teniendo en cuenta que quienes se ven enfrentados a las cuestiones del derecho internacional consuetudinario son, de modo creciente, personas que quizá no sean especialistas en derecho internacional...”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cf. Anexo A del Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2011, A/66/10, parr. 3.