

HORTENSIA D.T. GUTIERREZ POSSE  
N. GLADYS SABIA DE BARBERIS  
SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLEONI  
RICARDO ARREDONDO  
CLAUDIA G. GASOL VARELA  
LEOPOLDO M. A. GODIO  
MARCOS NELIO MOLLAR  
PAULA VERNET  
TAMARA G. QUIROGA  
LAUTARO M. RAMÍREZ

# TEMAS JURISDICCIONALES EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**CARI** / CONSEJO ARGENTINO PARA LAS  
RELACIONES INTERNACIONALES

TEMAS JURISDICCIONALES EN MATERIA  
DE DERECHO INTERNACIONAL

# TEMAS JURISDICCIONALES EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL

HORTENSIA D. T. GUTIERREZ POSSE / N. GLADYS SABIA DE BARBERIS /  
SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO / RICARDO ARREDONDO /  
CLAUDIA G. GASOL VARELA / LEOPOLDO M. A. GODIO /  
MARCOS NELIO MOLLAR / PAULA VERNET /  
TAMARA G. QUIROGA / LAUTARO M. RAMÍREZ

2017

Temas jurisdiccionales en materia de derecho internacional / Hortensia D.T. Gutiérrez Posse ... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI, 2017.

349 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-1558-17-9

1. Derecho Internacional. I. Gutiérrez Posse, Hortensia D.T.  
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, 2017  
Uruguay 1037, piso primero  
C1016ACA Buenos Aires, Argentina  
Teléfono 4811-0071 al 74

Diseño de tapa: *Marcelo Iglesias*  
Diagramación y corrección: *Marcelo Iglesias*

Prohibida su reproducción total o parcial  
Derechos reservados

## INDICE

Prólogo <i>Hortensia D. T. Gutierrez Posse</i> .....	9
Apuntes sobre “el precedente” ¿fuente del derecho internacional general o derecho a aplicar por un tribunal internacional? <i>Hortensia D. T. Gutierrez Posse</i> .....	11
Opiniones consultivas obligatorias de la Corte Internacional de Justicia o ¿efectos obligatorios de ciertas opiniones consultivas? <i>N. Gladys Sabia de Barberis</i> .....	23
Interpretación de sentencias en derecho internacional <i>Silvina S. González Napolitano</i> .....	59
Reflexiones en torno al sistema de solución de diferencias de la OMC. Sus implicancias para la Argentina <i>Ricardo Arredondo</i> .....	95
La aparición de regímenes normativos, autónomos y contrapuestos en la solución jurisdiccional de conflictos (Comercio y medio ambiente) <i>Claudia G. Gasol Varela</i> .....	123
Las excepciones facultativas al sistema de solución de controversias de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982: las actividades militares <i>Leopoldo M. A. Godio</i> .....	169

El alcance de las facultades del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con relación a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional <i>Marcos Nelio Mollar y Paula M. Vernet</i> .....	237
La competencia de las jurisdicciones internacionales penales <i>Tamara G. Quiroga</i> .....	261
La solución de controversias prevista en los Acuerdos Mega Comerciales y los nuevos desafíos para la Organización Mundial del Comercio <i>Lautaro M. Ramírez</i> .....	325

## PRÓLOGO

La pluralidad de jurisdicciones internacionales intervinientes en la solución de controversias sobre las distintas materias reguladas al presente por el derecho internacional y sus ramas ha sido motivo del trabajo del Instituto de Derecho Internacional que ahora se presenta.

En la confianza de que su lectura sea útil no sólo para quienes se especializan en las distintas áreas que aquí se abordan sino que también despierte el interés de los jóvenes que inician sus estudios sobre el escenario internacional, sus problemas y sus ventajas, la elección de los diferentes temas ha intentado considerar aspectos de la realidad actual de las relaciones internacionales y de sus protagonistas.

Así, se aborda la cuestión de la responsabilidad internacional penal del individuo y el hecho de que sus conductas puedan ser juzgadas por una jurisdicción internacional; jurisdicción que, si bien de naturaleza voluntaria, cuando es ejercida, su independencia como tribunal en algún modo podría verse relacionada con la política a través de las facultades que son propias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; aspectos –éstos– que están alcanzados por las contribuciones de Marcos N. Mollar y Paula M. Vernet así como por la de Tamara G. Quiroga.

Temas relevantes, no sólo en el ámbito del derecho, sino en particular en lo que hace a la Argentina, como lo son el medio ambiente, el mar y la actividad comercial en el plano mundial, están examinados desde distintos aspectos por los estudios llevados a cabo por Ricardo Arredondo, Claudia G. Gasol Varela, Lautaro M. Ramírez y Leopoldo M. A. Godio.

Y, por cierto, si el objetivo de esta obra son los temas jurisdiccionales en materia de solución de controversias en el ámbito del derecho internacional, la problemática de sus fuentes –esto es, de los procesos de creación de este ordenamiento jurídico– no podía ser dejado de lado. A esta temática se refieren las presentaciones de N. Gladys Sabia de Barberis y Hortensia D.T. Gutierrez Posse. Otro tanto cabe decir en relación con la contribución de Silvina González Napolitano, puesto que la solución de una controversia se inserta en la sentencia que dicte la jurisdicción de que se trate y este acto jurídico, al ser aplicado, necesariamente es interpretado.

Antes de cerrar esta presentación de los trabajos del Instituto, vaya nuestro reconocimiento a quien, no sólo contribuyó con su labor académica, sino que –a más– llevó adelante una tarea ardua y a veces no fácil como lo es la compilación y coordinación de la obra; decimos –así– gracias a Leopoldo M. A. Godio.

Hortensia D.T. Gutierrez Posse  
Buenos Aires, diciembre de 2016.

APUNTES SOBRE “EL PRECEDENTE”  
¿FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL O DERECHO A  
APLICAR POR UN TRIBUNAL INTERNACIONAL?

*Hortensia D. T. Gutierrez Posse*<sup>\*</sup>

SUMARIO: I. Introducción; II. Las fuentes del derecho internacional general y el precedente; III. El derecho a aplicar por un tribunal internacional y el precedente; IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las fuentes de un determinado ordenamiento jurídico son los procedimientos que ese mismo ordenamiento establece como aptos para crear derechos y obligaciones en su ámbito. En lo que hace al derecho internacional general se suele identificar a estos procedimientos de creación de sus reglas con los mencionados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J. o “la Corte”, indistintamente) en tanto que en dicha norma se precisa que la función de este tribunal es la de *decidir conforme al derecho internacional* (énfasis agregado).

En esta disposición se establece que la C.I.J. –al decidir– deberá aplicar las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho. En lo que hace a las decisiones judiciales se señala que a ellas cabe acudir en tanto que medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho; esto es, que la jurisprudencia de esta Corte no crea derecho general sin perjuicio de que –conforme también se establece en el Estatuto– ella sea vinculante para las partes en litigio y en el caso que se decide.

Aun cuando pueda decirse que la C.I.J. es cuidadosa de referirse en sus decisiones a las conclusiones a las que pudiese haber llegado en casos anteriores en relación con la existencia y el alcance de una determinada norma jurídica, esto no ha de significar que se sienta obligada por los

---

<sup>\*</sup> Profesor emérito Facultad de Derecho (U.B.A.).

precedentes ya que –según se acaba de señalar– ellos no están contemplados en el instrumento que la crea como derecho que ha de aplicar sino como medio al que puede acudir para precisar el sentido y alcance de una norma jurídica que se exprese a través de un tratado, una costumbre o un principio general de derecho.

Ahora bien, si se tiene presente la naturaleza jurídica de tratado del Estatuto del Tribunal, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, nada impediría que en otro instrumento constitutivo –también de un tribunal internacional– se incluyese, o no, al precedente entre el derecho a aplicar por tal instancia jurisdiccional; por cierto, siempre que por tal vía no se violase una norma imperativa del derecho internacional general, como ha de ser en relación con todo tratado internacional.

Es decir, que cabría distinguir entre las fuentes del derecho internacional general –esto es, los procesos de creación de este ordenamiento– y el derecho a aplicar por un determinado tribunal internacional –teniendo en cuenta la naturaleza voluntaria de su jurisdicción– ya que podría incluirse en su instrumento constitutivo al precedente como derecho a aplicar si así se acordase en función de su competencia material, personal, temporal o espacial.

A la distinción entre estos dos aspectos, el precedente como proceso de creación del derecho internacional y el precedente como derecho a aplicar en sus decisiones por una determinada instancia jurisdiccional internacional, se dedicarán las páginas que siguen.

## II. Las fuentes del derecho internacional general y el precedente

Las fuentes de un determinado ordenamiento jurídico son los procedimientos que ese mismo ordenamiento instituye como procesos a través de los cuales se pueden crear derechos y obligaciones en su ámbito<sup>1</sup>. En lo que hace al derecho internacional, la práctica cumplida con

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Td. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1952, pp. 259 y ss.

conciencia de obligatoriedad, desde sus orígenes<sup>2</sup>, reconoce en tanto que procesos válidos de creación de sus normas jurídicas a los tratados –como los acuerdos de voluntades que generan derechos y obligaciones para quienes son las partes–; la costumbre –como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho– y los principios generales de derecho reconocidos en los sistemas jurídicos del mundo. Esta costumbre, cuando se crea en 1920 una jurisdicción internacional institucionalizada –la Corte Permanente de Justicia Internacional– se codifica en el Estatuto que la establece como derecho a aplicar por este tribunal<sup>3</sup>, excluyendo por tal vía toda posibilidad de que la jurisdicción se vea tentada de crear derecho ante un caso de especie.

En un ordenamiento descentralizado, como lo es el derecho internacional general, basado en la igualdad soberana de los Estados, son ellos quienes a través de sus acuerdos de voluntades crean las normas jurídicas a las que se someten, pudiendo –si así lo entendiesen pertinente– delegar esta capacidad en sujetos que ellos instituyan<sup>4</sup>.

Al crearse la C.I.J. en 1945, como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, la disposición del Estatuto de la C.P.J.I. se retomó, precisándose –ahora– en el texto del Estatuto que su función es decidir conforme al derecho internacional, debiendo aplicar los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> La constitución progresiva del Estado moderno contribuyó a la formación y el desarrollo del derecho internacional a partir de la noción de soberanía como criterio esencial a la existencia del Estado, dando lugar a un nuevo ordenamiento jurídico –esencialmente entre Estados– desde la conclusión de los tratados que conformaron en 1648 la Paz de Westfalia; esto es, de acuerdos de voluntades que –como era de práctica– generarían para las partes derechos y obligaciones y habrían de ser respetados por ellas –conforme a un principio general de derecho reconocido en los sistemas de derecho interno– de buena fe; véase, entre otros, CARRILLO SALCEDO, Juan A., *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 21-22.

<sup>3</sup> Antecedente de esta norma era el artículo 7 de la Convención de La Haya de 1907, que creaba una Corte Internacional de Presas, la que no entró en vigor.

<sup>4</sup> Tal el caso de los artículos 25, 27, 39 y concs. Carta O.N.U. por los que los Estados delegan en el Consejo de Seguridad de la organización la capacidad de adoptar normas vinculantes en cuestiones que hacen al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

<sup>5</sup> Estatuto C.I.J., artículo 38, se ha señalado que la significación atribuida a esta norma reside en que se la percibe como declaratoria del derecho internacional en materia de fuentes Cfr.

Ahora bien, es indudable que sus decisiones, al igual que las de su predecesora, verifican el derecho existente cuando la fuente es consuetudinaria o se trata de un principio general de derecho, por lo que al emprenderse la tarea de codificar el derecho internacional, en tanto que sistematización de la costumbre, la referencia a la jurisprudencia de la Corte suele ser habitual<sup>6</sup>. Sus decisiones, al igual que las de su predecesora la C.P.J.I., a través de la práctica de mencionar en forma sistemática y reiterada decisiones previas, constituyen uno de los hechos que más han colaborado en el desarrollo de esta rama del ordenamiento jurídico<sup>7</sup>.

En efecto, si bien sus decisiones sólo tienen la autoridad de la cosa juzgada para las partes y para el caso que decide, como el mismo tribunal lo ha expresado, si en una decisión declaratoria define una norma del derecho internacional consuetudinario o interpreta un tratado que ha de seguir en vigor, la doctrina de la sentencia que dicte será aplicable en el futuro<sup>8</sup>. Esto es que, para esta instancia jurisdiccional, los aspectos de derecho que precisa han de tener un alcance general, aún cuando el resultado del caso en el que ha conocido sólo tenga efecto entre las partes en el litigio. Es decir que a través de sus decisiones no crea derecho internacional general, incorporando al precedente como una nueva fuente de este ordenamiento, sino que su labor en la especie es la de precisar el derecho vigente –convencional o consuetudinario– interpretándolo y, por ende, señalando su alcance.

---

ABI-SAAB, Georges, “Les sources du droit international: essai de déconstruction”, en Manuel Rama-Montaldo (dir.), *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum, en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1994, p. 36.

<sup>6</sup> A título de ejemplo cabe evocar, entre otros, a los informes de la Comisión de Derecho Internacional preparatorios de la labor de los Estados en la elaboración de la Convención sobre el Derecho de los Tratados; en particular, en lo que se refiere al sistema de las reservas en los tratados multilaterales; sin embargo, en otros supuestos, el criterio que se había seguido fue rechazado por la Comisión; tal el sentado por la C.P.J.I. en el caso del *Lotus*, que fue desestimado cuando correspondió a la Comisión preparar un proyecto sobre Derecho del Mar.

<sup>7</sup> Cfr. PODESTÁ COSTA, Luis A. & RUDA, José María, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, T.E.A., t. I, 1979, p. 20.

<sup>8</sup> Cfr. *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I.C.J. Reports 1963*, p. 37.

En tal contexto cabe tener en cuenta que la reiteración de criterios expuestos en casos anteriores similares no implica la creación de derecho sino, muy por el contrario, la expresión de una seguridad jurídica que ha de ser inherente a todo sistema de derecho, sea éste interno o internacional, ya que permite a todos los miembros de una comunidad jurídica saber a qué atenerse en cuanto al alcance de sus derechos y obligaciones<sup>9</sup>.

Asimismo, también es posible referirse a la jurisprudencia de la C.I.J. como una importante manifestación de la práctica internacional, revelando –entre otros elementos– la existencia de una norma jurídica y su alcance<sup>10</sup>. En efecto, no cabe ver en la jurisprudencia una fuente autónoma del derecho internacional, distinta de la costumbre, aún cuando reglas que se deduzcan de sentencias puedan imponerse como normas consuetudinarias cuando se apoyan en decisiones lo suficientemente constantes como para que quepa afirmar que han recibido la aceptación general de los Estados como derecho. En ese sentido se ha afirmado que la jurisprudencia puede ser un elemento en la formación y un modo de expresión de la costumbre con lo que cabría decir que es una fuente de la costumbre al considerársela como elemento de prueba de la práctica, lo que no significaría que fuese una fuente de derecho distinta e independiente de la costumbre<sup>11</sup>, sino un factor constitutivo de la norma consuetudinaria<sup>12</sup>.

Las decisiones de la C.I.J., al igual que las de su predecesora, es indudable que influyen en el desarrollo del derecho internacional ya que tienden a ser invocadas como testimonios autorizados de las normas de este ordenamiento jurídico, inspirando –asimismo– decisiones judiciales posteriores ya que –como se ha afirmado– al integrarse en una jurisprudencia constante, los precedentes contribuyen a cristalizar y

---

<sup>9</sup> Cfr. BARBERIS, Julio A., *Fuentes del derecho internacional*, La Plata, Editorial Platense, 1973, pp. 264 y 282; BARBERIS, Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 208.

<sup>10</sup> GIULIANO, Mario [et. al.], *Diritto internazionale*, Milano, Dott. A.Giuffrè editore, 2° ed., t. I, 1983, pp.305 y ss.

<sup>11</sup> DE VISSCHER, Charles, “La codification du droit internationale”, *RCADI*, Vol. 6, t. I, 1925, pp. 357 y ss.

<sup>12</sup> WITENBERG, Joseph-Charles, “La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales”, *RCADI*, Vol. 41, t. III, 1932, pp. 15 y ss.; BARBERIS, Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1994, pp. 215 y 220.

consolidar las normas de derecho internacional<sup>13</sup>.

En substancia, como el propio tribunal lo ha señalado, la Corte no es un órgano legislativo sino que su misión consiste no en crear derecho sino en aplicarlo en la forma que existe<sup>14</sup>. Esto es, que el principio del derecho anglosajón del *stare decisis* no se ha receptado en el derecho internacional general<sup>15</sup> como procedimiento autónomo de creación de norma jurídica, sin perjuicio de que la justicia internacional sea considerada como un criterio de la interpretación, generando los efectos de una creación jurídica, al poder llegar a entenderse como una forma de manifestación del derecho vigente<sup>16</sup>, teniendo un carácter esclarecedor de las fuentes primarias<sup>17</sup> y contribuyendo al desarrollo del derecho de fondo al ser la C.I.J. un tribunal internacional de carácter permanente<sup>18</sup>.

En el derecho internacional, al igual que en todo sistema jurídico, hace a la esencia misma de esa juridicidad que se respete el principio de seguridad jurídica que, en la función jurisdiccional, implica otorgar certeza sobre el sentido y alcance de una norma jurídica –y, aún, de su existencia misma– por lo que es de buena práctica mantener interpretaciones ya brindadas o, si así no fuese, señalar las circunstancias que –en el caso en el que se conoce– imponen apartarse de criterios anteriormente sentados.

Es decir, entonces, que la Corte no aplica la doctrina del precedente, aún cuando sea consistente en la interpretación del derecho<sup>19</sup> en función del principio de seguridad jurídica.

---

<sup>13</sup> BENADAVA, Santiago, *Derecho Internacional Público*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 5ª. ed., 1947, pp. 29 y ss.

<sup>14</sup> Cfr. *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 48.

<sup>15</sup> QUOC DINH, Nguyen [et al.], *Droit International Public*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 363; SHAW, Malcolm N., *International Law*, 2nd. ed., Cambridge, Grotius Publication Limited, 1986, p. 86; GOODHART, Arthur L., “Precedent in English and Continental Law”, 50 *Law Quarterly Review* 40, 1934, p. 41.

<sup>16</sup> KRAUS, Herbert, “La morale internationale”, *RCADI*, vol. 16, t. I, 1927, pp. 506 y ss.

<sup>17</sup> VERDROSS, Alfred, “Règles générales du droit internationale de la paix”, *RCADI*, vol. 30, t. V, 1929, p. 305 y ss.

<sup>18</sup> GUGGENHEIM, Paul, “Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire”, *RCADI*, vol. 40, t. II, 1932, p. 694.

<sup>19</sup> BROWNLEE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 2ª ed., 1973, pp. 19-24.

Así, las decisiones judiciales, en estricto sentido, no constituyen una fuente formal del ordenamiento jurídico pero, en determinadas circunstancias, cabría considerarlas como evidencia autorizada del estado del derecho. Parecería indudable que un cuerpo jurisprudencial coherente tuviese consecuencias para el ordenamiento jurídico<sup>20</sup>.

Por ende, si bien el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. –como se ha afirmado– constituye un precepto estimable por contener un catálogo descriptivo de los procedimientos de creación –o fuentes formales– del ordenamiento internacional<sup>21</sup>, ello no significa que necesariamente su contenido, como tal, constituya el derecho general que toda instancia internacional ha de aplicar puesto que en este ámbito no cabe la existencia de un legislador universal<sup>22</sup>. Esto es, que en el Estatuto los Estados parte codificaron una norma consuetudinaria a la que dieron el carácter de derecho que este Tribunal debe aplicar al decidir pero otra podría ser la situación en relación con otra instancia jurisdiccional si así se concordase al instituir la.

### III. El derecho a aplicar por un tribunal internacional y el precedente

Es facultad de los Estados soberanos, al concordar en decidir una controversia por la vía jurisdiccional, establecer el derecho que el juzgador ha de aplicar; ello así, bien sea que se trate de un tribunal instituido para el caso –tal sería el supuesto de una instancia arbitral<sup>23</sup>– como de una

---

<sup>20</sup> Ídem. Ver los ejemplos allí citados por el autor.

<sup>21</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I., “La apoteosis del consentimiento: de la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y de obligaciones internacionales”, ponencia, *XXII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2002, pp. 7 y ss.

<sup>22</sup> Julio Barboza señala que si se considerase al precedente como creador de una regla general se violaría la soberanía de los Estados que no concurrieron con su voluntad a crear el tribunal internacional que sentase un determinado criterio, “La jurisprudencia internacional como fuente del derecho” en Mauricio Alice [et al.] *Contribuciones al estudio del derecho internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2015, p. 69.

<sup>23</sup> Cabe tener presente al respecto que uno de los puntos que generalmente se incluye en un compromiso arbitral es el que establece el derecho que se ha de aplicar al decidir.

jurisdicción institucionalizada en la que al crearla se hubiese dispuesto *a priori* las fuentes del ordenamiento jurídico a las que cabrá acudir para decidir.

En ese sentido ha de tenerse en cuenta que el instrumento jurídico que instituye un tribunal internacional tiene generalmente la naturaleza jurídica de un tratado internacional<sup>24</sup>; así, el Estatuto que creó la C.I.J. como órgano judicial principal de las Naciones Unidas<sup>25</sup>. En este instrumento jurídico se precisa que el tribunal, al resolver conforme al derecho internacional, puede acudir como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho a las decisiones judiciales<sup>26</sup>. Es decir que el precedente, *per se*, no crea derecho en lo que hace a esta instancia internacional sino que sólo constituye un medio adecuado para precisar el sentido y alcance de una norma jurídica contenida en un tratado o determinar la existencia de una costumbre o de un principio general de derecho por el que las partes en litigio estén vinculados.

Esta disposición del Estatuto reitera lo que se había establecido en el Estatuto de su predecesora, la C.P.J.I., en razón de la prudencia de sus redactores que los llevó a instituir que la función de un tribunal no es la de crear derecho sino la de aplicarlo, no pudiendo sustituirse a quienes tienen esta capacidad en el ordenamiento internacional; esto es, los Estados y aquellos órganos de organizaciones internacionales u otros sujetos del ámbito internacional a los que los Estados les hayan atribuido tal competencia<sup>27</sup>.

Sin embargo, a pesar de que las sentencias de la C.I.J. tienen el valor

---

<sup>24</sup> Como excepción ha de señalarse la creación por Resoluciones del Consejo de Seguridad 808 (1993) y 955 (1994) de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, si bien el órgano los estableció en aplicación de las capacidades que se le otorgan en un tratado internacional; esto es, la Carta de la O.N.U.

<sup>25</sup> Carta O.N.U., artículo 92.

<sup>26</sup> Estatuto CIJ, artículo 38 1. d) en el que se precisa que ello es así sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59; esto es, que la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

<sup>27</sup> En ese sentido el Consejo de Seguridad de la O.N.U., en virtud de las facultades que se le otorgan en los artículos 41 y 29 de la Carta, estableció los Tribunales Penales Internacionales para la ex -Yugoslavia y para Ruanda.

de la cosa juzgada relativa<sup>28</sup>, en función del principio de seguridad jurídica –que ha de presidir todo sistema de derecho– es dable comprobar una cierta continuidad en la doctrina que emana de sus fallos, y aún de los dictados por su predecesora, la C.P.J.I., contribuyendo –por esta vía– al desarrollo del derecho internacional<sup>29</sup>.

En efecto, ya la C.P.J.I. había adoptado la práctica de referirse a sus decisiones anteriores sobre la misma materia a mayor abundamiento y para reforzar y precisar su interpretación de las reglas de derecho vigentes que fuesen pertinentes al caso que había de decidir<sup>30</sup>, estando estas reglas contenidas en tratados, costumbre o principios generales de derecho vinculantes para las partes en el caso que resuelve puesto que éstos son los procesos adecuados para crear derechos y obligaciones entre ellas, según así se estatuye –ahora para la C.I.J.– en el artículo 38 del Estatuto. En ese sentido, ha de tenerse presente que esta norma tiene como destinataria a la Corte por lo que este Tribunal es quien tiene la capacidad de interpretarla, en su carácter de órgano judicial de las Naciones Unidas y en el ejercicio de su jurisdicción y competencia, que –por cierto– no le atribuye el carácter de una suerte de legislador universal<sup>31</sup>.

Es decir que el juez internacional, para resolver un litigio, habrá de determinar si existe o no el concreto derecho o la obligación que un Estado hace valer frente a otro, sin por ello prescindir de la norma o del acto con eficacia normativa que lo establece, cuyo sentido y alcance necesariamente deberá precisar y delimitar a este fin<sup>32</sup>, aplicando para ello el derecho que

---

<sup>28</sup> Ibidem, artículo 59.

<sup>29</sup> LAUTERPACH, Hersch, *The development of international law by the International Court*, London, Steven & Sons Limited, 1958.

<sup>30</sup> Véase, entre otros, el caso de *ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia* en el que el Tribunal afirmó que nada de lo invocado en este procedimiento podía alterar su opinión tal que la había formulado en su opinión consultiva *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits)* n°6; CPJI, *Serie A*, n°7, 1926, p. 31; y en lo que hace a la C.I.J., entre otros, la opinión consultiva sobre *los efectos de las sentencias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas* en la que hace referencia a su opinión consultiva sobre el *Conde Folke Bernadotte. Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, p. 56.

<sup>31</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio, *op.cit.*, p. 23.

<sup>32</sup> GONZÁLEZ CAMPO, Julio D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I. & ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Civitas SCA, 1998, p. 120, donde se

dispone el instrumento constitutivo de la instancia internacional en la que ejerce su función puesto que, precisamente, el primer instrumento al que necesariamente habrá de referirse es aquél que le otorga competencia para ejercer en la especie su jurisdicción.

Es decir, entonces, que los Estados tienen libertad para estipular las reglas que habrá de aplicar un Tribunal que instituyen al decidir controversias en el ámbito internacional<sup>33</sup>; y entre estas reglas puede encontrarse, o no, la jurisprudencia que se haya sentado en casos anteriores.

En ese sentido es interesante señalar a título de ejemplo que, así como en el Estatuto de la C.I.J. se establece que este Tribunal al decidir ha de aplicar los tratados, las normas consuetudinarias o los principios generales de derecho, que en la especie vinculen a las partes en litigio, distinta es la disposición que –con el mismo alcance– contiene otro tratado internacional.

En efecto, en el Estatuto por el que se crea la Corte Penal Internacional se dispone que la Corte Penal aplicará, en un preciso orden jerárquico, en primer lugar, el propio Estatuto conjuntamente con los Elementos de los crímenes para los que se le otorga competencia y sus Reglas de procedimiento y prueba; en segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables y los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados, en una expresa referencia al derecho consuetudinario en este ámbito; en su defecto, los principios generales de derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el propio Estatuto ni con el derecho internacional, ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos; y, por último, se establece que la Corte *podrá* (énfasis agregado) aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en

---

cita en apoyo el caso de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 237.

<sup>33</sup> BARBERIS, Julio A., *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 188.

decisiones anteriores<sup>34</sup>. Es decir que, en este caso, el precedente integra el derecho a aplicar por el Tribunal, aun cuando –en estricto sentido– no se trate de haberle otorgado la facultad de crear derecho, sino –más bien– de una suerte de codificación del principio de seguridad jurídica según el cual todo sistema de derecho impone que no corresponda apartarse de una interpretación otorgada a una norma jurídica si las circunstancias de su aplicación son similares a las de casos anteriores. En efecto, se trata de una facultad otorgada al Tribunal –y no de una obligación– a la que podrá acudir cuando lo estimase pertinente, a diferencia de lo que se dispondría si se hubiese adoptado en este tratado una norma en todo similar a la que rige en el sistema anglosajón.

En este sentido ha de tenerse presente que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se otorga competencia a este tribunal para entender en tal ámbito –esto es, el derecho internacional penal– uno de cuyos principios rectores es el de *nullum crimen sine lege*<sup>35</sup>. Por ende, al autorizarse al Tribunal a aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiese hecho una interpretación en decisiones anteriores, cuando lo entendiese pertinente, si bien se afianzó el alcance de dicho principio no se estableció una obligación. En realidad, es dable interpretar que en el texto de este tratado se logró un compromiso entre la posición del derecho anglosajón en relación con las decisiones judiciales como precedentes obligatorios y la del derecho continental según la cual los pronunciamientos judiciales sólo vinculan a las partes en el caso que se decide. En la especie, esta atribución otorgada a la Corte Penal ha de tener el efecto de contribuir al desarrollo de un cuerpo de normas jurídicas en el ámbito penal, predecible y consistente, lo que contribuye a afianzar el respeto del principio de legalidad<sup>36</sup>, a través de la seguridad jurídica inherente en modo particular a esta rama del derecho sin por ello transformar al juzgador en legislador universal. El precedente, en este ámbito, puede ser usado como criterio para decidir –cuando se lo entendiese pertinente– en tanto que, como se ha señalado, en el sistema anglosajón los jueces están obligados a resolver aplicando el precedente.

---

<sup>34</sup> Estatuto Corte Penal Internacional, artículo 21 “Derecho aplicable”.

<sup>35</sup> Este principio también se encuentra codificado en el artículo 22 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>36</sup> TRIFFERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 445.

#### IV. Conclusiones

La seguridad jurídica es condición esencial a las relaciones entre los Estados así como en los ámbitos internos lo es en lo que hace a los vínculos entre individuos, representando –en uno y otro supuesto– la garantía de una aplicación objetiva de la norma en modo a otorgar certeza sobre su existencia, sentido y alcance.

Por ende, una interpretación coherente del orden normativo internacional por parte de un órgano jurisdiccional no implica que éste ejerza una competencia extraña a su naturaleza jurídica –creando derecho– sino que en el ejercicio de su jurisdicción otorgue certeza sobre el derecho que esté llamado a aplicar, brindando con sus decisiones una suerte de estabilidad al orden normativo.

En consecuencia, en el estado actual del ordenamiento internacional, fruto de las voluntades concordantes de los Estados que reconocen y aceptan las normas por las que se vinculan, la jurisprudencia no comporta un proceso más de creación del derecho sino que es resultado de la determinación de la existencia de una determinada regla jurídica, su sentido y alcance que en casos ulteriores similares puede constituir un medio auxiliar para determinar el derecho que corresponde en la especie.

Por ende, sea que se la mencione con ese carácter de medio auxiliar –como es del caso en el Estatuto de la C.I.J.– o que se habilite expresamente al Tribunal a aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores cuando lo estimase pertinente –tal el caso de la Corte Penal Internacional–, lo cierto es que en ninguno de estos supuestos el tratado instituye procesos de creación del derecho internacional general –esto es, fuentes formales– distintos de los que la práctica asumida generalmente como derecho ha establecido desde los orígenes mismos del derecho internacional.

Una son las fuentes de este ordenamiento y otro el derecho que debe aplicar una determinada instancia jurisdiccional en función de la competencia que se le otorgue y lo que se estime pertinente por quienes la instituyen, pudiéndose mencionar –o no– con tal carácter a criterios sentados en casos anteriores.

# OPINIONES CONSULTIVAS OBLIGATORIAS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA O ¿EFECTOS OBLIGATORIOS DE CIERTAS OPINIONES CONSULTIVAS?

*N. Gladys Sabia de Barberis\**

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Análisis de opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia consideradas obligatorias; II.1. Las partes en un tratado acuerdan que se solicite una opinión consultiva en caso de controversia en cuanto a su interpretación o su interpretación o aplicación; II.2. Opiniones Consultivas en relación con la impugnación de sentencias de tribunales administrativos internacionales; II.2.a) Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas; II.2.b) Tribunal Contencioso Administrativo de las Naciones Unidas; II.3. Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo; III. Casos en que el efecto decisorio no deviene de cláusulas convencionales o estatutarias que así lo determinen, sino del derecho aplicable al caso; IV. Marco teórico; V. Reflexiones finales.

## I. Introducción

La Corte Internacional de Justicia (C.I.J.), constituye, según el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, el órgano judicial principal del organismo y no sólo puede intervenir en las cuestiones litigiosas entre Estados, sino que también puede emitir opiniones consultivas. Están bien establecidos en la Carta los órganos u organismos internacionales que pueden solicitarlas, así como sus efectos. De acuerdo con el artículo 96, están habilitados para ello, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados con

---

\* Directora del Instituto de Derecho Internacional del C.A.R.I.

autorización de la Asamblea General. Estas opiniones consultivas son, en principio, facultativas para el órgano u organismo que las solicita.

Sin embargo, a poco de analizar las opiniones consultivas que ha emitido ese órgano judicial, surge que algunas tienen efecto obligatorio para quienes las requieren como así también para terceros que tienen con los requirentes un vínculo jurídico que lo hace posible.

A fin de profundizar este tema haré una clasificación preliminar de las situaciones que pueden presentarse para luego confrontarlas con las opiniones consultivas emitidas por la C.I.J., que se consideran obligatorias, investigando la fuente de la que surge esa presunta obligatoriedad.

En primer lugar trataré a aquéllas en que los órganos u organismos que piden la opinión han acordado con otros organismos o Estados que, en caso de controversias se comportarán de conformidad con lo que prescriba la opinión consultiva, es decir que ésta tendrá efecto decisorio.

Otro caso se relaciona con una especie de apelación respecto 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.), a los que pueden acudir también organismos que hayan convenido aceptar su jurisdicción y sus funcionarios.

Pero es interesante también analizar una opinión consultiva correspondiente a la primera época del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, que se solicitó en un contexto que no daba margen para considerarla de cumplimiento facultativo. Luego del análisis de las Opiniones Consultivas que tendrían un efecto obligatorio, a través de los casos concretos se podrá comprobar si esta clasificación es correcta.

## **II. Análisis de opiniones consultivas de la C.I.J. consideradas obligatorias**

Si bien existen diferentes tribunales que están habilitados para emitir opiniones consultivas, como el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, la Sala de Controversias sobre Fondos Marinos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre

otros, este trabajo está circunscripto a las opiniones consultivas emitidas por la C.I.J.

*II.1) Las partes en un tratado acuerdan que se solicite una opinión consultiva en caso de controversia en cuanto a su interpretación, interpretación o aplicación*

En varios acuerdos de sede o en tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales –como veremos en este trabajo– y otras convenciones importantes como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y las organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986, cuyo artículo 66 es paradigmático, se establece que cuando se plantee una diferencia de pareceres respecto de su interpretación o aplicación, se puede solicitar una Opinión Consultiva a la C.I.J., la que será decisiva para las Partes. Sin embargo, en los casos en que efectivamente se solicitaron, está involucrada de algún modo 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 prescribe:

“Todas las diferencias que surjan de la interpretación o aplicación de la presente convención, serán referidas a la Corte Internacional de Justicia, a menos que en un caso determinado las partes convengan en recurrir a otra vía de solución. 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”.

Existen dos Opiniones Consultivas emitidas en relación con la citada Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas pero en una de ellas, que trataré en primer término, el requirente no invocó ni la Corte aplicó la Sección 30 porque el Estado Miembro había formulado una reserva. Sin embargo, a fin de aclarar las distintas situaciones, merece la pena analizarla porque reafirma que siempre que se den las condiciones requeridas para solicitar una Opinión Consultiva, el órgano u organismo habilitado puede hacerlo, lo que cambia es el efecto que se le atribuye a esa opinión.

II.1.a) Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas. (Opinión Consultiva del 15 de diciembre de 1989)<sup>1</sup>

La Resolución 1889/71 del Consejo Económico y Social, órgano de la O.N.U., adoptada el 24 de mayo de 1989, aprobó una pregunta para ser formulada a la C.I.J. en aplicación del parágrafo 2 del artículo 96 de la Carta de la O.N.U. y conforme a la Resolución 89 (I) de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946, que lo autorizó a solicitar opiniones consultivas. En esa Resolución se concluye que existe una divergencia de pareceres entre la O.N.U. y el gobierno rumano en cuanto a la aplicabilidad de la Convención mencionada al caso del ciudadano rumano Dumitru Mazilú, en su calidad de Relator Especial de la Subcomisión de la Lucha contra las Medidas Discriminatorias y de la Protección de Minorías.

Mazilú fue designado, a propuesta de Rumania, como miembro de la Subcomisión por el período de tres años que expiraba el 31 de diciembre de 1986 y ésta le encomendó en el año 1985 elaborar, en el término de un año, un informe sobre los derechos humanos y de la juventud y analizar los esfuerzos y las medidas necesarias para implementar esos derechos y garantizar el goce a los jóvenes, en particular, de los derechos a la vida, a la educación y al trabajo<sup>2</sup>. Sin embargo la siguiente reunión recién se concretó dos años después y además se prorrogó el plazo para la decisión de la Subcomisión. Mazilú no asistía a las reuniones ni presentaba los trabajos. Según Rumania, se hallaba muy enfermo. En un escrito que presentó a la Corte, Rumania declaró que le había dado licencia de un año por incapacidad y después otro año más y que luego tuvo que abandonar sus funciones oficiales<sup>3</sup>.

En una carta enviada al Secretario adjunto de la Comisión de Derechos Humanos, Mazilú manifestó que estuvo dos veces internado pero que fue compelido a jubilarse a partir del 1º de diciembre de 1987 y a

---

<sup>1</sup> C.I.J., *Applicabilité de la section 21 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations unies*, Recueil, 1989, pp. 177 y ss.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 181.

abandonar sus funciones oficiales, y que estaba dispuesto a viajar a Ginebra para mantener entrevistas respecto del trabajo que debía elaborar, pero que las autoridades rumanas le impedían hacerlo. Luego de realizar muchos esfuerzos para contactar a Mazilú, la Subcomisión adoptó la Resolución 1988/37 el 1º de setiembre de 1988, en la que rogaba al Secretario General dirigirse al Gobierno rumano y llamar su atención sobre el hecho que la Subcomisión tenía urgencia de reunirse personalmente con su Relator Especial y que debían otorgarse las facilidades necesarias para que un miembro de la Subcomisión y el Subsecretario pudieran visitar a Mazilú y ayudarlo a acabar su estudio<sup>4</sup>.

El Gobierno rumano consideró que toda intervención de la Secretaría de la O.N.U. sería considerada como una injerencia en los asuntos internos de Rumania, y que el caso Mazilú era un asunto interno entre un ciudadano y su propio gobierno, por lo que no autorizaba ninguna visita<sup>5</sup>. Todas las peticiones formuladas ante el gobierno rumano resultaron infructuosas.

Rumania consideró que un experto, como lo era Mazilú; no gozaba de privilegios e inmunidades en el país de residencia permanente, sino únicamente en el país donde estaba en misión y mientras ésta durase y agregó: "(...) De même, les privilèges et les immunités prévues par la convention ne commencent qu'au moment du départ de l'expert dans un voyage lié à l'accomplissement de sa mission<sup>6</sup>.

El pedido de Opinión Consultiva consistía en saber si se aplicaba el artículo 22 del artículo VI de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, al caso de los peritos en ejercicio de sus funciones, ya que era negado por Rumania. Tales privilegios e inmunidades se aplican, según esa disposición, tanto durante el período de las misiones, inclusive el tiempo necesario para realizar los viajes relacionados con las mismas.

Pero, sobre el particular, Rumania manifestó que al adherirse a la Convención en 1956 formuló una reserva según la cual no se consideraba

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>5</sup> *Ídem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 185.

obligada, en caso de diferendo, a las estipulaciones de la Sección 30 y manifestó:

“...la position de la République populaire roumaine est que, pour la soumission de quelque différend que ce soit a la règlementation de la Cour, il es nécessaire, chaque fois, d’avoir le consentement de toutes les parties au différend. Cette réserve s’applique également aux stipulations comprises dans la même section, selon lesquelles l’avis consultatif de la Cour doit être accepté comme décisif”<sup>7</sup>.

Para la Corte, el consentimiento de los Estados Partes es el fundamento de la jurisdicción en materia contenciosa, pero no es necesario cuando se trata de las opiniones consultivas ya que éstas no se emiten para los Estados sino para el órgano habilitado a hacer la consulta<sup>8</sup>. De todos modos, la Resolución por la cual se solicitó a la Corte una Opinión Consultiva no fue fundamentada en la Sección 30. Si bien la Corte no estaba obligada a tratarla, constató que se daban las condiciones establecidas por la Carta para solicitarla.

La Corte consideró que, de acuerdo a la práctica, las inmunidades y privilegios se aplican a los expertos no solamente cuando forman parte de la Organización de Naciones Unidas, sino también a otras personas a las cuales la Organización le confía una misión para que puedan ejercer las funciones de manera independiente. Durante todo el tiempo de la misión estén o no en el lugar de su residencia, es decir aún cuando no se hayan desplazado y puede ser invocado ante el Estado de la nacionalidad o de la residencia<sup>9</sup>.

La designación de Mazilú en la Subcomisión expiró el 31 de diciembre de 1987, pero no su misión de realizar el informe que se le había encomendado, es decir que una vez expirada su pertenencia a la Subcomisión continuaba siendo Relator Especial y debía presentar el informe que le fue encomendado y le eran aplicables tales privilegios e inmunidades y continuaba siendo experto en misión, y por lo tanto se le aplicaba la Sección 22 de la Convención<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 188.

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 198.

En este caso, entonces, se pidió la Opinión Consultiva aún cuando existía una reserva de parte de Rumania. Esa reserva no invalidaba el derecho de requerir una opinión Consultiva que clarificaría no sólo el tipo de agentes de las Naciones Unidas que estarían protegidos por la Convención, sino también durante qué período y lugares, lo que cambiaba era su efecto, ya que en ese caso no sería obligatoria. Este no es, por ende, un ejemplo de las llamadas opiniones consultivas obligatorias, pero es muy interesante para afirmar que es independiente el pedido de opiniones consultivas con su efecto obligatorio, ya que éste siempre emerge de un texto ajeno al sistema de la Carta y del Estatuto de la Corte.

II.1.b) Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos. (Opinión Consultiva del 1º de abril de 1999)<sup>11</sup>

En el presente asunto la Corte recibió, de parte del Secretario General de las Naciones Unidas y por primera vez, el 10 de agosto de 1998, una solicitud de Opinión Consultiva enmarcada, como es de rigor, en el artículo 96, parágrafo 2 de la Carta de las Naciones Unidas pero también en la Sección 30 de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas. El motivo del pedido se fundamentó 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 a Dato' Param Kumaraswamy, jurista malayo, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargado de la cuestión de la independencia de los jueces y abogados y sobre las obligaciones que sobre el particular tenía el gobierno de Malasia. El punto 2 del pedido de Opinión Consultiva expresa: "Invite le Gouvernement malaisien à veiller à ce que tous les jugements prononcés et mesures prises sur cette question par les tribunaux malaisiens soient suspendus jusqu'à ce que la Cour Internationale de Justice ait rendu son avis, qui sera accepté par les parties comme décisif"<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> C.I.J., *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, Recueil, 1999, p. 62 y ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 64.

La Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas tiene por objeto proteger a las diferentes categorías de funcionarios, comprendidos los expertos en misión de las Naciones Unidas, contra todas las formas de intervención de las autoridades nacionales.

Como manifestamos en la Opinión Consultiva analizada más arriba, la Sección 22 del artículo VI establece los privilegios e inmunidades de los expertos que cumplen misiones para la Organización durante toda la duración de la misión, comprendiendo el período de viaje y su inciso b) precisa: “(...) immunité de toute juridiction en ce qui concerne les actes accomplis par eux au cours de leurs mission (y compris leurs paroles et écrits). Cette immunité continuera à leur être accordée même après que ces personnes auront cessé de remplir des missions par l’Organisation des Nations Unies”.

En qué medida esas disposiciones se aplicaban a Dato’ Param Cumaraswamy, quien para elaborar su trabajo debía encuestar a abogados y a personal auxiliar de la justicia. En su tercer informe consagró un capítulo a los juicios de los que era objeto en Malasia ante el Tribunal Civil. También realizó una entrevista con una publicación de circulación en Gran Bretaña y Malasia y por sus dichos en esa entrevista una empresa entabló contra él un juicio reclamando indemnización porque la había expuesto al escándalo y al odio del público<sup>13</sup>.

El Consejero Jurídico de Naciones Unidas consideró que el Relator Especial había actuado en el ejercicio de su mandato y le solicitó al Representante Permanente de Malasia de notificar a los tribunales malayos que el experto tenía inmunidad de jurisdicción<sup>14</sup>.

El Relator Especial introdujo una demanda ante la Corte Suprema de Justicia de Malasia, con el fin de consignar que los términos empleados que originaron los procesos judiciales lo fueron en ejercicio de su función y por lo tanto gozaba de inmunidad de jurisdicción.

Sin embargo la Corte Suprema no fue de esta opinión, por lo que rechazó la demanda con costas. En una Nota del 30 de junio de 1997, el

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>14</sup> Ídem.

Consejero Jurídico de las Naciones Unidas comprometió al Gobierno de Malasia a intervenir en el procedimiento para que todos los gastos fueran pagados por el Gobierno hasta que la cuestión de la inmunidad fuera reglada entre la O.N.U. y el Gobierno malayo, y apoyar una demanda tendiente a que la Corte Suprema suspendiese el procedimiento hasta que la cuestión fuese reglada. Indicó también que en caso que no estuviera de acuerdo en proteger al Relator Especial se podría considerar que existía una controversia sobre la interpretación de la Convención<sup>15</sup>.

Por tal motivo, finalmente se presentó a la Corte el pedido de Opinión Consultiva, la que cumplía con los requisitos del artículo 96 de la Carta.

La Corte planteó un tema que ha reiterado en otros casos, acerca de si en el caso de la Sección 30, al ser la Opinión Consultiva decisiva u obligatoria continúa o no siendo una Opinión Consultiva contemplada por la Carta. Sobre el particular expresa que se configuró un diferendo y que “l’existence, en arrière plan, d’un différend entre les parties que l’avis de la Cour peut affecter ne modifie pas le caractère consultatif de la fonction de la Cour, consistant à répondre aux questions qui lui sont posées...”<sup>16</sup>.

La Corte hizo una distinción entre el carácter consultivo de la función de la Corte y los efectos particulares que las partes deseen atribuir, en sus relaciones mutuas, a una Opinión Consultiva. Esos efectos particulares, extraños al Estatuto que fija las reglas de funcionamiento de la Corte, surgen de acuerdos distintos<sup>17</sup>.

Respecto de la cuestión planteada, la Corte consideró que la Sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas era aplicable a Dato’ Param Cumaraswamy, en tanto Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargada de la independencia de los jueces y abogados, por los conceptos vertidos en la entrevista de marras. Asimismo, consideró que el Gobierno de Malasia tenía la obligación de notificar a los tribunales malayos las conclusiones del

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 77.

Secretario General de las Naciones Unidas de que gozaba de inmunidad<sup>18</sup>. A su vez, los tribunales de Malasia estaban obligados a tratar la cuestión de la inmunidad de jurisdicción como una cuestión preliminar, y que debía ser excluido de toda obligación financiera puesta a su cargo por los tribunales, especialmente a título de gastos. Finalmente expresó que el Gobierno de Malasia debía comunicar la Opinión Consultiva a los tribunales malayos, para que otorgaran efecto a las obligaciones internacionales de Malasia<sup>19</sup>.

## *II.2) Opiniones Consultivas en relación con la impugnación de sentencias de tribunales administrativos internacionales*

En este acápite corresponde analizar casos ocurridos tanto en relación con el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, como con el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, pues en ambos Estatutos se han incorporado disposiciones que le imprimen carácter obligatorio a las opiniones consultivas que organismos autorizados puedan requerirle en el caso que las sentencias de tales Tribunales fueran impugnadas.

### *II.2.a) Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas:*

El Tribunal fue creado por la Asamblea General, en su Resolución 351<sup>a</sup> (IV), del 24 de noviembre de 1949 y de acuerdo con su Estatuto, los fallos del Tribunal serían definitivos e inapelables. La Resolución 957 (X) 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 C.I.J. por la vía de solicitar una Opinión Consultiva. Para ello, la misma Resolución creó el Comité de Peticiones de Revisión de Fallos del Tribunal Administrativo, cuya función consistía en constatar la existencia de fundamentos serios en la impugnación. Es de hacer notar que con posterioridad a la Opinión Consultiva sobre el efecto de los fallos del Tribunal Administrativo que acordaron indemnizaciones, la Asamblea General creó un Comité Especial encargado de instituir un procedimiento de revisión de los fallos del Tribunal Administrativo, que recayó en el citado Comité de Peticiones. Posteriormente el Tribunal Administrativo fue

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 91.

reemplazado por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Naciones Unidas, creado por la Asamblea General y que comenzó a regir a partir del 1º de julio de 2009, estableciéndose la posibilidad de recurrir los fallos ante un verdadero Tribunal de Apelación.

El Artículo 11 reformado, en sus partes pertinentes establecía:

“1. Si un Estado Miembro, el Secretario General o la persona que haya sido objeto del fallo citado por el Tribunal... impugna el fallo por considerar que el Tribunal se ha extralimitado en su jurisdicción o competencia o que el Tribunal no ha ejercido la jurisdicción que le ha sido conferida o ha incurrido en error sobre una cuestión de derecho relativa a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o ha cometido un error fundamental de procedimiento que ha impedido que se hiciera justicia, ese Estado Miembro, el Secretario General o la persona que haya sido objeto del fallo o el interesado, pueden dentro de los 30 días siguientes a la fecha del fallo, pedir por escrito al Comité establecido en virtud del párrafo 4 de este artículo que solicite una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre este asunto... 3. En todos los casos en que se haya solicitado una opinión consultiva, el Secretario General dará efecto a la opinión de la Corte o solicitará que el Tribunal se reúna especialmente con objeto de que dé su conformidad con la opinión de la Corte, conforme su fallo original, o emita un nuevo fallo. Si no se ha solicitado que se reúna especialmente el Tribunal, en su próxima reunión, confirmará su fallo o lo emitirá conforme la opinión de la Corte. 4. A los efectos de este artículo, se establece un Comité autorizado, en virtud del párrafo 2 del artículo 96 de la Carta, para solicitar opiniones consultivas de la Corte. El Comité estará compuesto de los Estados Miembros, cuyos representantes hayan formado parte de la Mesa de la Asamblea General en el periodo de sesiones...”<sup>20</sup>

De los términos del artículo 11 surge que existen cuatro situaciones que pueden originar la demanda de una opinión Consultiva: si el Tribunal se ha extralimitado en su jurisdicción y competencia; si no ha ejercido la jurisdicción que le ha sido conferida; si ha incurrido en un error sobre la cuestión de derecho relativo o a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o ha cometido un error fundamental de procedimiento que ha impedido que se hiciera justicia. Cabe destacar que la proposición de la Corte para la reforma del artículo 11 no contenía los términos “n’a pas excédé sa juridiction”, los que fueron agregados a propuesta de la

---

<sup>20</sup> Fuente: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/377/3> (consulta el 14/10/2016).

delegación India en la 499 sesión de la Quinta Comisión de la Asamblea General.

En cuanto a la causal basada en un error esencial en el procedimiento que fue establecido por el Comité Especial en 1955 y las palabras “qui a provoqué un mal jugé”, también fueron agregadas en la citada 499 sesión de la Quinta Comisión a instancias de la delegación de la India. El Artículo 14 disponía:

“La competencia del Tribunal podrá extenderse a cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas [...] en virtud de los términos establecidos por acuerdo especial que con cada uno de esos organismos concierte el Secretario General de las Naciones Unidas. En cada acuerdo especial se dispondrá que el organismo interesado tendrá la obligación de acatar los fallos del Tribunal [...]”.

Las opiniones consultivas que se formularon en ese contexto, no tenían por objeto, como se verá más adelante, rehacer el proceso pues, en realidad, no constituía un verdadero recurso de apelación de las sentencias de los tribunales administrativos. La cuestión de fondo que podía tener en cuenta el Tribunal se circunscribía a una situación muy específica y bastante improbable, de que se cometiese un error que resultara contrario a las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas. El valor decisorio de estas opiniones consultivas no surge, como se ha expresado más arriba, de la opinión consultiva en sí misma, sino de disposiciones contenidas en instrumentos autónomos con fuerza de ley, tanto para los funcionarios como para el Secretario General.

El primer caso en que se solicitó a la C.I.J. una Opinión Consultiva por los efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas acordando indemnizaciones, fue anterior a la reforma del Estatuto y se considera el causante de esa reforma, porque no se había previsto primigeniamente ningún tipo de revisión de los fallos. Sin embargo no lo consideraré en el acápite en que trato los fallos de los tribunales administrativos, sino en un acápite aparte porque merece un análisis distinto, como ya manifesté en la clasificación que he realizado al principio de este trabajo.

*i) Petición de revisión del fallo N° 158 del Tribunal Administrativo*

*de las Naciones Unidas. (Opinión consultiva del 12 de julio de 1973)*<sup>21</sup>

El caso objeto del pedido de Opinión Consultiva se refiere al ex funcionario, Mohamed Fasla, que entró al servicio de la O.N.U. en 1964 en virtud de un contrato de duración limitada, que pasó por varias oficinas dedicadas a la asistencia técnica y luego fue trasladado al PNUD. Su contrato fue renovado, periódicamente, hasta el último que expiraba el 31 de diciembre de 1969. El 12 de setiembre anterior a su terminación fue informado que no le sería renovado pero que se estaban realizando esfuerzos para ofrecerle otro puesto,<sup>22</sup> lo que finalmente no ocurrió.

El 31 de diciembre de 1970 Fasla interpuso una demanda ante el Tribunal administrativo y posteriormente una demanda adicional por el cálculo indemnizatorio, por lo que el Tribunal se pronunció sobre ambas demandas el 28 de abril de 1972 dictando la sentencia N° 158. Posteriormente Fasla se presentó ante el Comité de Peticiones de Revisión de Fallos del Tribunal Administrativo, para que solicitara una Opinión consultiva a la C.I.J. para la revisión del fallo. El citado Comité decidió que la solicitud de revisión del fallo N° 158 tenía fundamentos serios y la instancia fue incoada a través de una presentación del Secretario General de las Naciones Unidas el 3 de julio de 1972. El Comité ejerció un derecho que le fue conferido por la Resolución 957 (X) del 8 de noviembre de 1955 que agregó, como dijimos más arriba, al Estatuto del Tribunal Administrativo un nuevo artículo 11 que prevé la posibilidad de impugnar los fallos por vía de solicitar una Opinión Consultiva ante la Corte. El presente es el primer caso en que se incoó la demanda teniendo en cuenta el nuevo procedimiento y el requerimiento versaba sobre los siguientes puntos:

“1. Le Tribunal a-t-il omis d’exercer sa juridiction ainsi le soutient le requérant dans sa demande présentée au Comité des demandes de réformation de jugements du Tribunal administratif (A/AC.86/R.59)?

2. Le Tribunal a-t-il commis, dans la procédure une erreur essentielle qui a provoqué un mal-jugé, ainsi que le soutient le requérant dans sa demande présentée au Comité des demandes de réformation de jugements du Tribunal administratif (A/AC.86/R.59)?”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> C.I.J. “*Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*”, *Recueil des Arrêts, Avis consultatif et Ordonnances*, 1973, p.166 y ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 167.

En primer lugar, la Corte estableció que era competente para emitir una Opinión Consultiva que tenía por objeto el reexamen de un proceso judicial. También trató el tema acerca de si el órgano de quien emanara la petición estaba autorizado. En este caso el Comité estaba instituido por una Resolución de la Asamblea General y este órgano principal de las Naciones Unidas está expresamente habilitado para ello por el artículo 22 de la Carta<sup>24</sup>.

El artículo 101, parágrafo 1 de la Carta da a la Asamblea General el poder de fijar reglas para las relaciones con el personal, también de crear un órgano con el objeto de proveer el mecanismo necesario para poner en movimiento una modificación por parte de la Corte de fallos del Tribunal. La principal función del citado Comité no consistía en solicitar la Opinión Consultiva sino examinar las objeciones formuladas a los fallos a fin de decidir en cada caso si la solicitud reposaba sobre bases serias, es decir que su función principal consistía en filtrar las peticiones que le eran dirigidas. Tan es así que previamente se habían presentado catorce solicitudes y ésta fue la primera que se consideró que tenía bases serias.<sup>25</sup> Además, para que una cuestión pueda ser sometida a la Corte conforme al artículo 96, parágrafo 2 de la Carta, “il faut et il suffit qu’elle soit juridique et qu’elle se pose dans le cadre de l’activité de l’organe intéressé”<sup>26</sup>.

El hecho que según el artículo 11, parágrafo 3 del Estatuto del Tribunal, la Opinión Consultiva tiene un efecto decisorio, no es obstáculo para que la emita porque si bien sobrepasa el valor que da la Carta y el Estatuto de la Corte a las Opiniones Consultivas, ese valor resulta de una disposición contenida en un instrumento autónomo que tiene fuerza de ley para los funcionarios y el Secretario General. Teniendo en cuenta las causales por las que se puede dirigir una demanda tendiente a la revisión de la sentencia, el citado artículo requiere que se trate de cuestiones jurídicas. En este caso se planteó: el no ejercicio de la jurisdicción y el error esencial en el procedimiento, cuestiones que, según la Corte, no pueden transformarse en un procedimiento sobre el fondo de la decisión del

---

<sup>24</sup> Ibidem, p. 173.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 174.

Tribunal<sup>27</sup>. Agrega: “Cela ne veut pas dire que, le cas échéant, si un jugement était contesté en raison d’une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte ne pourrait pas être appelée à examiner la décision au fond...”<sup>28</sup>.

Para la Corte, un error en el procedimiento es esencial y constituye “un mal jugé” si tiene como consecuencia violar los derechos de los funcionarios a ser imparcialmente escuchados, impidiendo que se les haga justicia<sup>29</sup>.

En definitiva, en este caso la Corte decidió hacer lugar a la solicitud de Opinión Consultiva. En cuanto a la primera cuestión planteada, manifestó que el Tribunal no omitió ejercer su jurisdicción como lo sostuvo el requirente y en relación con la segunda cuestión, consideró que el Tribunal administrativo no cometió un error esencial en el procedimiento que provocara “un mal jugé”<sup>30</sup>.

*ii) Petición de revisión del fallo N° 273 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (Opinión Consultiva del 20 de julio de 1982)*<sup>31</sup>

Por Nota del Secretario General registrada en la Secretaría de la Corte el 28 de julio de 1981, se informó que, conforme al artículo 11 del Estatuto del Tribunal Administrativo, el Comité de Peticiones de Revisión de Fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, decidió que la petición de revisión presentada por Estados Unidos, concerniente al asunto *Mortished c/Secretario General* reposaba sobre bases serias<sup>32</sup>. *Mortished* era un funcionario que cuando se jubiló, el 30 de abril, se quedó en el mismo país donde ejercía sus tareas y, no obstante ello, solicitó se le pagara la prima de repatriación, pero no se le hizo lugar porque en ese momento se aplicaba la Resolución 34/165 de la Asamblea General que subordinaba el

---

<sup>27</sup> Ibidem, p. 180.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 188.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 213.

<sup>31</sup> C.I.J., *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations unies*, Recueil, 1982, p. 325 y ss.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 326.

pago de la prima a la presentación de documentación, atestiguando la reinstalación en otro país distinto a su último destino.

La solicitud de Opinión Consultiva versaba sobre la siguiente cuestión:

“Dans son jugement n° 273, concernant l’affaire Mortished c/Le Secrétaire Général de l’Organisation des Nations Unies, le Tribunal administratif des Nations Unies pouvait-il légitimement déterminer que la résolution 34/165 de l’Assemblée générale des Nations Unies en date du 17 décembre 1979, qui subordonne le paiement de la prime de rapatriement à la présentation de pièces attestant la réinstallation du fonctionnaire dans un pays autre que celui de son dernier lieu d’affectation, ne pouvait prendre immédiatement effet?”<sup>33</sup>.

La prima de repatriación establecida por la Asamblea General en 1950 no exigía la presentación de ningún comprobante cuando se terminaban las funciones, pero por la Resolución 33/119 de diciembre de 1978, la Asamblea General subordinó el pago a la presentación de la documentación que comprobaba el cambio efectivo de residencia.

El Secretario General puso ese texto en vigor a partir de 1º de julio de 1979 y el 23 de abril de 1979 distribuyó una instrucción ST/AI/269 modificando, el 22 de agosto de 1979, la Disposición 109.5 del Reglamento del Personal, que en el punto d) establecía que el pago de la prima necesitaba comprobante pero el punto f) determinaba una excepción al prescribir:

“Nonobstant l’alinéa d) ci-dessus, les fonctionnaires ayant pris leurs fonctions avant le 1er. de juillet 1979 conservent le droit au montant de la prime qui correspond aux années et aux moins de service ouvrant droit à ladite prime déjà accomplis à cette date, sans avoir à produire, en ce qui concerne cette période de service, une pièce attestant leur changement de résidence”<sup>34</sup>.

Pero la Resolución 34/165 de la Asamblea General estableció que a partir del 1º de enero de 1980, los funcionarios sólo tendrían derecho a la prima de repatriación si presentaban las pruebas atestiguando la reinstalación en un país distinto de su último lugar de afectación.

---

<sup>33</sup> Ídem.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 329.

El Tribunal concluyó que M. Mortished tenía un derecho adquirido a recibir la prima en las condiciones establecidas por la Disposición 109.5 del Reglamento del Personal, aunque hubiese dejado de estar en vigor en la fecha que éste terminó sus servicios en la organización<sup>35</sup>.

Si bien la petición de revisión al Comité la presentó Estados Unidos, una vez que el Comité consideró que reposaba sobre bases serias, la petición de Opinión Consultiva emanaba del Comité, no del Estado. La Corte consideró importantísimo que se respetara la igualdad de las partes y también estudió la fase del procedimiento de revisión en que intervino el Comité ya que hubo alguna irregularidad, pues se retiró el delegado de Sierra Leona y en lugar de designar un reemplazante del mismo país se designó un representante de Canadá que no formaba parte de la Mesa de la Asamblea como era menester, pero los interesados no objetaron esa irregularidad. Por otro lado, Estados Unidos era parte de la Mesa de la Asamblea y por ende del Comité de Peticiones, pero ello provocó que el Pedido de Opinión Consultiva fuese incompleto, ya que no formó parte de la pregunta a la Corte si el Tribunal sobrepasó su competencia o no ejerció su competencia.

Sin embargo, a pesar de las irregularidades, y aún cuando el Comité no hubiera puesto empeño en conservar la igualdad de las partes, la Corte consideró que debía asumir la tarea consistente en asistir a la O.N.U.. Las desigualdades, bien podrían ser consideradas como "*raisons décisives*" para rechazar emitir la Opinión Consultiva a la O.N.U., pero según la Corte, la estabilidad y la eficacia de las organizaciones internacionales de las que la O.N.U. representa el ejemplo supremo, son de una importancia tan fundamental para el orden mundial que la Corte no puede dejar de ayudar a un órgano subsidiario, como en este caso el Comité, a asentar su funcionamiento sobre bases firmes y seguras. En este caso un tal rechazo dejaría sin respuesta una muy grave alegación dirigida contra el Tribunal Administrativo, según la cual éste habría desafiado la autoridad de la Asamblea General<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 347.

A pesar de que las dos cuestiones que surgen de los antecedentes, error de derecho y sobrepasar la jurisdicción y competencia, no fueron incluidas ni en la pregunta de Estados Unidos ni en la que surgió del Comité, la Corte, para ser fiel a las exigencias de su carácter judicial, consideró que debía investigar cuáles eran las cuestiones jurídicas implicadas en el caso, pues si se aclaraba que legítimamente esas cuestiones se vinculaban a uno o más de los motivos tenidos en cuenta por el artículo 11 del Estatuto, entonces la Corte podía brindar la Opinión Consultiva.

En efecto, la Corte interpretó las preguntas que se le formularon como una invitación a decidir si el Tribunal Administrativo cometió un error de derecho concerniente a las disposiciones de la Carta o ha sobrepasado su jurisdicción o competencia<sup>37</sup>.

En ese sentido la Opinión Consultiva concluyó que el Tribunal Administrativo no cometió error de derecho concerniente a las disposiciones de la Carta ni traspasó la jurisdicción o competencia, pero aclaró que no tenía por excusables las irregularidades que existieron en el seno del Comité<sup>38</sup>.

*iii) Petición de revisión del fallo N° 333 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (Opinión Consultiva del 27 de mayo de 1987)*<sup>39</sup>

En una Nota del Secretario General de las Naciones Unidas, registrada en la Corte el 10 de setiembre de 1984, puso en conocimiento de ésta que el Comité de Peticiones de Revisión de Fallos del Tribunal Administrativo decidió que la impugnación del fallo N° 333 que dirimió el caso “Yakimetz c. Le Secrétaire Général de l’ONU”, del Tribunal Administrativo reposaba sobre bases serias. Yakimetz era un ciudadano ruso que estuvo en servicio en la O.N.U. entre 1969 y 1974.

En 1977 el Representante Permanente Adjunto de la URSS en la O.N.U., lo recomendó para el puesto de revisor del Servicio ruso de

---

<sup>37</sup> Ibidem, p. 350.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 366.

<sup>39</sup> C.I.J., *Demande de réformation du jugement n° 333 du Tribunal administratif des Nations unies*, Recueil, 1987, p.18 y ss.

traducción de la O.N.U.. Fue contratado por cinco años. Luego cambió de área, fue recomendado para una promoción y su contrato fue prorrogado hasta 1983, pero la designación decía que estaba “détaché de la fonction public de l’U.R.S.S.”

En febrero de 1982 se le informó que se le prorrogaría el contrato pero en la misma época su país pretendía reemplazarlo y quería que volviera a la URSS. Yakimetz pidió asilo en los Estados Unidos, renunció a su puesto en la URSS y le hizo saber al Secretario General que pretendía seguir en sus funciones, pero éste le dio licencia y hasta le prohibió que entrara al recinto<sup>40</sup>.

Para el Secretario General pertenecía al servicio de la URSS pero aceptó que el reclamante presentara demanda ante el Tribunal Administrativo.

El Tribunal consideró que Yakimetz era todavía un ciudadano soviético y estaba oficialmente destacado por su gobierno de origen, por lo cual, para seguir en funciones tendría que existir un asentimiento por parte de ese país, y por tal motivo rechazó la demanda<sup>41</sup>.

El requirente presentó una demanda de revisión al Comité en la que le solicitaba pedir una Opinión Consultiva a la Corte sobre la base de cada uno de los motivos indicados en el Artículo 11 del Estatuto del Tribunal, pero para el Comité sólo tenían bases serias dos de los puntos considerados en ese artículo, por lo que formuló las siguientes preguntas:

“1) Dans son jugement n° 333, du 8 juin 1984 (AT/DEC/333), le Tribunal administratif des Nations Unies a-t-il manqué d’exercer sa juridiction en ne répondant pas a la question de savoir s’il existait un obstacle juridique au renouvellement de l’engagement du requérant à l’Organisation des Nations unies après la venue à expiration de son contrat le 26 de décembre 1983?

2) Le Tribunal administratif des Nations Unies, dans le même jugement n° 333, a-t-il- commis une erreur de droit concernant les dispositions de la Charte des Nations Unies?”<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 19.

Respecto de la competencia de la Corte, también en este caso la misma aseguró que el Comité de Peticiones de modificación de fallos del Tribunal Administrativo, es un órgano de la O.N.U., debidamente constituido en virtud de los artículos 7 y 22 de la Carta y autorizado, conforme el Artículo 96, parágrafo 2 de ese instrumento, para solicitar a la Corte Opiniones Consultivas a los fines del artículo 11 del Estatuto del Tribunal. Además, tal petición la realiza en el ejercicio de su función principal que consiste en filtrar las demandas que le son dirigidas. Asimismo, la Corte es competente para conocer esa solicitud en virtud del artículo 65 de su Estatuto. En este caso concreto, la Corte consideró que debía tener plena libertad de examinar todos los elementos de que disponía para hacerse de una opinión sobre una cuestión que se le formula en una solicitud de Opinión Consultiva<sup>43</sup>.

En ese sentido analizó uno de los puntos desarrollados por la parte demandante en el Tribunal, consistente en considerar que estaba “(...) légalement et moralement en droit de s’attendre à être maintenu en fonction à l’ONU et à ce que sa candidature soit équitablement prise en considération aux fins d’une nomination de carrière...”<sup>44</sup>. El Tribunal se concentró en el fundamento jurídico de la expectativa, dejando de lado el aspecto moral, pues si realmente existía una expectativa jurídica, la parte demandada tendría una obligación de conservar a Yakimetz en el servicio de la organización. El Tribunal consideró que mientras prestaba servicios en la Organización, era un funcionario ruso y que para que pudiera efectuarse una renovación contractual se hubiese necesitado la concurrencia de Rusia.

La Corte estuvo de acuerdo con esa posición y por tal motivo contestó la primera pregunta por la negativa y también se pronunció por la negativa respecto de la segunda cuestión, porque en su fallo N° 333 el Tribunal no cometió un error de derecho concerniente a disposiciones de la Carta de Naciones Unidas<sup>45</sup>.

## II.2.b) Tribunal Contencioso Administrativo de las Naciones Unidas

---

<sup>43</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 72.

El Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas fue creado en 1946 para conocer y decidir demandas de funcionarios de Naciones Unidas contra la organización. Sus fallos eran definitivos e inapelables. Tampoco se podía solicitar su revisión, solamente podían ser revisados por el propio Tribunal. Esta situación impulsó la modificación del Estatuto, y la nueva redacción de su artículo 11 permitió que las partes pudiesen solicitar una Opinión Consultiva a la Corte, estableciéndose que era obligatoria. El pedido de Opinión Consultiva no era realmente sobre el fondo del asunto sino sobre la competencia y por error en el procedimiento, como hemos ya analizado.

Si bien no se consideraba que esta revisión constituyera una apelación, en cierta forma limitada lo era.

En efecto, la Asamblea General creó posteriormente el Tribunal Contencioso administrativo de las Naciones Unidas que empezó a funcionar el 1º de julio de 2009. Se trata de un Tribunal de primera instancia en un nuevo sistema judicial y entiende sobre las acciones entabladas por los funcionarios contra la organización por incumplimiento de las condiciones de servicio o del contrato de empleo. Pero se creó también un Tribunal de Apelaciones, cuyas sentencias son vinculantes para las partes. Según el parágrafo 6 del Estatuto, sus sentencias serán definitivas e inapelables sin perjuicio de que, bajo ciertas condiciones, se pueda pedir al mismo Tribunal la revisión de las sentencias o la interpretación del texto de la sentencia.

Pero el Estatuto ya no prevé el pedido de opinión consultiva, lo que significa que existiendo la posibilidad de recurrir ante un Tribunal de Apelación, ya no es necesaria la pseudoapelación vía el pedido de Opinión Consultiva.

### *II.3) Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo*

El Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo puede entender en controversias que se susciten en el seno del mismo organismo, pero también de otros órganos u organismos internacionales que hayan declarado aceptar su competencia para dirimir cuestiones que se planteen en el propio organismo que efectúa la

declaración. En el primer caso se rige por el Artículo XII del Estatuto Administrativo de la OIT que 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”<sup>46</sup>.

Las opiniones consultivas que se analizan en este trabajo fueron solicitadas por organismos autorizados para ello que, a su vez, formularon una declaración de aceptación del Tribunal de la OIT para dirimir controversias en su orden interno. En ese sentido, el artículo XII del Anexo del Estatuto Administrativo de la OIT establece:

“1. En los casos que el consejo ejecutivo de una organización internacional que haya formulado la declaración prevista en el párrafo 5 del artículo II del Estatuto del Tribunal impugne una decisión del Tribunal que confirme su competencia, o considere que una decisión del Tribunal está viciada por una falta esencial en el procedimiento seguido, el consejo ejecutivo interesado someterá con carácter consultivo a la Corte Internacional de Justicia la cuestión de la validez de la decisión del Tribunal”<sup>47</sup>.

El citado Artículo II, parágrafo 5 expresa:

“5. El Tribunal también es competente para conocer de las demandas fundadas en la inobservancia, de fondo o de forma, de las disposiciones de los contratos de trabajo y del Estatuto del Personal relativas a los funcionarios de cualquier organización internacional de carácter intergubernamental reconocida por el Consejo de Administración, que hubiera enviado al Director General una declaración admitiendo a estos efectos, de acuerdo con su constitución o con sus reglas administrativas internas, la competencia del Tribunal y sus reglas de procedimiento”<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Fuente: <http://www.dipublico.org/10231/estatuto-del-tribunal-administrativo-de-la-oit/> (consulta el 14/10/2016).

<sup>47</sup> Ídem.

<sup>48</sup> Ídem.

Las opiniones consultivas emitidas por la Corte en relación con el Tribunal de la OIT, son las siguientes:

*i) Fallos dictados por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo con motivo de las demandas presentadas contra la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (Opinión Consultiva del 23 de octubre de 1956)<sup>49</sup>.*

La UNESCO aceptó oportunamente la competencia del Tribunal Administrativo de la OIT, formulando la declaración prevista en el artículo II, parágrafo 5 del Estatuto de dicho Tribunal.

Por tal motivo, el Tribunal Administrativo se declaró competente respecto de las demandas de algunos funcionarios cuyos contratos con el organismo eran de duración limitada y que no les fueron renovados, pues alegaban que tenían un derecho adquirido en virtud de la práctica de las organizaciones internacionales y la conducta del Director Ejecutivo de la UNESCO que dio fundamento a la expectativa de renovación de los contratos de los funcionarios demandantes.

El Tribunal Administrativo falló a su favor y en virtud de ello, el Consejo Ejecutivo, actuando en el marco del artículo XII del Estatuto del Tribunal, decidió impugnar los fallos Nos. 17, 18, 19 y 21 en los casos planteados por cuatro funcionarios con contratos de duración limitada. Es así que el Director Ejecutivo solicitó una Opinión Consultiva a la Corte sobre varios puntos de los que retendremos dos, porque los otros dos se referían al fondo del asunto y no correspondía a la Corte revisar el contenido de los fallos, ya que el parágrafo 1 del artículo XII solo se ocupa de la contestación de la competencia del Tribunal o si una decisión del Tribunal está viciada por una falta esencial en el procedimiento seguido.

Las preguntas formuladas a la Corte para brindar una Opinión Consultiva sobre las cuestiones jurídicas que interesan a este trabajo son las siguientes:

“I. Le Tribunal administratif était-il compétent aux termes de l’article II de son Statut, pour connaître des requêtes introduites contre l’Organisation des Nations Unies pour l’éducation, la science et la Culture

---

<sup>49</sup> C.I.J., *Jugements du Tribunal administratif de l’O.I.T. sur requêtes contre l’U.N.E.S.C.O.*, Recueil, 1956, p. 77 y ss.

en date du 5 février 1955 de 1955 pour M .M . Duberg et Leff et la Dame Wilcox, et, en date du 28 de juin 1955, par la Dame Bernstein? (...) III. En tout état de cause, quelle est la validité des décisions rendues par le Tribunal administratif dans ses jugements Nos. 17, 18, 19 et 21?<sup>50</sup>.

Los puntos II y III, se referían al fondo del asunto y en ese sentido, los fallos del Tribunal, de acuerdo con el artículo VI, parágrafo 1 del Estatuto, son definitivos e inapelables, por lo que no interesan a este trabajo. La Corte investigó primero si le correspondía admitir la solicitud de Opinión Consultiva. En ese aspecto consideró que la cuestión planteada a la Corte era una cuestión jurídica y que se enmarcaba en la actividad de la UNESCO en el momento de examinar las medidas que debía tomar con posterioridad a los cuatro fallos del Tribunal.

El carácter judicial de la Corte exige el tratamiento igualitario de todos aquéllos a los que afectase directamente el procedimiento y es verdad que al impugnar los fallos del Tribunal administrativo, el Consejo Ejecutivo ha ejercido un derecho que está sólo a su disposición, pues los funcionarios de la UNESCO no tenían esa posibilidad Pero según la Corte, la desigualdad en este caso no constituía un motivo para no emitir la Opinión Consultiva solicitada, pues, en realidad, la exigencia de igualdad no se vio comprometida por el hecho que las observaciones escritas formuladas en nombre de los funcionarios, hubieran sido presentadas por medio de la UNESCO y que tampoco se desarrollaran procedimientos orales, pues quedó constatado que la Corte recibió información adecuada y no constituía una razón decisiva para que rechazara la solicitud y de lo contrario, se comprometería el funcionamiento del régimen establecido por el Tribunal Administrativo en vista a la protección jurisdiccional de los funcionarios. La Corte concluyó que una desigualdad aparente o teórica no debía impedir conocer el pedido de Opinión Consultiva<sup>51</sup>.

La Corte debía investigar la competencia del Tribunal Administrativo, pues si bien éste se declaró competente en virtud del artículo XII del Estatuto del Tribunal, la Corte consideró que debía llegar a su propia decisión y para ello investigar si la demanda es de aquéllas cuyo

---

<sup>50</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 86.

examen del fondo pertenece al Tribunal, según las normas que gobiernan su competencia.

La distinción entre la competencia y el fondo es muy importante en el régimen jurídico del Tribunal Administrativo de la OIT. Los errores que el Tribunal cometa en cuanto a la competencia pueden ser corregidos por la Corte mediante la Opinión Consultiva solicitada por el Consejo Ejecutivo, pero los errores de hecho o de derecho en cuanto al fondo se rigen por el artículo VI del Estatuto del Tribunal que dice que los fallos son definitivos e inapelables<sup>52</sup>.

Para determinar su competencia la Corte debía investigar si las demandas de los agentes se encuadraban en el parágrafo 2 del artículo 5 del Estatuto, es decir si la UNESCO al rechazar la renovación de los contratos, realizó una acción u omisión que constituyó una inobservancia, ya sea de fondo o de forma, de las estipulaciones de los contratos de vinculación o de las disposiciones del Estatuto del personal. Para la Corte, basta que el funcionario invoque la inobservancia, no importa que lo fundamente.<sup>53</sup> En el caso, la Corte concluyó que existía un vínculo jurídico entre la renovación y el contrato pero que no debía contestar si ese vínculo implicaba un derecho a la renovación de su relación laboral, pues era una cuestión de fondo.

En cuanto a la validez de los fallos, la Corte consideró también que sólo debía investigar si hubo errores en el procedimiento, pero no si hubo errores en cuanto a cuestiones relacionadas con el fondo del asunto. Atento que no encontró esos errores de procedimiento, reconoció la validez de los cuatro fallos del Tribunal administrativo<sup>54</sup>. Por tal motivo confirmó lo actuado por el Tribunal Administrativo, en relación con los temas que eran de su incumbencia.

*ii) Fallo N° 2867 del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo sobre demanda contra el Fondo Internacional de*

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 100.

*Desarrollo Agrícola (FIDA)*<sup>55</sup>. (Opinión Consultiva del 1º de febrero de 2012)

El Tribunal Administrativo declaró su competencia en relación con la demanda planteada por una funcionaria que era miembro del personal del Mecanismo Mundial de la Convención de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la desertificación en países gravemente perjudicados por la sequía y/o la desertificación, en particular en África. La requirente alegaba que la decisión del Director General del Mecanismo Mundial de no renovar el contrato de duración limitada, porque su puesto fue suprimido, constituía un abuso de poder. La funcionaria interpuso un recurso ante la Comisión paritaria de recursos del Fondo, la que recomendó por unanimidad su reincorporación y el pago de diversas indemnizaciones, pero el Presidente de FIDA rechazó las recomendaciones<sup>56</sup>. La requirente planteó la demanda ante el Tribunal en virtud de considerar que el personal del Mecanismo Mundial lo era también del FIDA, y que éste había aceptado la competencia del Tribunal Administrativo de la OIT para dirimir las controversias con su personal. El Fondo sostenía que la requirente era funcionaria del Mecanismo Mundial y no de FIDA.

El Tribunal consideró que el Mecanismo Mundial es un elemento orgánico del Fondo y debe, a todos los fines administrativos, ser asimilado a los diversos servicios del Fondo. La consecuencia es que las decisiones administrativas tomadas por el Director General respecto del personal del Mecanismo Mundial son, en derecho, decisiones del Fondo<sup>57</sup>.

Por Nota introducida en la Secretaría de la C.I.J. el 26 de abril de 2010, el Presidente de FIDA informó que el Consejo de Administración, actuando dentro del artículo XII del Anexo al Estatuto de la OIT, decidió impugnar la decisión N° 2867 del Tribunal y someter la validez a la decisión de la Corte, planteando nueve puntos de los cuales la Corte solo consideró los Puntos I y IX, porque los demás resultaban repetitivos en cuanto a la competencia o se trataban de cuestiones sustantivas a las que no le correspondía abocarse.

---

<sup>55</sup> C.I.J., *Jugement n°2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, Recueil, 2012, pp.10 y ss.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 38.

La Corte reiteró lo manifestado en la Opinión Consultiva de 1956, en el sentido que la circunstancia que el Tribunal hubiera juzgado bien o mal o interpretado bien o mal el derecho para juzgar el fondo del asunto, no afectaba su competencia. Esta debía apreciarse investigando si la demanda ante el Tribunal era de aquéllas respecto de las cuales el conocimiento del fondo correspondía al Tribunal según las normas que rigen su competencia.

Esta distinción, como ya se ha explicado entre la competencia y el fondo, es muy importante en el régimen jurídico del Tribunal. Los errores que cometa respecto de su competencia pueden ser revisados pero los errores de hecho o de derecho en cuanto al fondo de la cuestión no pueden ser revisados ya que los fallos son definitivos e inapelables, según el artículo VI del Estatuto.

La Corte, en su Opinión Consultiva, consideró que el Tribunal Administrativo era competente tanto *ratione personae*, ya que la recurrente ante el Tribunal administrativo era funcionaria del Mecanismo Mundial y, por ende, lo era de FIDA, como también *ratione materiae* ya que le eran aplicables las normas estatutarias o reglamentarias que rigen para el personal de FIDA cuya inobservancia había planteado la recurrente ante el Tribunal. La Corte no sólo consideró que el Tribunal Administrativo era competente sino que no se había detectado ningún error de procedimiento, por lo que la sentencia N° 2867 era válida<sup>58</sup>.

### III. Casos en que el efecto decisorio no deviene de cláusulas convencionales o estatutarias que así lo determinen, sino del derecho aplicable al caso

En este acápite considero necesario analizar el primer caso que se presentó el Pedido de una Opinión Consultiva a la Corte, con anterioridad a la modificación del artículo 11 del Estatuto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas que posibilitó su efecto decisorio. Y es el siguiente:

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 44.

*III.1) Efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas en los que se fijan indemnizaciones. (Opinión Consultiva del 13 de julio de 1954)<sup>59</sup>:*

El Secretario General de las Naciones Unidas, registró en la Secretaría de la Corte el 21 de diciembre de 1954 una copia certificada de una Resolución de la Asamblea General por la cual se solicitaba una Opinión Consultiva.

El problema por el cual se decidió pedir la opinión, se suscitó en el seno de la Quinta Comisión en virtud de la existencia de cuestiones jurídicas que debían dilucidarse, en oportunidad que el Secretario General solicitara la apertura de un crédito complementario para pagar indemnizaciones acordadas por el Tribunal Administrativo.

Las preguntas que se presentaron a la Corte fueron las siguientes:

“1. Vu l’Statut du tribunal administratif des Nations Unies et tous les autres instruments et textes pertinents, l’Assemblée générale a-t-elle le droit, pour une raison quelconque, de refuser d’exécuter un jugement du Tribunal accordant une indemnité à un fonctionnaire des Nations Unies à l’engagement duquel il a été mis fin sans l’assentiment de l’intéressé.

2. Si la Cour réponde pour l’affirmative à la question 1) quels sont les principaux motifs su lesquels l’Assemblée générale peut se fonder pour exercer légitimement ce droit?”<sup>60</sup>.

El artículo 2 del estatuto, en sus párrafos 2 y 3 establece que el Tribunal es competente para conocer y decidir las demandas que invocan la inobservancia del contrato de empleo y de las condiciones de empleo de los funcionarios de la Secretaría General y que, en caso de controversias sobre su competencia, es el Tribunal el que decide. Por lo tanto, según la Corte, una demanda referida a la rescisión de un contrato de empleo sin el asentimiento del funcionario se rige por los términos del artículo mencionado.

De acuerdo con el artículo 10 del Estatuto del Tribunal los fallos son

---

<sup>59</sup> C.I.J., *Effet des jugements du Tribunal administratif des N. U. accordant indemnité*, Recueil, 1954 p. 47 y ss.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 53.

definitivos e inapelables y deben ser motivados. Los términos de los artículos citados dan cuenta de la obligatoriedad de los fallos.

Cuando el Secretario General celebra un contrato laboral, compromete la responsabilidad jurídica de la organización, que es la persona jurídica a la cual representa. Cuando pone fin al contrato sin la aceptación del funcionario y ésta conducta conduce a una controversia ante el Tribunal, las partes son el funcionario interesado y la O.N.U., y esas partes están ligadas por el fallo del Tribunal<sup>61</sup>.

El Estatuto, en ese entonces no preveía ningún tipo de revisión de los fallos que eran definitivos e inapelables, y sólo el Tribunal, por sí mismo podía revisarlos<sup>62</sup>.

Al parecer fue deliberada la omisión de establecer en el Estatuto la posibilidad de una revisión, tal es así, que el Representante de Bélgica preguntó, en la sesión de la Quinta Comisión del 15 de noviembre de 1946 cuando se trató el tema, si los fallos podrían ser apelados o podrían ser revocados por la Asamblea General. El Relator respondió:

“(…) que, suivant le projet de statut préparé par le Comité consultif, les décisions du tribunal administratif seraient sans appel. Appeler à une compétence supérieure des jugements du tribunal administratif, ce serait retarder le règlement définitif des affaires d’ores et déjà examinées par des organismes créés à cette fin au sein su Secrétariat: ce retard, dans l’esprit du Comité, affecterait défavorablement le moral du personnel”<sup>63</sup>.

La Corte se preguntó si cuando en el pedido de Opinión Consultiva se establecieron los términos “*pour une raison quelconque*”, la Asamblea General quiso referirse a fallos que sobrepasan la competencia del Tribunal o a cualquier otro vicio que pudiera afectar un fallo y consideró que debería contestarse a ese interrogante determinando que no se trata de la nulidad de una sentencia arbitral en un arbitraje ordinario entre Estados sino de fallos pronunciados por un tribunal permanente creado por la Asamblea General, funcionando en virtud de un estatuto especial y en el marco de un sistema

---

<sup>61</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 55.

jurídico organizado por la O.N.U. que trata exclusivamente de controversias internas entre funcionarios y las Naciones Unidas representadas por su Secretario General.

Para que pudieran ser revisados por otro cuerpo que no fuera el Tribunal administrativo, sería necesario que el Estatuto u otro de los instrumentos jurídicos en juego contuviesen disposiciones expresas a ese efecto.

La Corte estimó que la Asamblea General por su composición y sus fines no puede actuar como un órgano judicial examinando los argumentos de las partes, las pruebas y el derecho aplicable, ya que es parte en el diferendo<sup>64</sup>. También consideró que la función de examinar y aprobar el presupuesto conferida por el artículo 17 de la Carta a la Asamblea General, no significa que ese órgano tuviese un poder absoluto de aprobar o no los gastos que le son propuestos, pues algunos de esos gastos derivan de obligaciones a cargo de la O.N.U. y la Asamblea general no tiene otra alternativa que cumplir esos compromisos que comprenden también las obligaciones emergentes de los fallos que acuerdan indemnizaciones<sup>65</sup>.

La Corte respondió por la negativa a la primera pregunta y por ende, consideró que la segunda no correspondía ser contestada<sup>66</sup>.

Este caso también es un buen ejemplo de que la Asamblea General y otros órganos involucrados pueden solicitar una Opinión Consultiva aunque el Estatuto del Tribunal Administrativo no lo faculte, el que en principio, no tendría carácter decisorio.

Sin embargo, paradójicamente, en este caso la Asamblea General tenía obligación de pagar las indemnizaciones, pero no porque lo dijera la Opinión Consultiva, sino porque la obligatoriedad emanaba de otras prescripciones tanto del derecho internacional general como del propio Estatuto del Tribunal, que dicho órgano no podía cuestionar.

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 62.

#### IV. Marco teórico

El análisis de las opiniones consultivas efectuado despeja, a mi entender, la duda sobre si éstas conservan el carácter de facultativas o si en algunos casos se convierten en obligatorias, cambiando su naturaleza.

En primer lugar, hemos visto que para que la Corte acepte la solicitud de emitir una opinión consultiva, deben cumplirse las condiciones tanto respecto de quienes puedan solicitarlas, como sobre las materias que pueden constituir el objeto de ese pedido, de acuerdo con lo establecido por el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, que la solicitud debe provenir de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad u otro órgano de las Naciones Unidas u organismo internacional autorizado por la Asamblea General. En cuanto a los requisitos que debe cumplir *ratione materiae*, debe tratarse de una cuestión jurídica aunque pueda tener connotaciones políticas, si bien la Corte podría en principio, en forma arbitraria, rehusar tratarla, 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 1996, 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 le environnement, leur utilisation pour 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?”<sup>67</sup>.

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

---

<sup>67</sup> 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<sup>68</sup>.

Entonces, cabe preguntarse cuál es la fuente de la obligatoriedad de estas opiniones consultivas que hemos analizado, si existe un cambio en su naturaleza o, si continúan teniendo igual naturaleza que las demás, puesto que el carácter obligatorio o vinculante de tales opiniones proviene de otras normas ajenas al sistema de la Carta y del Estatuto. La Corte se ha encargado de aclarar esta duda sosteniendo esta segunda alternativa. La obligatoriedad se origina en una cláusula convencional que le imprime ese valor, como se hizo evidente en la Opinión Consultiva sobre la aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de fecha 15 de diciembre de 1989. En este caso la Corte consideró que era competente tanto *ratione personae* como *ratione materiae* para brindar la Opinión Consultiva, aún cuando no fuese obligatoria porque Rumania, al adherirse a la Convención, había formulado una reserva según la cual no se consideraba obligada, en caso de diferendo, a las estipulaciones de la Sección 30. Para someter un diferendo a la reglamentación de la Corte es necesario el consentimiento de las partes involucradas, y la reserva excluía justamente la obligatoriedad de la Opinión Consultiva.

En el caso mencionado, la reserva no constituía impedimento para que la Asamblea General solicitase una Opinión Consultiva, pero sí afectaba su obligatoriedad. En este sentido, Ago expresa respecto de la reserva:

“Pero la existencia de este impedimento no fue considerada por la Organización como un obstáculo al ejercicio de su facultad de pedirle, no obstante a la Corte, por las vías previstas en la Carta y en el Estatuto de la Corte, una opinión consultiva desprovista, claro está, de todo efecto obligatorio, pero relativa no obstante a una divergencia de pareceres surgida en el mismo asunto y entre las mismas partes, si bien diferente de la que constituía el verdadero fondo de la controversia existente entre ellas. La Corte consideró perfectamente válida esta forma de proceder, lo que, a mi juicio, era indiscutible...”<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Sobre este caso, ver: SABIA DE BARBERIS, N. Gladys, “La protección del Medio Ambiente en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2003, pp. 160 y ss.

<sup>69</sup> AGO, Roberto, “Las opiniones consultivas ‘obligatorias’ de la Corte Internacional de Justicia”, en Manuel Rama-Montaldo (dir.), *El Derecho Internacional en un mundo en*

En otros casos, la aparente obligatoriedad de las opiniones consultivas se genera en cláusulas del Estatuto de los respectivos tribunales, distintas a las que establece su carácter vinculante o en normas de derecho internacional con un muy pequeño margen de posibilidades para ser interpretadas de diversas formas. Un caso de este tipo se plantea respecto de la presunta obligatoriedad de la Opinión Consultiva sobre el efecto de los Fallos del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas acordando indemnización, de fecha 13 de julio de 1954. Parecería que es un caso en que la Opinión Consultiva tenía un efecto obligatorio para las partes, sin necesidad que dependiera esta obligatoriedad de un artículo convencional ni de un artículo del Estatuto de un Tribunal que estableciera que en caso de solicitar una Opinión Consultiva, ésta sería vinculante para las partes.

A mi entender no se trata en este caso tampoco de una Opinión Consultiva vinculante.

La obligatoriedad surge de los artículos 2 y 10 del Estatuto del Tribunal que establece que sus fallos son definitivos e inapelables. En efecto, la Asamblea General estaba en todo su derecho de peticionar una Opinión Consultiva, pero su obligación de pagar las indemnizaciones surgía del Estatuto del Tribunal, porque sus fallos eran en ese entonces, reitero, definitivos e inapelables y tampoco se preveía la posibilidad de solicitar una Opinión Consultiva con carácter obligatorio, aún cuando fuera solamente para revisar la competencia o la existencia de algún error de procedimiento.

Entiendo que éste caso resulta un buen ejemplo de la opinión de Espósito, quien recogiendo alguna doctrina concordante, sostiene que la autoridad de las opiniones consultivas “(...) se ve incrementada hasta los límites de la vinculatoriedad cuando nos detenemos ante casos especiales. En concreto, nos referimos a las llamadas *opiniones negativas y opiniones compulsivas*, las opiniones pasivas o negativas se producen cuando la Corte demuestra que sólo un curso de acción es legal, o que el curso de acción emprendido no viola la legalidad”<sup>70</sup>.

---

*transformación. Liber Amicorum, en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1994, pp. 1093-1094.

<sup>70</sup> ESPÓSITO, Carlos, *La jurisdicción Consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, Ed. McGraw Hill, 1996, p. 150.

En el caso más arriba mencionado, parecería que había un único camino a seguir y no el abanico de posibilidades que generalmente se presenta para la interpretación de las normas al momento de su aplicación.

Según Espósito, las opiniones consultivas son compulsivas cuando ese efecto se ha previsto en un acuerdo externo al conjunto de normas que rigen la autoridad consultiva de la Corte<sup>71</sup>.

Ago observa que un criterio establecido en la carta para el arreglo de controversias –como es el que la instancia pueda ser incoada solamente por Estados y contra Estados, que era el criterio usual en 1946–, deba mantenerse sin cambio cuando existen múltiples controversias entre Estados y organizaciones internacionales y de éstas últimas entre sí. Por ello se pregunta:

“¿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 ya 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 da valor decisorio y un alcance obligatorio que corresponden tan mal a su carácter propio?”<sup>72</sup>.

Espósito, autor que se ha ocupado recurrentemente del tema, considera que las opiniones consultivas no son en teoría obligatorias o vinculantes como las sentencias judiciales, pero constituyen algo más que una mera opinión, destacando su carácter autoritativo, pues tienen una autoridad frente a los sujetos y órganos a los cuales se dirige<sup>73</sup>, pero sus efectos, en la práctica, se asemejan, y ello se debe también a los inconvenientes que se presentan para la ejecución de las sentencias. Si bien el artículo 94 de la Carta expresa que si una de las partes en un litigio deja de cumplir sus obligaciones, la otra puede recurrir al Consejo de Seguridad

---

<sup>71</sup> ESPÓSITO, Carlos, *op. cit.*, p. 150.

<sup>72</sup> AGO, Roberto, *op. cit.*, p. 1098.

<sup>73</sup> ESPÓSITO, Carlos, *op. cit.*, p. 18.

que tiene la capacidad de hacer cumplir los fallos, la realidad demuestra que sólo la voluntad política de los Estados puede llevar a que éstas se cumplan<sup>74</sup>.

A mi entender existe una diferencia en cuanto a sus efectos, las sentencias son obligatorias o vinculantes, no importan las dificultades que puedan existir en cuanto a su ejecución. Ello es propio del sistema descentralizado del derecho internacional que aparece incluso en casos en que se centraliza convencionalmente la aplicación del derecho a través de un tribunal internacional. En cambio las opiniones consultivas no son vinculantes aun cuando por el peso de la autoridad que las emite, impacte tanto en su aplicación como en el desarrollo progresivo del derecho internacional.

Que algunas opiniones consultivas lleguen a ser vinculantes no les cambia su tipificación ya que, como hemos visto, esa obligatoriedad se fundamenta en prescripciones jurídicas ajenas a la Carta y al Estatuto de la Corte.

## V. Reflexiones finales

Cuando se trata de emitir una Opinión Consultiva, cualquiera sean sus efectos, vinculantes o no vinculantes, la Corte debe en primer lugar ocuparse de su competencia, *ratione personae*, es decir que haya sido solicitada por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad o algún órgano de Naciones Unidas u organismo especializado autorizado para ello por la Asamblea General, a fin de dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 96 de la Carta de Naciones Unidas. También debe determinar si están dadas las condiciones *ratione materiae* para emitirla.

En este sentido tiene un poder de discrecionalidad ya que el artículo 65, párrafo 1 del Estatuto otorga a la Corte la facultad de emitirlas, pues no la obliga sino que utiliza la palabra “podrá”. Sin embargo, la C.I.J. no se ha negado y siempre ha reiterado que harían falta “*raisons décisives*” para oponerse a emitir tales opiniones y sólo se dio un caso en que la Corte

---

<sup>74</sup> ESPÓSITO, Carlos, *op. cit.*, pp. 160-161.

Permanente de Justicia Internacional se rehusó a brindar una Opinión Consultiva solicitada, en esa oportunidad, por el Consejo de la Sociedad de las Naciones<sup>75</sup>. Cabe señalar que hasta el presente la C.I.J. no ha invocado esa causal para no emitir las opiniones requeridas. Su límite estaría fijado por la necesidad que la pregunta habilite al Tribunal a brindar una respuesta jurídica y que, al hacerlo, no esté resolviendo con su respuesta la totalidad de una controversia entre Estados<sup>76</sup>.

Si bien debe tratarse de una cuestión jurídica, no importa que la cuestión planteada tenga aspectos políticos o de otra clase, lo importante para la Corte es, si se recorren las opiniones consultivas, que existan aspectos jurídicos sobre los cuales dictaminar.

Se puede concluir que en las opiniones consultivas analizadas, la Corte ha tenido en cuenta estos aspectos, sin importarles los efectos vinculantes que su opinión pueda tener, ya que esa obligatoriedad no proviene del sistema de la Carta o del Estatuto sino de instrumentos diferentes a ese sistema. Siempre vela porque se cumplan los requisitos de tales textos legales y que no existan razones imperiosas para rehusar responderlas.

Si tuviese que contestar la pregunta planteada en el título de este trabajo, después de analizar las opiniones consultivas de la Corte, diría que por la Carta y su Estatuto las Opiniones consultivas son facultativas, a pesar de la autoridad que emana del alto tribunal y por lo cual Espósito las califica de autoritativas y destaca el alto valor de acatamiento por parte de los solicitantes<sup>77</sup>. El carácter obligatorio en cuanto a sus efectos, siempre proviene de cláusulas específicas insertas en convenciones o en los estatutos de los tribunales administrativos o de otras normas del derecho internacional, como las opiniones que algunos autores, tal como hemos visto, llaman pasivas o negativas.

---

<sup>75</sup> Ver el caso de la Carelia Oriental en C.P.J.I. serie B, N° 5, p. 16.

<sup>76</sup> SABIA, N. Gladys, “La competencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado”, en Alejandro Chehtman [et al.], *La Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2013, pp. 191 y ss.

<sup>77</sup> Ver análisis en ESPÓSITO, Carlos, *op. cit.*, pp. 163-167.

# INTERPRETACIÓN DE SENTENCIAS EN DERECHO INTERNACIONAL

*Silvina S. González Napolitano\**

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Concepto, antecedentes, regulación jurídica y distinción con otros recursos. III. ¿Qué clase de sentencias admiten interpretación? IV. ¿Quién puede presentar este recurso, cómo y cuándo? V. ¿Quién resuelve el recurso, cómo y cuándo? VI. ¿Cuál es el procedimiento previsto? VII. ¿Qué recursos de interpretación se han presentado? VIII. Observaciones finales.

## I. Introducción

La interpretación de sentencias es un recurso utilizado desde antaño, el cual, en la actualidad, se encuentra disponible en la mayoría de los estatutos y reglamentos de tribunales internacionales, así como en tratados o compromisos arbitrales.

En este artículo se hará referencia a los requisitos, características y alcances de este recurso en el contexto de ciertos tribunales internacionales que podrían ser de interés para la República Argentina, como la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (T.I.D.M.), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte I.D.H.) y algunos tribunales arbitrales internacionales.

Asimismo, se diferenciará la interpretación de sentencias de otros recursos o procedimientos también previstos en tratados, estatutos y reglamentos de tribunales internacionales.

---

\* Doctora en Derecho (U.B.A.). Profesora Titular Regular de Derecho Internacional Público y Profesora Adjunta Regular de Derechos Humanos y Garantías (U.B.A.). Profesora en cursos de grado y/o posgrado (U.B.A., Universidad Austral, U.T.D.T., E.S.G.N. y E.C.A.E.). Miembro Consejero del C.A.R.I.

Por último, se hará referencia a algunas sentencias de tribunales internacionales en las que se resuelven solicitudes de interpretación de sentencias judiciales o laudos arbitrales.

## II. Concepto, antecedentes, regulación jurídica y distinción con otros recursos

La interpretación de sentencia es un recurso que puede presentar cualquiera de las partes litigantes (o conjuntamente) con el fin de solicitar al tribunal que la emitió que aclare algún punto del fallo que da lugar a diferencias de interpretación entre dichas partes, en cuanto a su alcance o sentido.

Ya en épocas remotas se encuentran antecedentes de su aplicación. En tal sentido, los académicos citan un tratado de arbitraje del siglo XIII en el que se reservaba al árbitro Felipe III, Rey de Francia, el poder de corregir o interpretar el laudo dictado, derecho que en 1285 fuera ejercido por el hijo del mencionado monarca<sup>1</sup>. También en el siglo XIX existe práctica sobre interpretación de laudos en algunos arbitrajes aun cuando no estaba previsto expresamente dicho recurso en el tratado marco<sup>2</sup>. De ahí que se sostenga que la interpretación de las sentencias encuentre su fuente en el derecho internacional consuetudinario o en un principio general de derecho<sup>3</sup>.

En la actualidad, el recurso de interpretación se encuentra disponible en la mayoría de los estatutos y reglamentos de tribunales internacionales, así como en tratados o compromisos arbitrales.

Por ejemplo, el Estatuto de la C.I.J. prevé en el artículo 60 que “En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo

---

<sup>1</sup> ZIMMERMANN, Andreas & THIENEL, Tobias, “Article 60”, en Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm & Christian Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2ª ed., 2012, p. 1473.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 1473-1474. Los autores mencionan el caso *E. G. Montano*, dirimido ante una comisión mixta de reclamos establecida por la Convención de 1863 entre Estados Unidos y Perú.

<sup>3</sup> HERDEGEN, Matthias, “Interpretation in International Law”, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, versión disponible en <http://www.mpepil.com> (2010), para. 60.

interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”. El Estatuto del T.I.D.M. emplea una fórmula similar en el artículo 33.3 de su Estatuto (Anexo VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 67, respecto de los fallos que dicte la Corte I.D.H.

En el contexto del arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), el recurso previsto en el artículo 50 (1) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1965) (Convenio C.I.A.D.I.) para resolver “una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo” es el de “aclaración”, según el texto del Convenio en español, pero en el texto en inglés se usa la expresión “*interpretation*” (interpretación). Por su parte, el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. contempla la interpretación en el artículo 55.

Asimismo, el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (Reglamento de la C.N.U.D.M.I.), enmendado en 2010, prevé la interpretación de un laudo emitido por un tribunal arbitral regido por dicho Reglamento (artículo 37).

El hecho de que el recurso de interpretación esté expresamente disponible en la normativa por la que se rige un tribunal asegura que si el tribunal tiene jurisdicción para emitir un fallo también la tendrá, *ipso facto*, para interpretarlo. De modo que no se requiere establecer una nueva base de jurisdicción. A pesar de ello, en el ámbito de algunos tribunales, como la C.I.J. –que siguió la práctica de la C.P.J.I.–, frente a la interposición de un pedido de interpretación se abre un nuevo procedimiento, distinto de aquel en el cual se adoptó el fallo cuya interpretación se solicita.

Resulta de utilidad distinguir al recurso de interpretación de otros recursos que pueden presentarse con las sentencias o los laudos de tribunales internacionales<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Ver OELLERS-FRAHM, Karin, “Judgments of International Courts and Tribunals, Interpretation of”, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, versión disponible en <http://www.mpepil.com> (2010), para. 1.

En la apelación lo que se busca es que un tribunal superior revoque o cambie el contenido de la sentencia. En cambio, en la interpretación, es (en lo posible) el mismo tribunal que dictó la sentencia el que tendrá que aclarar el sentido o alcance de algún punto, pero esto no implicará apartarse o modificar lo allí establecido.

El recurso de revisión tiene por objeto que el mismo tribunal (en lo posible) reexamine la sentencia (y eventualmente la modifique) tomando en consideración el descubrimiento de un hecho esencial, relevante que, de haberse conocido al momento de dictar el fallo, el resultado habría sido otro<sup>5</sup>. La finalidad es reabrir el caso para evaluar si se cambia el contenido de la sentencia, algo que no ocurre con el recurso de interpretación que, como ya se explicó, no pretende modificar la decisión del tribunal sino aclararla.

El pedido de rectificación también se diferencia de la interpretación, puesto que en el primero se busca corregir un error material, de cálculo o aritmético contenido en el laudo o la sentencia<sup>6</sup>, mientras que en el segundo no hay corrección alguna.

La solicitud de ampliación tiene por finalidad lograr que el mismo tribunal se expida sobre una cuestión que fue invocada durante el procedimiento y omitida en el fallo<sup>7</sup>. Por el contrario, en la interpretación el tribunal aclara una cuestión que ya fue tratada en la sentencia o laudo.

Por último, mediante una solicitud de anulación se pretende dejar sin efecto un laudo por un vicio que adolece (por ejemplo, en el supuesto de que el tribunal haya actuado *ultra petita*)<sup>8</sup>, algo muy diferente de lo que se requiere con la interpretación, ya que lejos de pretender anular, busca obtener claridad en la sentencia.

### III. ¿Qué clase de sentencias admiten interpretación?

---

<sup>5</sup> Ver, por ejemplo, artículo 61 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, artículo 38 del Reglamento de Arbitraje de la C.N.U.D.M.I.

<sup>7</sup> *Ibid.*, artículo 39 sobre laudos adicionales.

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, artículo 52 del Convenio C.I.A.D.I.

Como puede observarse, los Estatutos de la C.I.J. y del T.I.D.M. y la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refieren a la interpretación del “fallo” en el mismo artículo en el cual mencionan que el fallo será “definitivo e inapelable” (artículo 60 Estatuto de la C.I.J.; artículo 67 de la C.A.D.H.) o “definitivo y obligatorio” (artículo 33 Estatuto del T.I.D.M.). De modo que el recurso de interpretación solamente está previsto para sentencias definitivas, no para providencias (quedando así descartada, por ejemplo, la interpretación de providencias sobre medidas provisionales). En particular, el Reglamento de la Corte I.D.H. (2009) aclara que la solicitud de interpretación podrá promoverse en relación con las sentencias de excepciones preliminares, fondo o reparaciones y costas (artículo 68, inc. 1).

Por su parte, el Convenio C.I.A.D.I. (artículo 50) y las Reglas de Arbitraje del C.I.A.D.I. (Reglas 50 y 51) limitan el recurso de aclaración a los “laudos”. En la práctica del C.I.A.D.I., los únicos laudos son los finales, es decir los laudos de fondo o los laudos que deniegan jurisdicción, puesto que cuando los tribunales arbitrales en la fase de jurisdicción deciden rechazar las excepciones jurisdiccionales planteadas y confirmar que poseen competencia lo hacen a través de un acto al que denominan “decisión de jurisdicción”, en lugar de laudo.

El Reglamento de la C.N.U.D.M.I. también se refiere a la interpretación de los “laudos” (artículo 37). Sin embargo, en la práctica de los tribunales arbitrales regidos por dicho Reglamento hay distintos tipos de laudos, no sólo los definitivos o los finales, sino también los provisionales o interinos (*interim award*) o los parciales (*partial award*). De modo que cualquiera de ellos podría ser objeto de interpretación, según el lenguaje literal del reglamento.

#### IV. ¿Quién puede presentar este recurso, cómo y cuándo?

Por lo general, el recurso de interpretación puede ser presentado por una o todas las partes litigantes, pero la interpretación de una sentencia no puede proceder de oficio. En el escrito se debe identificar la sentencia a ser interpretada e indicar con precisión el punto o los puntos de desacuerdo en cuanto al sentido o alcance del fallo.

Ante la C.I.J. y el T.I.D.M. puede ser presentado por cualquiera de las partes litigantes, por medio de una solicitud de interpretación, o las partes en conjunto, a través de un compromiso (artículo 98, incs. 1 y 2 Reglamento de la C.I.J.; artículo 126, incs. 1 y 2 Reglamento del T.I.D.M.).

En el ámbito de la Corte I.D.H. pueden presentar solicitudes de interpretación tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como los Estados litigantes, las víctimas o sus representantes.

Las Reglas de Arbitraje del C.I.A.D.I. disponen que la solicitud de aclaración debe ir acompañada del pago de un derecho de registro (Regla 50.1.d).

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. establece en el artículo 55.1 que “cualquiera de las partes, con notificación a la otra, podrá solicitar que el Secretario General obtenga del Tribunal una interpretación del laudo”.

No hay plazo para presentar una solicitud de interpretación ante la C.I.J. o el T.I.D.M. Lo mismo ocurre con la solicitud de aclaración en los arbitrajes del C.I.A.D.I.. Si bien la lógica es que se presente en una época cercana al dictado del fallo o laudo, cuando supuestamente debe cumplirse, lo cierto es que algunos problemas de interpretación pueden surgir años más tarde. De hecho eso ocurrió en el caso del *Templo de Preah Vihear* ante la Corte Internacional de Justicia<sup>9</sup>.

En cambio, en la Corte IDH la solicitud de revisión de un fallo debe presentarse dentro de los 90 días desde la fecha de notificación del fallo (artículo 67 C.A.D.H).

En los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. se dispone de un plazo de 45 días de la fecha del laudo (artículo 55.1), mientras que en el Reglamento de la C.N.U.D.M.I. el plazo es más reducido, ya que se ha establecido que una parte podrá requerir al tribunal arbitral una interpretación del laudo

---

<sup>9</sup> C.I.J., *Solicitud de interpretación del Fallo del 15 de junio de 1962 en el caso concerniente al Templo de Preah Vihear* (Camboya c. Tailandia), Fallo, 11/11/2013.

“[d]entro de los 30 días siguientes a la recepción del laudo” (artículo 37, inc. 1).

## V. ¿Quién resuelve el recurso, cómo y cuándo?

En el caso de la C.I.J. se explicita que el recurso es resuelto por la Corte o Sala que dictó el fallo cuya interpretación se requiere (artículo 100, inc. 1 del Reglamento de la C.I.J.), y que lo hace bajo la forma de un fallo (artículo 100.2).

El Reglamento de la Corte I.D.H. (2009) aclara que la Corte “se reunirá, si es posible, con la composición que tenía al dictar la sentencia respectiva. Sin embargo, en caso de fallecimiento, renuncia, impedimento, excusa o inhabilitación, se sustituirá al Juez de que se trate según el artículo 17 de este Reglamento” (artículo 68.3). También especifica que la interpretación se resolverá mediante una sentencia (artículo 68.5).

En las Reglas del C.I.A.D.I. se establece que al registrar una solicitud de aclaración, el Secretario General del C.I.A.D.I. debe “requerir a cada miembro del Tribunal que le informe dentro de un plazo determinado si está dispuesto a participar en la consideración de la solicitud” (Regla 51.1.b). En caso afirmativo, “el Secretario General así lo notificará a los miembros del Tribunal y a las partes. En cuanto se envíen estas notificaciones, se considerará que se ha reconstituido el Tribunal” (Regla 51.2). Si, por el contrario, el Tribunal no pudiere reconstituirse, “el Secretario General lo notificará a las partes y las instará a proceder, en cuanto sea posible, a constituir un nuevo Tribunal, incluyendo la misma cantidad de árbitros, siguiendo el mismo método, como el Tribunal original” (Regla 51.3).

El Reglamento de la C.N.U.D.M.I. expresa que “la interpretación se dará por escrito dentro de los 45 días siguientes a la recepción del requerimiento” y que formará parte del laudo, por lo que debe cumplir con todos los requisitos de los laudos (artículo 37.2).

## VI. ¿Cuál es el procedimiento previsto?

En la C.I.J., el T.I.D.M. y la Corte I.D.H., de la solicitud se le da traslado a la contraparte, la cual tendrá derecho a presentar sus

observaciones dentro del plazo que fije la Corte (artículo 98.3 del Reglamento de la C.I.J.; artículo 126.3 del Reglamento del T.I.D.M.; artículo 68.2 del Reglamento de la Corte I.D.H.). Asimismo, las partes podrán eventualmente ampliar la información por escrito u oralmente (artículo 98.4 del Reglamento de la C.I.J.; artículo 126.4 del Reglamento del T.I.D.M.).

El Reglamento de la Corte I.D.H. (2009) aclara que la Corte determinará el procedimiento que se seguirá para la interpretación de la sentencia (artículo 68.5) y que la solicitud de interpretación no suspenderá su ejecución (artículo 68.4).

En las Reglas del C.I.A.D.I. se dispone que el Secretario General del C.I.A.D.I. deberá registrar la solicitud de aclaración, notificar de dicho acto a las partes y enviar a la contraparte copia tanto de la solicitud como de cualquier documento acompañado (Regla 50.2). Idéntica notificación y envío es dirigido a los miembros del tribunal, consultándoles si participarán en el procedimiento de aclaración (Regla 51.1). Se aplicarán a este procedimiento y a la decisión del tribunal, *mutatis mutandis*, las Reglas de Arbitraje del C.I.A.D.I., es decir las mismas que rigen para el procedimiento original en el que se dictó el laudo a ser aclarado (Regla de Arbitraje 53).

En cuanto a la suspensión de la ejecución del laudo del C.I.A.D.I. a ser aclarado, la Regla de Arbitraje 54 dispone que en la misma solicitud de aclaración se podrá requerir la suspensión total o parcial del laudo. También podrá requerirlo posteriormente cualquiera de las partes, antes de que se decida la solicitud de aclaración. En cualquier supuesto, se deberán indicar las circunstancias que justifiquen el pedido. El tribunal deberá considerar de manera prioritaria cualquier solicitud al respecto, dando oportunidad para que la contraparte presente sus observaciones (Regla de Arbitraje 54.4). Asimismo, el tribunal podrá, en cualquier momento, modificar o poner término a la suspensión que haya otorgado, a pedido de cualquiera de las partes, y dando cuenta de las circunstancias que lo ameritan (Regla de Arbitraje 54.3). De todas formas, la suspensión terminará automáticamente en la fecha en que se dicte la decisión final del tribunal en cuanto a la solicitud de aclaración.

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. dispone en el artículo 55.2 que el tribunal

arbitral determinará el procedimiento a seguir, y en el artículo 55.3 que la interpretación formará parte del laudo.

## VII. ¿Qué recursos de interpretación se han presentado?<sup>10</sup>

### VII. 1. Corte Permanente de Justicia Internacional:

En el ámbito de la C.P.J.I. se presentaron dos recursos de interpretación: uno en el caso del *Tratado de Neuilly*, entre Bulgaria y Grecia, resuelto por una sala de procedimiento sumario, y el otro en el de la *Fábrica de Chorzów*, entre Alemania y Polonia.

En el primer caso, fue Grecia quien solicitó la interpretación con el fin de saber si, según el fallo, los reclamos allí referidos sólo debían ser pagados de la venta de las propiedades de Bulgaria en territorio griego. La Corte recibió los escritos de ambas partes y estimó innecesario la celebración de una audiencia. Finalmente, rechazó la solicitud por entender que la interpretación en virtud del artículo 60 no debía sobrepasar los límites del fallo a ser interpretado<sup>11</sup>.

En el segundo caso, Alemania solicitó a la Corte la interpretación de dos fallos, que había dictado en 1926 (Fallo N° 7) y 1927 (Fallo N° 8) en ese caso, mientras estaba en curso el reclamo por indemnización<sup>12</sup>. Argüía que el Fallo N° 7 habría reservado al gobierno de Polonia el derecho de anular, por vía judicial, el Acuerdo de 1919 y la inscripción, basada en dicho acto, de una sociedad como propietaria. Sin embargo, entendía que la acción adoptada por Polonia contra dicha sociedad, no se correspondía con la adecuada interpretación de los fallos en cuestión. En este procedimiento, luego de recibir los escritos de ambas partes, se llevó a cabo una audiencia.

---

<sup>10</sup> En el ámbito de los tribunales judiciales se consignan los recursos presentados al 31 de octubre de 2016. En el ámbito de los tribunales arbitrales solo se mencionan algunos recursos que se encuentran en el dominio público al 31 de octubre de 2016.

<sup>11</sup> C.P.J.I., *Interpretación del Fallo No. 3 (Tratado de Neuilly)* (Grecia/Bulgaria), Serie A, N° 4, Sala de Procedimiento Sumario, Fallo, 26/03/1925, p. 7.

<sup>12</sup> C.P.J.I., *Interpretación de los Fallos Nos. 7 y 8 (Fábrica de Chorzów)* (Alemania c. Polonia), Serie A, N° 13, Fallo, 16/12/1927, p. 5.

La Corte señaló que los requisitos para la interpretación de un fallo eran los siguientes: 1) que exista un desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo (Polonia sostenía que no existía una disputa entre las partes acerca de la interpretación del fallo); 2) que el pedido tenga por objeto la interpretación de un fallo<sup>13</sup>. En opinión de la Corte, la expresión “interpretación” debe ser entendida como dar una precisa definición sobre el sentido y el alcance que el tribunal intentó dar al fallo en cuestión.

La Corte explicó qué entendía por “disputa” en el marco del recurso de interpretación: se trata de una diferencia de opiniones que no puede ser disipada de otro modo. No es necesario que la disputa se presente de un modo formal, ni que haya habido entre las partes negociaciones diplomáticas previas; es suficiente con que los dos Estados hayan manifestado de hecho sus opiniones opuestas respecto del sentido o alcance del fallo<sup>14</sup>.

En cuanto a la expresión “el sentido o el alcance del fallo” –contenida en el artículo 60 del Estatuto–, esta debe ser analizada teniendo en cuenta que el artículo precedente establece que “[l]a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Según la Corte, la natural inferencia que debe extraerse es que la segunda oración del artículo 60 fue insertada para habilitar a la Corte, de ser necesario, del poder de aclarar los puntos que haya resuelto en un fallo con fuerza obligatoria, y que una solicitud de interpretación que no tenga tal finalidad no encuadrará en los términos de dicha disposición. En conclusión, para que una diferencia de opinión sea objeto de interpretación debe existir una diferencia de opinión entre las partes relativa a puntos del fallo que fueran decididos con fuerza obligatoria<sup>15</sup>. Incluso, aclara la Corte, la cuestión de si un determinado punto fue o no decidido con fuerza obligatoria también está dentro del objeto de la interpretación.

Polonia aseveraba que el pedido de interpretación de Alemania no se refería a la parte operativa del fallo, que era lo único que podía ser objeto de interpretación; sin embargo, la Corte no compartió esta posición. El hecho de que en los fundamentos del fallo existiera un párrafo sobre el cual

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 11.

una de las partes interpretara que se trataba de una reserva cuyo efecto podría restringir la fuerza obligatoria del fallo (se trataba del Fallo N° 7), permitía a la Corte hacer lugar a la interpretación y establecer el verdadero sentido y alcance del fallo<sup>16</sup>.

En cuanto al fondo de la interpretación solicitada, la Corte puntualizó que no se sentía obligada a responder por “sí” o por “no” a las proposiciones formuladas en el escrito presentado por Alemania. Para ello, la Corte comparó las reglas aplicables a la solicitud de interpretación y las aplicables al procedimiento ordinario. Mientras que en una solicitud de incoación de un procedimiento ordinario se debía indicar el reclamo y en la memoria especificar las conclusiones, en la solicitud de interpretación se debían precisar los puntos en desacuerdo y la parte tenía derecho a presentar “observaciones” y eventualmente “opiniones” adicionales, a invitación de la Corte<sup>17</sup>. En consecuencia, la Corte consideraba que las presentaciones de Alemania eran una simple indicación de los puntos cuyo sentido y alcance se pedía a la Corte que interpretara<sup>18</sup>. Así, la Corte consideró que en realidad las dos sumisiones formuladas en la solicitud alemana se referían al mismo punto en disputa, desde dos aspectos diferentes: su sentido y su alcance. Dicho punto se refería a un párrafo del Fallo N° 7, el cual fue finalmente interpretado por la Corte<sup>19</sup>.

Por último, frente a una observación de Polonia, la Corte señaló que la interpretación de un fallo no podía ser dejada de lado meramente porque pudiera ser de importancia en otro caso que se encontrara pendiente (refiriéndose al reclamo por indemnización) y afirmó que la interpretación no agregaba nada al fallo, el cual había adquirido la fuerza de cosa juzgada y solo podía tener fuerza obligatoria dentro de los límites de lo que se había decidido en el fallo interpretado<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>17</sup> Ibidem, pp. 15-16.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 21.

## VII. 2. Corte Internacional de Justicia:

En el ámbito de la C.I.J. se presentaron cinco recursos de interpretación, uno de ellos junto con un pedido de revisión<sup>21</sup>.

El primer pedido fue efectuado el mismo día en que la Corte dictó la sentencia en el *Caso relativo al derecho de asilo*. En primer lugar, Colombia preguntó acerca de si el fallo de 1950 debía interpretarse en el sentido de atribuir efectos jurídicos a la calificación hecha por el Embajador de Colombia respecto del delito que se le imputaba a Haya de la Torre<sup>22</sup>. La Corte consideró que esta cuestión no había sido sometida a la Corte. Solo se le había requerido pronunciarse sobre una conclusión formulada por Colombia en términos abstractos y generales<sup>23</sup>. En segundo y tercer lugar, Colombia consultó si debía interpretarse que Perú no tenía derecho a exigir la entrega del refugiado ni Colombia la obligación de entregarlo o, por el contrario, que Colombia estaba obligada a entregar al asilado. La Corte entendió que esta alternativa relacionada con la entrega del refugiado tampoco había sido incluida en las peticiones de las partes, no se trataba de una laguna en el fallo sino de un punto nuevo sobre el cual la Corte no podía pronunciarse en el marco de una solicitud de interpretación<sup>24</sup>. Por otra parte, tampoco se había cumplido con el requisito de la existencia de una disputa entre las partes acerca de la interpretación. Esto último es obvio, ya que la solicitud se presentó el mismo día de conocerse el fallo. Por todo ello, la Corte declaró inadmisibles las solicitudes de interpretación<sup>25</sup>.

El segundo pedido de interpretación tuvo lugar respecto del fallo dictado en el *Caso concerniente a la Plataforma continental entre Libia y Túnez*, oportunidad en la cual la Corte solo hizo lugar a la interpretación requerida, no así a los pedidos de revisión, de corrección de un error y

---

<sup>21</sup> C.I.J., *Solicitud de revisión e interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982 en el caso concerniente a la Plataforma continental entre Libia y Túnez* (Túnez c. Libia), Fallo, 10/12/1985.

<sup>22</sup> C.I.J., *Solicitud de interpretación del Fallo del 20 de noviembre de 1950 en el caso relativo al derecho de asilo* (Colombia c. Perú), Fallo, 27/11/1950, *I.C.J. Reports 1950*, p. 399.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 403.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 404.

orden de mensura de expertos, que habían sido presentados conjuntamente por Túnez<sup>26</sup>.

En lo que respecta puntualmente a la solicitud de interpretación, que había sido presentada por Túnez en subsidio del pedido de revisión, Libia presentó una objeción, ya que sostenía que, de ser necesario, las partes debían requerir aclaraciones a la Corte de manera conjunta (ya que eso surgía del compromiso celebrado oportunamente por las partes), lo que no había ocurrido en este caso, puesto que el pedido de interpretación provenía de una solicitud unilateral de Túnez<sup>27</sup>. En efecto, el artículo 3 del compromiso estipulaba:

“En caso de que no se alcance el acuerdo mencionado en el artículo 2 en un plazo de tres meses, renovable por mutuo acuerdo a partir de la fecha en que se pronuncie el fallo de la Corte, las dos partes volverán conjuntamente a la Corte y pedirán las explicaciones o aclaraciones que faciliten la tarea de las dos delegaciones para determinar la línea de separación de las dos zonas de la plataforma continental, y las dos partes cumplirán el fallo de la Corte y sus explicaciones o aclaraciones”.

Sin embargo, la Corte concluyó que el compromiso no impedía la presentación de la solicitud de interpretación unilateral sobre la base del artículo 60 del Estatuto. Para la Corte el artículo 60 se trata de una jurisdicción especial, reconocida por los Estados al ser partes del Estatuto<sup>28</sup>. Según la Corte, de aceptar la interpretación dada por Libia, el ejercicio del derecho de una de las partes a requerir la interpretación del fallo según el artículo 60 del Estatuto se podría ver bloqueado por la otra parte, si esa parte no eligiera cooperar. Si un acuerdo especial podría o no derogar el Estatuto válidamente entre las partes es una cuestión que no debe presumirse a la ligera. Por ello, la Corte considera que no puede interpretar el Compromiso de las partes en tal sentido<sup>29</sup>.

En cuanto a los requisitos para admitir la solicitud de interpretación, la Corte concluyó que se cumplían. En efecto, existía un desacuerdo entre

---

<sup>26</sup> *Solicitud de revisión e interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982 en el caso concerniente a la Plataforma continental entre Libia y Túnez* (Túnez c. Libia), Fallo, 10/12/1985, para. 69.

<sup>27</sup> *Ibidem*, para. 41.

<sup>28</sup> *Ibidem*, para. 43.

<sup>29</sup> *Ídem*.

las partes sobre el sentido y el alcance del fallo de 1982, en cuanto a si la línea en uno de los tramos debía pasar obligatoriamente por un determinado punto (según Libia sí, según Túnez no). La Corte explicó que, aunque las partes no le hubieran encomendado trazar la línea de delimitación de la plataforma continental, se habían comprometido a aplicar los principios y reglas indicados por ella en su fallo<sup>30</sup>. Por lo tanto, declaró admisible el recurso de interpretación en lo referido al primer y segundo sector de la delimitación y explicó el significado y el alcance de los párrafos pertinentes de su fallo<sup>31</sup>.

El tercer pedido de interpretación fue respecto al fallo sobre jurisdicción dictado en el *Caso de la controversia terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*<sup>32</sup>, por el que la Corte había rechazado las siete excepciones preliminares que había planteado Nigeria. La solicitud de interpretación de Nigeria se basaba en que Camerún había afirmado que Nigeria era responsable por ciertos incidentes que habrían ocurrido en distintos lugares y a lo largo de la frontera y el fallo de la Corte no especificaba cuáles de esos incidentes denunciados debían considerarse parte del fondo del caso. Puntualmente Nigeria pedía a la Corte que declarara lo siguiente: a) la controversia planteada a la Corte no incluía los incidentes denunciados, salvo (como mucho) los indicados en la denuncia de marzo de 1994 y la denuncia adicional de junio de 1994; b) el derecho de Camerún a exponer hechos y consideraciones jurídicas adicionales guardaba relación (como mucho) únicamente con hechos y consideraciones indicados en las mencionadas denuncias; c) la cuestión de si los hechos denunciados estaban comprobados o no, guardaba relación (como mucho) con los indicados en las citadas denuncias<sup>33</sup>. Por su parte, Camerún dejó que la Corte decidiera si tenía competencia para pronunciarse sobre una solicitud de un fallo sobre excepciones preliminares y, al margen de ello, pidió a la Corte que declarase inadmisibile la solicitud de Nigeria; alternativamente que

---

<sup>30</sup> Ibidem, para. 48.

<sup>31</sup> Ibidem, para. 69.

<sup>32</sup> *Solicitud de interpretación del Fallo del 11 de junio de 1998 en el caso concerniente a la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria), Fallo, 25/03/1999.

<sup>33</sup> Ibidem, para. 7.

resolviera que Camerún tenía derecho a hacer valer todos los hechos con independencia de la fecha en que se hubiesen producido<sup>34</sup>.

En primer lugar, la Corte se ocupó de la cuestión de si tenía competencia para interpretar un fallo sobre excepciones preliminares. Al respecto, luego de analizar el artículo 60 del Estatuto, la Corte entiende que tiene competencia para interpretar cualquier fallo que haya dictado, ya que en dicha disposición no se distingue en cuanto al tipo de fallo de que se trate<sup>35</sup>. Sin embargo, recuerda que toda interpretación debe guardar relación con la parte dispositiva del fallo y no puede referirse a las razones en que se base el fallo, salvo en la medida en que sean inseparables de la parte dispositiva. En este caso esto se cumplía puesto que la interpretación que requería Nigeria se vinculaba con las razones que la Corte había dado en los considerandos 18 a 101 de la sentencia, que eran inseparables de la parte dispositiva del fallo<sup>36</sup>.

No obstante, la Corte terminó declarando inadmisibile la solicitud de interpretación<sup>37</sup>. Ello por cuanto entendió que la cuestión de las condiciones de la admisibilidad de una demanda en el momento de su presentación y la cuestión de la admisibilidad de la presentación de hechos y razones jurídicas adicionales eran dos cosas diferentes. En su fallo de 1998 la Corte consideró que el límite del derecho a presentar hechos y consideraciones jurídicas adicionales era que la controversia planteada no debía transformarse en otra diferente. En relación con la sexta excepción preliminar que había planteado Nigeria, la Corte había fallado que Camerún no había transformado la controversia y que su demanda –en la que invocaba la responsabilidad de Nigeria por incidentes que habían tenido lugar con posterioridad a la presentación de la solicitud de incoación de procedimiento– se ajustaba a los requisitos del artículo 38 del Reglamento de la C.I.J. La Corte no distinguió entre “incidentes” y “hechos”, entonces consideró que los incidentes adicionales constituían hechos adicionales y que su inclusión se regía por las mismas normas. Por lo tanto, la Corte ya se había ocupado en su fallo, de lo que Nigeria planteaba en la primera

---

<sup>34</sup> Ídem.

<sup>35</sup> *Ibidem*, para. 10.

<sup>36</sup> *Ibidem*, para. 11.

<sup>37</sup> *Ibidem*, para. 19.

conclusión de su solicitud de interpretación<sup>38</sup>. En cuanto a las otras dos conclusiones, la Corte entendió que se intentaba eliminar del examen elementos de hecho y de derecho que, en su fallo, ya había autorizado a Camerún a presentar o que Camerún aún no había planteado (ya que la etapa de fondo todavía estaba en curso). En consecuencia, la Corte no podía tratar dichas conclusiones<sup>39</sup>. Finalmente, la Corte desestimó el pedido de interpretación, sin necesidad de examinar si existía entre las partes una controversia respecto del sentido o alcance del fallo<sup>40</sup>.

En este caso, Camerún había solicitado que se impusieran a Nigeria las costas por este incidente de interpretación. No obstante, la Corte rechazó el pedido, considerando que no había ninguna razón para apartarse de la norma general del artículo 64 del Estatuto<sup>41</sup>.

El cuarto pedido de interpretación se requirió respecto del fallo de fondo dictado en el caso *Avena y otros nacionales mexicanos*. México inició un procedimiento de interpretación con el fin de que se aclarara el párrafo 153.9 de la sentencia de fondo de 2004, que establecía que la reparación apropiada en ese caso consistía en la obligación de los Estados Unidos de disponer, por medios de su elección, revisión y reconsideración de las condenas y sentencias de los nacionales mexicanos mencionados en el fallo. La Corte concluyó que las cuestiones sobre las que México requería interpretación no eran materias decididas por la Corte en su fallo de 2004, por lo tanto, rechazó el pedido de interpretación<sup>42</sup>. Sin perjuicio de ello, afirmó que Estados Unidos había violado la medida provisional indicada por la Corte durante el transcurso de dicho procedimiento de interpretación<sup>43</sup>.

El quinto y último pedido de interpretación se presentó en 2011, respecto del fallo dictado en 1962 en el caso del *Templo de Preah Vihear*, junto con un pedido de medidas provisionales.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, para. 15-16.

<sup>39</sup> *Ídem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*, para. 17.

<sup>41</sup> *Ibidem*, para. 18.

<sup>42</sup> C.I.J., *Solicitud de interpretación del Fallo del 31 de marzo de 2004 en el caso concerniente a Avena y otros nacionales* (México c. EE.UU.), Fallo, 19/01/2009, para. 61(1) y (4).

<sup>43</sup> *Ibidem*, para. 61(2).

En el fallo de 1962 la Corte había fallado que: 1. el Templo de Preah Vihear estaba situado en territorio bajo la soberanía de Camboya. En consecuencia, 2. Tailandia tenía la obligación de retirar sus fuerzas militares y policiales, y otros guardias o cuidadores, apostados por ella en el Templo, o en su proximidad sobre el territorio de Camboya; 3. Tailandia tenía la obligación de restituir a Camboya cualquiera de los objetos de la clase especificada por Camboya que podían, desde la fecha de la ocupación del Templo por Tailandia en 1954, haber sido removidos del Templo o del área del Templo por las autoridades tailandesas<sup>44</sup>.

Puntualmente, en la solicitud de interpretación, Camboya sostiene que las partes están en desacuerdo sobre el sentido y alcance del fallo de 1962. La disputa concierne al primer y segundo párrafo de la parte dispositiva del fallo de 1962, así como el nexo entre ambos. En cuanto al primer párrafo: “*está situado en territorio bajo la soberanía de Camboya*” (uso del término “territorio”). En cuanto al segundo párrafo: “*en el Templo, o en su proximidad sobre el territorio de Camboya*” (uso de los términos “proximidad” y “territorio”). En cuanto al nexo entre ambos: si el segundo párrafo debe leerse a la luz del primero o si los términos particulares empleados en el segundo deben leerse como un límite al objeto general del primer párrafo.

Camboya requiere a la Corte interpretar que dado que el Templo se encuentra en territorio bajo soberanía de Camboya (primer párrafo), que es la consecuencia del hecho de que el Templo esté situado en el lado camboyano de la frontera, como la frontera fue reconocida en el fallo, la Corte declare que la obligación que incumbe a Tailandia “*de retirar sus fuerzas militares y policiales, y otros guardias o cuidadores, apostados por ella en el Templo, o en su proximidad sobre el territorio de Camboya*” (segundo) es una consecuencia particular de la obligación general y continua de respetar la integridad del territorio de Camboya, territorio que ha sido delimitado en la región del Templo y sus proximidades por la línea del Mapa del Anexo I, sobre el cual se basó el fallo de la Corte.

Por su parte, según Tailandia, el pedido de interpretación no satisface los requisitos del artículo 60 del E.C.I.J., por lo tanto, la Corte no

---

<sup>44</sup> *I.C.J. Reports 1962*, pp. 36-37.

tiene jurisdicción. Además, no hay razón de interpretar el fallo de 1962 y dicho fallo no determina que la línea del mapa del Anexo I sea el límite fronterizo entre ambos Estados.

En el curso del procedimiento de interpretación, la C.I.J. reafirmó algunas cuestiones que debían tenerse en cuenta al interpretar un fallo<sup>45</sup>.

La jurisdicción sobre la base del artículo 60 del Estatuto no está precondicionada a la existencia de ninguna otra base de jurisdicción entre las partes del caso original.

La Corte puede entender en una disputa sobre el sentido o alcance del fallo; en ese contexto una “disputa” debe ser entendida como una diferencia de opinión entre las partes sobre el alcance o sentido del fallo rendido por la Corte. La existencia de una disputa bajo el artículo 60 no requiere el mismo criterio que para determinar una disputa en virtud del artículo 36.2, del Estatuto; no se exige que la disputa se manifieste de un modo formal, es suficiente con que los dos gobiernos hayan mostrado tener opiniones opuestas en relación con el sentido o alcance del fallo.

La disputa debe ser relativa a la cláusula operativa del fallo en cuestión y no puede concernir a los razonamientos del fallo, excepto en la medida en que sean inseparables de la cláusula operativa.

Una diferencia de opinión sobre si un punto particular ha sido o no decidido con fuerza obligatoria también constituye un caso que cae bajo los términos del artículo 60.

Un fallo no es igual a un tratado. El fallo no se ve afectado por la conducta posterior de las partes, algo que sí es relevante para la interpretación de un tratado. La fuerza obligatoria del fallo deriva del Estatuto. La interpretación del fallo concierne a lo que la Corte decidió, no a lo que las partes posteriormente creyeron que había decidido (esto se debió a que Tailandia se refería a la conducta posterior de las partes al fallo de 1962, cuando la nueva disputa se había cristalizado).

---

<sup>45</sup> *Solicitud de interpretación del fallo del 15 de junio de 1962 en el caso concerniente al Templo de Preah Vihear* (Camboya c. Tailandia), CIJ, Fallo, 11/11/2013, para. 32-34, 55, 71, 73 y 75.

El proceso de interpretación tiene como premisa la primacía del respeto del principio de cosa juzgada. No se debe obtener por vía de interpretación una respuesta a cuestiones que no se decidieron en el fallo a ser interpretado.

Las notas del encabezado de un fallo –es decir, la lista de temas que figuran al comienzo de los fallos de la CIJ– no son uno de los elementos del fallo, ni forman parte de él. Dan al lector una indicación de los puntos que examina el fallo (puntualmente en este caso, Camboya había sostenido que las notas del encabezado del fallo de 1962 demostraban que el fallo había determinado el curso de la frontera en el área relevante, pero la Corte no consideró que esas notas asistieran en dicha interpretación).

Finalmente, la Corte hizo lugar al pedido de interpretación. Según consideró, la disputa entre las partes sobre el alcance y sentido del fallo de 1962 es sobre tres aspectos específicos del fallo: 1) si el fallo de 1962 decidió o no con efecto obligatorio que la línea trazada en el mapa del Anexo I constituye la frontera entre las partes en el área del Templo; 2) el alcance y significado de la frase “proximidad sobre el territorio de Camboya” (segundo párrafo del fallo), que es consecuencia de lo determinado en el primer párrafo, respecto a que el Templo está situado en “territorio bajo la soberanía de Camboya”; 3) la naturaleza de la obligación de retirarse impuesta a Tailandia en el segundo párrafo del fallo.

Según Tailandia, el pedido de interpretación era inadmisibles porque el propósito real no era una interpretación del fallo de 1962 sino obtener una decisión sobre una disputa de delimitación en el área del Templo, sobre la cual la Corte explícitamente se rehusó a pronunciarse. Según la Corte, el proceso de interpretación tiene como premisa la primacía del respeto del principio de cosa juzgada. No se debe obtener por vía de interpretación una respuesta a cuestiones que no se decidieron. La Corte consideró que en este caso era necesario interpretar el segundo párrafo operativo del fallo y los efectos jurídicos de lo que la Corte llama la línea del mapa del Anexo I. Por lo tanto, la solicitud de interpretación era admisible.

En consecuencia, la Corte determinó por vía de interpretación, que el fallo de 1962 decidió que Camboya tenía soberanía sobre la totalidad del territorio del Acantilado de Preah Vihear, tal como se encontraba definido

en el párrafo 98 de dicho fallo, y que, en consecuencia, Tailandia tenía la obligación de retirar de aquel territorio a las fuerzas militares y policiales tailandesas, u otros guardias o cuidadores que se encontraran allí apostados.

### VII. 3. Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se presentaron recursos de interpretación con respecto a más de cincuenta sentencias de fondo, de jurisdicción y fondo, de jurisdicción, fondo y reparaciones o de reparaciones, pero ninguna exclusivamente de jurisdicción. La Corte hizo lugar total o parcialmente a un buen número de esos recursos, mientras que alrededor de un tercio de las solicitudes de interpretación fueron totalmente rechazadas. A continuación se hará referencia a lo resuelto en algunas de estas decisiones.

Las dos primeras sentencias de interpretación fueron dictadas el mismo día, el 17 de agosto de 1990 en los casos *Velásquez Rodríguez c. Honduras*<sup>46</sup> y *Godínez Cruz c. Honduras*<sup>47</sup>. Dado que estos casos se hicieron pedidos similares, nos referiremos puntualmente a uno de ellos.

En *Godínez Cruz c. Honduras*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 2 de octubre de 1989, solicitó la aclaración de la sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989, en la cual se había fijado en favor de las víctimas una indemnización compensatoria en lempiras –moneda hondureña–. En cuanto a una de las víctimas, la hija menor de edad de Godínez Cruz, se previó la constitución de un fideicomiso en el Banco Central de Honduras, en las condiciones más favorables según la práctica hondureña. La preocupación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos era que la sentencia no había previsto ningún mecanismo de protección que permitiera mantener el poder adquisitivo de la moneda frente a la inflación o eventuales devaluaciones de la lempira, problema muy frecuente en los países de América Latina. Por ello, la Comisión solicitaba a la Corte que fijara un indicador para mantener el

---

<sup>46</sup> Corte I.D.H., *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de agosto de 1990.

<sup>47</sup> Corte I.D.H., *Godínez Cruz c. Honduras*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de agosto de 1990.

poder adquisitivo de suma a ser percibida<sup>48</sup>. Según la Comisión, la Corte debía aclarar que el monto fijado era en función del plazo asignado para el cumplimiento de la sentencia.

Honduras opinaba que la Corte no debía hacer lugar al recurso de interpretación ya que la sentencia era clara en cuanto a que debía pagarse un monto en lempiras en concepto de indemnización. Según Honduras, lo que en realidad buscaba la Comisión era que la Corte modificara la sentencia de 1989, en lugar de aclararla<sup>49</sup>.

Además, el 6 de julio de 1990, la Comisión había presentado una ampliación del recurso de aclaración de sentencia, con el fin de que se dispusiera, además, el pago de intereses hasta la fecha de pago efectivo, más el ajuste retroactivo del valor adquisitivo de las indemnizaciones a esa fecha para compensar la devaluación sufrida por la lempira<sup>50</sup>.

La Corte decidió estas cuestiones luego del intercambio de escritos entre las partes y la celebración de una audiencia. Citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indicó que “[l]a interpretación de una sentencia implica no sólo la precisión del texto de los puntos resolutivos del fallo, sino también la determinación del alcance, el sentido y la finalidad de la resolución, de acuerdo con las consideraciones de la misma. Este ha sido el criterio de la jurisprudencia internacional”<sup>51</sup>.

Así, interpretó que la frase “en las condiciones más favorables según la práctica bancaria hondureña”, contenida en la sentencia en cuestión, “se refiere a que todo acto o gestión del agente fiduciario debe asegurar que la suma asignada mantenga su poder adquisitivo y produzca frutos o dividendos suficientes para acrecerla; la frase según la práctica bancaria hondureña, indica que el agente fiduciario debe cumplir fielmente su encargo como un buen padre de familia y tiene la potestad y la obligación de seleccionar diversos tipos de inversión, ya sea mediante depósitos en moneda fuerte como el dólar de los Estados Unidos u otras, adquisición de bonos hipotecarios, bienes raíces, valores garantizados o cualquier otro

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, para. 18.

<sup>49</sup> *Ibidem*, para. 21.

<sup>50</sup> *Ibidem*, para. 23.

<sup>51</sup> *Ibidem*, para. 26.

medio aconsejable, como precisamente lo ordenó la Corte, por la práctica bancaria hondureña”<sup>52</sup>.

Sin embargo, respecto de otro pedido puntual de la Comisión, la Corte afirmó: “[l]a sentencia contempla el pago de la indemnización de una sola vez o en seis cuotas mensuales consecutivas. La Comisión pide que se imponga al Gobierno el desembolso periódico de sumas adicionales para mantener constante el valor de los activos originales mientras dure el fideicomiso. Es claro que esta solicitud, en los términos en que ha sido formulada, impondría al Gobierno una obligación que no se deduce de la sentencia, excede, en consecuencia, el ámbito de mera interpretación y exige de la Corte declarar que no hay lugar a lo pedido”<sup>53</sup>.

Respecto de la ampliación de la solicitud de interpretación de las sentencias, la Corte sostuvo que la Comisión “subrayó cómo, a pesar de haber transcurrido ocho meses desde la fecha de exigibilidad de la indemnización, el Gobierno aún no había hecho el pago correspondiente y solicitó que, para atender a las consecuencias de esa demora, la Corte ordenara el pago de: a) los intereses por dicho retardo y b) el ajuste del valor adquisitivo de la unidad monetaria [...]”<sup>54</sup>. La Corte resaltó que, de acuerdo con el artículo 57 de la Convención, estaba facultada para interpretar un fallo cuando exista desacuerdo sobre su sentido o alcance, sin embargo, la Comisión no había mencionado los aspectos del fallo que eran dudosos o controversiales. Por lo tanto, entendió que no era procedente dar curso a esta petición<sup>55</sup>. Sin embargo, podía referirse a dichas cuestiones, no en el marco del pedido de interpretación, sino en el ejercicio de las facultades de supervisar el cumplimiento de la sentencia. En tal sentido, la Corte señaló que era procedente el pago de intereses<sup>56</sup>.

En conclusión, en este primer caso en el cual la Corte atendió un pedido de interpretación, resolvió declarar admisible la demanda de interpretación de 1989, interpretar el párrafo pertinente de la sentencia y declarar improcedente el pedido de ampliación del recurso de aclaración de

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, para. 31.

<sup>53</sup> *Ibidem*, para. 33.

<sup>54</sup> *Ibidem*, para. 34.

<sup>55</sup> *Ibidem*, para. 36.

<sup>56</sup> *Ibidem*, para. 37-40.

sentencia de 1990. Por último, dispuso, en ejercicio de las facultades de supervisar el cumplimiento de su sentencia, que el Gobierno de Honduras debía compensar a los lesionados por razón de la demora en el pago de la indemnización y en la constitución del fideicomiso ordenados, en los términos que se expresan en los párrafos 40, 42 y 43 de la sentencia de interpretación<sup>57</sup>.

En el caso *Loayza Tamayo c. Perú*, el Estado presentó dos pedidos de interpretación, uno con respecto a la sentencia de fondo, el cual fue desestimado<sup>58</sup>, y el otro con respecto a la sentencia de reparaciones y costas, el cual prosperó parcialmente<sup>59</sup>.

En el caso *Cesti Hurtado c. Perú* se hizo lugar tanto al pedido de interpretación de la sentencia de fondo<sup>60</sup> como de la sentencia de reparaciones y costas<sup>61</sup>. Respecto del primer pedido, la Corte –en aplicación del artículo 58.4 del Reglamento– dejó en claro que la demanda de interpretación no suspendía la ejecución de la sentencia<sup>62</sup>. Ello pese a que el Estado aseveraba que dicha disposición no resultaba aplicable ya que la interpretación solicitada tenía que ver con aspectos relativos a la ejecución de la sentencia<sup>63</sup>. Al respecto, la Corte recordó que “la naturaleza del proceso ante un tribunal de derechos humanos hace que las partes no puedan separarse de determinadas reglas procesales, pues las mismas tienen el carácter de orden público procesal”<sup>64</sup>. Sin duda alguna, el objetivo de la regla aplicada es evitar que se solicite la interpretación de una sentencia para demorar su cumplimiento.

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, parte resolutive.

<sup>58</sup> Corte I.D.H., *Loayza Tamayo c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998, parte resolutive.

<sup>59</sup> Corte I.D.H., *Loayza Tamayo c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de junio de 1999, parte resolutive.

<sup>60</sup> Corte I.D.H., *Cesti Hurtado c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Sentencia de 29 de enero de 2000.

<sup>61</sup> Corte I.D.H., *Cesti Hurtado c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2001.

<sup>62</sup> Corte I.D.H., *Cesti Hurtado c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Resolución del 19 de noviembre de 1999, parte resolutive.

<sup>63</sup> *Ibidem*, Vistos, para. 3.

<sup>64</sup> *Ibidem*, Considerando, para. 3.

En el caso *Acevedo Jaramillo y otros c. Perú*, el 29 de mayo de 2006, representantes de las víctimas presentaron dos pedidos de interpretación de la sentencia dictada el 7 de febrero de 2006. Al día siguiente, otro representante presentó también una solicitud de interpretación. En estos pedidos se hicieron preguntas y solicitudes relacionadas con los siguientes aspectos: a) las personas que eran víctimas del caso *Acevedo Jaramillo y otros* de acuerdo a lo dispuesto en la sentencia de la Corte, y solicitudes de inclusión de víctimas; y b) aspectos relacionados con los plazos para los pagos de la indemnización por daño inmaterial y del reintegro de costas y gastos, dispuestos en la sentencia en cuestión<sup>65</sup>. El 24 de junio de 2006, se presentó un nuevo pedido de interpretación<sup>66</sup>. La Corte rechazó este último pedido por considerar que el plazo de 90 días para presentar el recurso había vencido el 1º de junio de 2006, teniendo en cuenta que la sentencia había sido notificada a las partes el 1º de marzo de 2006<sup>67</sup>.

En cuanto al objeto de la interpretación, la Corte advirtió lo siguiente: “una demanda de interpretación de una sentencia no debe utilizarse como un medio de impugnación, sino únicamente debe tener como objeto desentrañar el sentido de un fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive y, por tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una demanda de interpretación”<sup>68</sup>. Asimismo, “no puede consistir en el sometimiento de cuestiones de hecho y de derecho que ya fueron planteadas en su oportunidad procesal y sobre las cuales el Tribunal ya adoptó una decisión”<sup>69</sup>. En función de ello, la Corte concluyó que era conveniente interpretar algunos puntos de la sentencia, y así lo hizo, no así otros que ya estaban claros o sobre los que no se pretendía una interpretación sino una modificación de la sentencia, por ejemplo, para incluir a nuevas víctimas que no eran beneficiarias de la sentencia<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Corte I.D.H., *Acevedo Jaramillo y otros c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, para. 5.

<sup>66</sup> *Ibidem*, para. 8-9.

<sup>67</sup> *Ibidem*, para. 24.

<sup>68</sup> *Ibidem*, para. 27.

<sup>69</sup> *Ibidem*, para. 28.

<sup>70</sup> *Ibidem*, para. 43, 48-49.

En el caso *Alban Cornejo y otros c. Ecuador*, la Corte desestimó el pedido de interpretación por entender que algunas de las preguntas formuladas por los representantes de las víctimas, no tenían por objeto aclarar o precisar el contenido de algún punto de la sentencia, ni desentrañar el sentido del fallo por falta de claridad o precisión suficiente en sus puntos resolutivos o en sus consideraciones<sup>71</sup>. En cuanto a otras de las preguntas, consideró que ya estaban resueltas con claridad en la sentencia, por lo que no correspondía hacer lugar a la interpretación<sup>72</sup>.

En el caso *Abrill Alosilla y otros c. Perú*, se rechazó la solicitud de interpretación por entender que la sentencia a interpretar era clara en cuanto a los elementos que habían sido valorados para determinar el monto del daño material; por lo tanto, con el pedido se pretendía reevaluar cuestiones que habían sido resueltas por la Corte, sin que existiera la posibilidad de que el fallo fuera modificado o ampliado, de conformidad con los artículos 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 31.3 y 68 del Reglamento<sup>73</sup>.

En el caso *Argüelles y otros c. Argentina*, la Corte desestimó los pedidos de interpretación de los abogados de las víctimas por considerar que constituían reevaluaciones de cuestiones que ya habían sido resueltas por el Tribunal, sin que existiera posibilidad de que el fallo fuera modificado o ampliado<sup>74</sup>. Sin embargo, en los párrafos de la sentencia la Corte termina aclarando algunas de las dudas planteadas en las solicitudes de interpretación.

#### VII. 4. *Tribunales arbitrales del C.I.A.D.I.:*

En ocho arbitrajes ante el C.I.A.D.I. se han solicitado pedidos de aclaración, aunque el porcentaje es muy bajo en comparación con la

---

<sup>71</sup> Corte I.D.H., *Albán Cornejo y otros c. Ecuador*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008, para. 11 y 19.

<sup>72</sup> *Ibidem*, para. 16 y 25.

<sup>73</sup> Corte I.D.H., *Abrill Alosilla y otros c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2011, para. 18.

<sup>74</sup> Corte I.D.H., *Argüelles y otros c. Argentina*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2015, para. 24.

cantidad de casos registrados ante el C.I.A.D.I. (más de 600). Uno de esos casos ha sido desistido<sup>75</sup>, previo a la decisión de aclaración, y el otro se encuentra actualmente pendiente de resolución<sup>76</sup>. De modo que en seis de esos casos se ha dictado decisión de interpretación de laudo.

En *Marvin Feldman c. México*, si bien el Estado demandado presentó una solicitud de aclaración del laudo, la parte demandante indicó que si el tribunal accedía al pedido también quería que respondiera a una serie de preguntas de dicha parte<sup>77</sup>. El tribunal arbitral decidió denegar la solicitud de interpretación, por entender que el Estado en realidad estaba buscando obtener una nueva decisión en lugar de una interpretación<sup>78</sup>. Por otra parte, el tribunal dio lugar a la solicitud de rectificación que había sido presentada conjuntamente<sup>79</sup>.

En el caso *Wena c. Egipto*, frente al pedido de interpretación presentado por la empresa demandante, el tribunal arbitral analizó si existía una disputa entre las partes acerca del significado del término “expropiación” usado en la parte dispositiva del laudo, concluyendo afirmativamente<sup>80</sup>. En consecuencia, luego de pasar revista por la jurisprudencia de la C.I.J. respecto de los alcances o límites del recurso de

---

<sup>75</sup> *Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Limited*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB/98/8. El 03/07/2008 hubo un pedido de interpretación del laudo dictado el 12/07/2001 pero el caso se discontinuó (19/08/2010). Sin embargo, el tribunal había llegado a reconstituirse, con dos de los tres árbitros originales y un tercero (dado que uno de los árbitros del procedimiento original había renunciado). Fuente disponible en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/98/8&tab=PRO> (consulta el 02/12/2016).

<sup>76</sup> *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República of Chile*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB/98/2. El 21/10/2016 se registró un pedido de las demandantes de interpretación del laudo dictado el 13 de septiembre de 2016. Al 20 de noviembre de 2016 se encuentra pendiente de resolución. Fuente: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/98/2&tab=PRO>.

<sup>77</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. México*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB(AF)/99/1, Rectificación e interpretación del laudo arbitral, 13/06/2003, para. 4.

<sup>78</sup> *Ibidem*, para. 10.

<sup>79</sup> *Ibidem*, para. 14.

<sup>80</sup> *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB/98/4, Decisión sobre la Solicitud del Demandante de interpretación del Laudo Arbitral del 8 de diciembre de 2000, 31/10/2005, para. 100.

interpretación<sup>81</sup>, hizo lugar al pedido parcialmente, es decir solo respecto de uno de los puntos planteados en la solicitud<sup>82</sup>.

En *Archer c. México*, el tribunal arbitral también rechazó un pedido de interpretación, así como el de ampliación del laudo y solo admitió la corrección de un error material. Aquí el tribunal distinguió entre los tres recursos que habían sido presentados: “el poder de interpretar anticipa una diferencia interpretativa que surge del laudo que requiere interpretación. El poder de corregir se dirige a ‘errores materiales, aritméticos o similares’. El poder para ampliar se refiere a la omisión de decidir ‘cualquier cuestión’ en el laudo”<sup>83</sup>.

En el caso *ATA c. Jordania*, el tribunal arbitral hizo lugar al pedido de interpretación del laudo presentado por Jordania<sup>84</sup>. Ello por cuanto consideró que estaban cumplidos los siguientes requisitos en las circunstancias del caso: 1) existía una disputa entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo; 2) el propósito de la solicitud debía ser obtener una interpretación verdadera del laudo, en lugar de reabrir la cuestión; y 3) la interpretación requerida debía tener alguna relevancia práctica en la implementación del laudo<sup>85</sup>.

Por último, en el caso *David Minnotte y Lewis c. Polonia*, el tribunal arbitral desestimó la solicitud de interpretación de los demandantes<sup>86</sup>. Ello por cuanto el pedido no se fundaba en que la decisión del tribunal no era clara, sino en que sobre la base de los hechos del caso el tribunal podría y debería haber llegado a una conclusión diferente. Según el tribunal, no se pedía interpretar su laudo sino reconsiderar o alterar su decisión<sup>87</sup>. Ello cae

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, para. 103-106 y 130.

<sup>82</sup> *Ibidem*, para. 135-138.

<sup>83</sup> *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB(AF)/04/5, Decisión sobre los pedidos de las partes de una decisión suplementaria, interpretación y corrección del laudo, 10/07/2008, para. 10 (traducción libre).

<sup>84</sup> *ATA Construction, Industrial y Trading Company c. Reino Hashemita de Jordania*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB/08/2, Decisión sobre interpretación y sobre el pedido de medidas provisionales, 07/03/2011.

<sup>85</sup> *Ibidem*, para. 35-36.

<sup>86</sup> *David Minnotte y Robert Lewis c. República de Polonia*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB(AF)/10/1, Decisión sobre el pedido de interpretación del laudo, 22/10/2014.

<sup>87</sup> *Ibidem*, para. 12.

fuera de lo establecido por la Regla 55 aplicable del Reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I.<sup>88</sup>.

### VIII. Observaciones finales

La interpretación de sentencia es un recurso conocido desde antaño, que en la actualidad se encuentra disponible en el marco de la mayoría de los tribunales internacionales. Puede ser presentado por cualquiera de las partes en un procedimiento judicial o arbitral con el fin de que se aclare algún punto del fallo sobre el que las partes tienen una diferencia en cuanto a su alcance o sentido.

El recurso de interpretación se distingue claramente de la apelación, la revisión, la rectificación, la ampliación o la anulación de una sentencia o laudo.

En general, está previsto para fallos definitivos y obligatorios o inapelables, sean de jurisdicción, fondo o reparaciones. Tiene como premisa el respeto del principio de cosa juzgada.

En algunos tribunales, la interpretación de un fallo puede ser solicitada en cualquier momento, mientras que en otros se establece un plazo máximo de 30, 45 o 90 días desde la fecha del fallo o su notificación a las partes. El recurso es resuelto por el mismo tribunal que dictó la sentencia. De no ser posible, el tribunal deber ser reconstituido.

El procedimiento de interpretación de una sentencia varía de acuerdo con los reglamentos de los distintos tribunales, así como los plazos para emitir una decisión al respecto.

Al resolver las solicitudes de interpretación, los tribunales internacionales han señalado que, como requisito, debe existir un desacuerdo entre las partes sobre el sentido o el alcance del fallo a ser interpretado. Algunos tribunales, como la C.I.J., han enfatizado que la disputa debe ser relativa a la cláusula operativa del fallo, no a sus

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, para. 13.

fundamentos, a menos que estén directamente relacionados con la parte resolutive.

No debe utilizarse el recurso de interpretación para revisar los hechos del caso, ni para que se altere, se rectifique o modifique la sentencia, o se introduzca un punto que no fue objeto de tratamiento en el fallo cuya interpretación se solicita. Tampoco para demorar el cumplimiento de la sentencia.

Por último, la interpretación de un fallo no es lo mismo que la interpretación de un tratado, puesto que, entre otros aspectos, el primero no se ve afectado por la conducta posterior de las partes, a diferencia del segundo.

## Anexo

### Jurisprudencia en materia de interpretación de sentencias

#### Corte Permanente de Justicia Internacional

1. *Interpretación del Fallo No. 3 (Tratado de Neuilly)* (Grecia/Bulgaria), Serie A, N° 4, Sala de Procedimiento Sumario, Fallo, 26/03/1925.
2. *Interpretación de los Fallos Nos. 7 y 8 (Fábrica de Chorzów)* (Alemania c. Polonia), Serie A, N° 13, Fallo, 16/12/1927.

#### Corte Internacional de Justicia

1. *Solicitud de interpretación del Fallo del 20 de noviembre de 1950 en el caso relativo al derecho de asilo* (Colombia c. Perú), Fallo, 27/11/1950.
2. *Solicitud de revisión e interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982 en el caso concerniente a la Plataforma continental entre Libia y Túnez* (Túnez c. Libia), Fallo, 10/12/1985.
3. *Solicitud de interpretación del Fallo del 11 de junio de 1998 en el caso concerniente a la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria* (Camerún c. Nigeria), Fallo, 25/03/1999.
4. *Solicitud de interpretación del Fallo del 31 de marzo de 2004 en el caso concerniente a Avena y otros nacionales* (México c. EE.UU.), Fallo, 19/01/2009.
5. *Solicitud de interpretación del Fallo del 15 de junio de 1962 en el caso concerniente al Templo de Preah Vihear* (Camboya c. Tailandia), Fallo, 11/11/2013.

## Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de agosto de 1990.
2. *Godínez Cruz c. Honduras*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de agosto de 1990.
3. *El Amparo c. Venezuela*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997.
4. *Loayza Tamayo c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998.
5. *Suárez Rosero c. Ecuador*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones, Sentencia de 29 de mayo de 1999.
6. *Loayza Tamayo c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de junio de 1999.
7. *Blake c. Guatemala*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de octubre de 1999.
8. *Cesti Hurtado c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Resolución del 19 de noviembre de 1999.
9. *Cesti Hurtado c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Sentencia de 29 de enero de 2000.
10. *Barrios Altos c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Sentencia de 3 de septiembre de 2001.
11. *Ivcher Bronstein c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Sentencia de 4 de septiembre de 2001.
12. *Cesti Hurtado c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2001.

13. Juan Humberto Sánchez c. Honduras, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 26 de noviembre de 2003.
14. *Lori Berenson Mejía c. Perú*, Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2005.
15. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de septiembre de 2005.
16. *Raxcacó Reyes c. Guatemala*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2006.
17. *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2006.
18. *Caso de la Comunidad Moiwana c. Surinam*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de febrero de 2006.
19. *Caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2006.
20. *Acevedo Jaramillo y otros c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
21. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.
22. *La Cantuta c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2007.

23. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*. c. *Perú*, Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2007.

24. *Caso de la Masacre de La Rochela* c. *Colombia*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2008.

25. *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz* c. *Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2008.

26. *Escué Zapata* c. *Colombia*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de mayo de 2008.

27. *Caso del Penal Miguel Castro Castro* c. *Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de agosto de 2008.

28. *Albán Cornejo y otros* c. *Ecuador*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008.

29. *Caso del Pueblo Saramaka* c. *Surinam*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008.

30. *García Prieto y otros* c. *El Salvador*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2008.

31. *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* c. *Ecuador*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2008.

32. *Ticona Estrada y otros* c. *Bolivia*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2009.

33. *Valle Jaramillo y otros c. Colombia*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de julio de 2009.

34. *Escher y otros c. Brasil*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2009.

35. *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

36. *Rosendo Cantú y otra c. México*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de mayo de 2011.

37. *Fernández Ortega y otros c. México*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de mayo de 2011.

38. *Salvador Chiriboga c. Ecuador*, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de agosto de 2011.

39. *Abrill Alosilla y otros c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2011.

40. *Barbani Duarte y otros c. Uruguay*, Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de junio de 2012.

41. *Atala Riffo y niñas c. Chile*, Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2012.

42. *Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de agosto de 2013.

43. *Masacre de Santo Domingo c. Colombia*, Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de agosto de 2013.

44. *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) c. Guatemala*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de agosto de 2013.

45. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) c. Ecuador*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de agosto de 2014.

46. *J. c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

47. *Osorio Rivera y familiares c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

48. *J. c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

49. *Osorio Rivera y familiares c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

50. *Espinoza Gonzáles c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2015.

51. *Argüelles y otros c. Argentina*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2015.

52. *Wong Ho Wing c. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de junio de 2016.

53. *López Lone y otros c. Honduras*, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2016.

#### Arbitrajes ante el C.I.A.D.I.

1. *Marvin Roy Feldman Karpa c. México*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB(AF)/99/1, Rectificación e interpretación del laudo arbitral, 13/06/2003.

2. *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB/98/4, Decisión sobre la Solicitud del Demandante de interpretación del Laudo Arbitral del 8 de diciembre de 2000, 31/10/2005.

3. *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB(AF)/04/5, Decisión sobre los pedidos de las partes de una decisión suplementaria, interpretación y corrección del laudo, 10/07/2008.

4. *Corn Products International, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB (AF)/04/1, Decisión sobre la Corrección e Interpretación del Laudo, 23/03/2010 (no se encuentra publicado).

5. *ATA Construction, Industrial y Trading Company c. Reino Hashemita de Jordania*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB/08/2, Decisión sobre interpretación y sobre el pedido de medidas provisionales, 07/03/2011.

6. *David Minnotte y Robert Lewis c. República de Polonia*, Caso C.I.A.D.I. N° ARB(AF)/10/1, Decisión sobre el pedido de interpretación del laudo, 22/10/2014.

## REFLEXIONES EN TORNO AL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC. SUS IMPLICANCIAS PARA LA ARGENTINA

Ricardo Arredondo\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Qué tipo de mecanismo de solución de diferencias es conveniente? III. El procedimiento de solución de diferencias de la OMC. IV. Vinculación entre los acuerdos de la OMC y otros acuerdos internacionales. V. La participación de Argentina en el sistema de solución de controversias de la OMC. VI. Conclusiones.*

### I. Introducción

El proceso de globalización ha intensificado la creciente interacción de los distintos actores que conforman la comunidad internacional, principalmente los Estados, lo que ha traído aparejado, como una consecuencia natural, el paulatino aumento del número de controversias. Las controversias en el plano internacional ponen de relieve una de las peculiaridades del derecho internacional: la falta de un sistema de solución de controversias único y obligatorio entre Estados. En ausencia de acuerdo entre las partes respecto a un foro mutuamente aceptable para solucionar sus diferencias y el derecho aplicable al caso, no existe previsiblemente un tribunal con jurisdicción obligatoria al que se pueda recurrir, ni tampoco existe certeza con respecto al derecho aplicable<sup>1</sup>. Por lo tanto, las disputas internacionales acentúan la necesidad de establecer mecanismos adecuados de solución de controversias con el objetivo de prevenir y evitar el

---

\* Abogado (UNT), Master of Laws (LL.M) (London School of Economics) y Doctor en Derecho (UBA). Profesor de derecho internacional público (UBA). Miembro Consejero del CARI. Autor de *Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger: ¿hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?*, Buenos Aires, Catálogos, 2012 y *Derecho Diplomático y Consular*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016.

<sup>1</sup> GOLBERG, Stephen B.; GREEN, Eric D. & SANDER, Frank, *Dispute Resolution*, Toronto, Little, Brown & Co., 1985, p. 443.

surgimiento de esas disputas y, en caso de que estas se presenten, se pueda alcanzar una solución apropiada.

Paralelamente, los Estados, expresando potestades soberanas, han ido ampliando las áreas de vínculos jurídicos internacionales obligatorios, a través de una limitación voluntaria de sus competencias, respecto de cuestiones que tradicionalmente eran de dominio estadual. La enorme expansión tanto de las normas como de las instituciones de derecho internacional, con el surgimiento de áreas cada vez más especializadas, como por ejemplo el derecho de mar, derecho comercial, derecho ambiental y los derechos humanos, por enumerar sólo algunos, ha llevado a afirmar que el derecho internacional como un sistema holístico se encuentra en un proceso de fragmentación. En función de sus objetivos y necesidades especializados, cada una de estas áreas tiende a desarrollar sus propias normas y sistemas, lo que se ve magnificado por la proliferación de tribunales internacionales<sup>2</sup> y la ausencia de jerarquía formal de normas internacionales, con las excepciones del *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y la primacía otorgada a la Carta de las Naciones Unidas por el artículo 103 de ese instrumento<sup>3</sup>.

A pesar de que las controversias son un elemento característico de las relaciones internacionales, como lo son en general en todas las relaciones humanas, y no obstante el amplio consenso existente en el sentido de que las controversias deben ser resueltas de modo pacífico, los intentos por diseñar técnicas e instituciones con este objetivo parece ser un fenómeno relativamente reciente en términos históricos<sup>4</sup>.

En la actualidad, en un contexto de creciente globalización e interdependencia, las diferencias por cuestiones comerciales y económicas

---

<sup>2</sup> ROMANO, Cesare P. R., ALTER, Karen J. & SHANY, Yuval (eds.), *The Oxford University Press Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 3-26; ROMANO, Cesare P. R., "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", 31 *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 709.

<sup>3</sup> ARREDONDO, Ricardo, *Manual de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 18.

<sup>4</sup> MERRILLS, John G., *International Dispute Settlement*, 2<sup>nd</sup> Ed., Cambridge, Grotius Pub. Ltd, 1993, p. 230. En el mismo sentido, pueden verse FREEMAN, Michael (ed.), *Alternative Dispute Resolution*, New York, New York University Press, 1995 y NAGEL, Stuart S. & MILLS, Miriam K., *Systematic Analysis in Dispute Resolution*, New York, Quorum Books, 1991.

han adquirido una relevancia especial y el número de disputas se ha multiplicado exponencialmente. La exigencia de crear medios de solución de controversias con aptitud para brindar un arreglo satisfactorio y real a las diferencias se ve además subrayada por la necesidad de prevenir una escalada en los conflictos que podrían conllevar consecuencias aún más perjudiciales para el sistema en su conjunto. Por ello, en las últimas décadas, se ha podido observar una progresiva tendencia a incluir mecanismos de solución de controversias en un creciente número de tratados y acuerdos internacionales, tanto de carácter bilateral como multilateral<sup>5</sup>. En particular, nuestro país es parte de un elevado número de acuerdos que contemplan mecanismos de solución de controversias, v.g. Organización Mundial de Comercio (en adelante, O.M.C.), Mercosur, Asociación Latinoamericana de Integración (A.L.A.D.I.), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), entre otros. La mayoría de estos mecanismos, si no todos, contienen procedimientos de solución de diferencias que, en mayor o menor medida, responden a los parámetros básicos establecidos por el derecho internacional general para ello. Sin embargo, cada uno se encuentra influenciado por la diferente naturaleza y objetivos de los acuerdos que los contemplan y, básicamente, por la distinta percepción de la relevancia del derecho como herramienta para conseguir dicha finalidad. Asimismo, no puede perderse de vista que la República Argentina ha sido un participante relevante en términos cuantitativos y cualitativos tanto en los sistemas de solución de diferencias para resolver las disputas inversor-Estado como en aquellas planteadas en el sistema de solución de diferencias de la O.M.C..

Con estas consideraciones en mente, este capítulo reseña brevemente el sistema de solución de diferencias de la O.M.C., sobre el que existe una abundante literatura<sup>6</sup>, explora sus características y analiza las implicancias que el sistema ha tenido y tiene para la Argentina.

---

<sup>5</sup> Los desafíos que plantea la proliferación de acuerdos comerciales internacionales es analizada por Lautaro M. Ramírez más adelante en esta misma obra.

<sup>6</sup> Al respecto, pueden verse, entre muchas otras, las siguientes obras: PÉREZ GABILONDO, José Luis, *Manual sobre solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio*, Buenos Aires, Edutref, 2004; DELICH, Valentina, *Asimetrías, Conflictos Comerciales e Instituciones Internacionales*, Buenos Aires, Eudeba, 2011; VAN DEN BOSSCHE, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; JACKSON, John H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos*

## II. ¿Qué tipo de mecanismo de solución de diferencias es conveniente?

No todas las disputas internacionales tienen una naturaleza similar, dado que cada régimen contiene un número de elementos que lo diferencia de los otros. Consiguientemente, el diseño de un adecuado mecanismo de solución de controversias para un determinado régimen requiere que los elementos contextuales sean debidamente analizados al momento de su creación. Estos elementos no son en realidad “factores jurídicos” sino externalidades que pueden influenciar o ayudar a establecer un mecanismo adecuado de solución de controversias para el régimen de que se trate.

Desde una perspectiva política, se puede afirmar que las disputas internacionales presentan una triple dimensión: social, material y temporal. La dimensión social se refiere a dónde existe una disputa y quiénes son sus protagonistas. La dimensión material está relacionada con la materia que constituye el objeto de la disputa. La dimensión temporal atañe a cuándo se produce la disputa, su duración y cuándo es resuelta. Estas tres dimensiones están presentes en toda controversia y pueden ejercer un impacto crucial sobre la efectividad de los medios o mecanismos diseñados para resolverla<sup>7</sup>.

Cuando surge una diferencia entre Estados y se pone en movimiento el engranaje destinado a darle una solución pacífica al conflicto, lo que se busca es, fundamentalmente, interpretar las normas que regulan el comportamiento de los Estados en la materia de que se trate. Si bien las causas que están en el origen de las crisis internacionales pueden estar influidas por distintos factores de índole económica, política, social, territorial, limítrofe, etc., la controversia supone una discrepancia en la interpretación de las normas de un acuerdo que regulan derechos y conductas. En consecuencia, en los supuestos de diferencias internacionales

---

*cambiantes del Derecho internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2009; BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene, *Integración Europea y diferencias comerciales en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2007; PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *The Gatt/Wto Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, London, Kluwer, 1997; HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. & ROLDÁN BARBERO, Javier (coords.), *Derecho internacional económico*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

<sup>7</sup> MERRILLS, John G., *op. cit.*, p. 232.

en los cuales haya de aplicarse un determinado mecanismo de solución de controversias, sin perjuicio de los aspectos técnicos a que aquel se refiera (diferencias comerciales, ambientales, de propiedad intelectual, territoriales, etc.), la primera tarea será identificar las cláusulas convencionales que reglamentan la cuestión y proceder a interpretarlas, entendiendo por ello la labor de determinar “el sentido y alcance” de éstas<sup>8</sup>. La interpretación es consustancial con la aplicación de la norma, ya que siempre es necesario “(...) determinar el sentido, fijar el alcance, esclarecer los puntos oscuros y las ambigüedades –tal vez deliberadamente deslizadas por los negociadores– de una disposición, antes de ordenar sus consecuencias en el caso concreto”<sup>9</sup>.

No es una casualidad que la interpretación de los tratados aparezca como el primer ítem de la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.) a la que se refiere el artículo 36.2 de su Estatuto, ni que la interpretación de las disposiciones convencionales haya enriquecido tradicionalmente la jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales. Normalmente en el centro de una disputa se encuentra una controversia acerca de la interpretación de ciertas normas.

Un mayor grado de interacción entre los Estados implica mayores posibilidades de desacuerdo. Proporcionalmente, las posibilidades de que estas disputas entre Estados con un elevado grado de interacción sean resueltas pacíficamente son también considerables. Cuando el objeto de la controversia es una cuestión meramente técnica, sin mayores consecuencias políticas o económicas, existen mayores posibilidades de una transacción rápida entre las partes que cuando se encuentran involucradas cuestiones políticas o económicas de magnitud. Por lo tanto, a medida que se incrementa el grado de interacción e interdependencia entre los Estados, se presume que existe un fuerte interés en encontrar y diseñar “(...) un mecanismo de solución de controversias obligatorio, neutral y con

---

<sup>8</sup> DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 10ª ed., Madrid: Tecnos, 1996, Tomo I, p. 182.

<sup>9</sup> REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho de los Tratados*, Madrid, Tecnos, 1996, capítulo 13, numeral 170.

intervención de un tercero como el único medio efectivo, económico y no destructivo de resolver las disputas”<sup>10</sup>.

Sin embargo, existe una brecha entre lo que, en teoría, debería ser un óptimo mecanismo de solución de controversias y lo que los Estados están preparados a conceder en la práctica. Cuando los Estados involucrados en un proceso de negociación económica o política deben diseñar un sistema de solución de disputas, se enfrentan a dos tipos de fuerzas: externas e internas. Desde una perspectiva externa, se asume que no todas las partes en la negociación están interesadas en el mismo tipo de mecanismo de solución de controversias. La asimetría en el poder relativo de los Estados hace que aquellos con menor poder relativo, y que por lo tanto no pueden recurrir a la utilización de otros elementos extrínsecos para ejercer poder o influencia en la resolución de la disputa, busquen un mecanismo de solución obligatorio y estricto; mientras que los Estados más fuertes tratarán de evitar un mecanismo rápido y automático de solución de diferencias, propiciando en cambio mecanismos informales o con un menor grado de rigidez para asegurar la implementación de las decisiones que se adopten. Simultáneamente, los Estados negociadores deben enfrentar la presión interna de grupos económicos nacionales que sienten que sus intereses pueden estar en peligro o que serán afectados por la conclusión de un determinado acuerdo<sup>11</sup>.

Desde este punto de vista es importante distinguir el lenguaje empleado en el acuerdo (la retórica) de lo que las Partes están dispuestas a realizar al momento de implementarlo (la práctica estatal). En ocasiones, los Estados se ven obligados a alcanzar un acuerdo en términos tales que sirven para aplacar la presión interna o externa a la que se ven expuestos y que puede o no coincidir con sus objetivos, deseos o aspiraciones.

---

<sup>10</sup> REISMAN, Michael & WIEDMAN, Mark, “Contextual Imperatives of Dispute Resolution Mechanisms –Some Hypotheses and their Applications in the Uruguay Round and NAFTA”, 29 *Journal of World Trade*, Vol. 5, 1995, p. 6.

<sup>11</sup> Reisman y Wiedman afirman que una de las dificultades en concluir este tipo de acuerdos deriva del fenómeno que, mientras la eficiencia agregada de cada economía nacional podría incrementarse como consecuencia del acuerdo, las fuerzas del mercado transformadoras conducentes a esa eficiencia agregada pueden llegar a dañar a ciertos grupos nacionales, al menos en el corto plazo. Esto tiene una consecuencia transformadora constitutiva y política”, *op. cit.*, p. 12.

En particular, en lo que se refiere a la O.M.C., en un período en que los factores económicos han cobrado una relevancia gravitante en las relaciones internacionales, su sistema de solución de diferencias evolucionó desde un modelo caracterizado por un mayor influjo de factores económicos y políticos, donde el enfoque diplomático basado en las diferentes relaciones de poder de las partes de una disputa era trascendental, hacia un esquema más legalista, con un enfoque basado en reglas de derecho y solución imparcial de las controversias<sup>12</sup>. Atendiendo a una necesidad de mayor “justicia” y “equidad” en las relaciones internacionales, el sistema establecido por Entendimiento de Solución de Diferencias (E.S.D.)<sup>13</sup> procura brindar nuevas oportunidades a los países en desarrollo de “desafiar” las medidas comerciales de aquellos Estados económicamente poderosos y que normalmente dominan el proceso de toma de decisiones en las negociaciones multilaterales, neutralizando así el poderío económico o el peso político de las partes. La adopción de un sistema de solución de diferencias “equitativo” dentro de un régimen comercial se vincula con la legitimidad del régimen y provee un mejor incentivo a las partes para dar cumplimiento a sus obligaciones comerciales multilaterales<sup>14</sup>.

Este sistema, asimismo, promueve la adopción de soluciones de tipo *judicial* en el derecho económico internacional al crear un tribunal permanente de alzada, el denominado “Órgano de Apelación”, cuya función es entender en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales<sup>15</sup>. Esto refleja la necesidad de establecer un mecanismo neutral para las disputas comerciales fundamentado, primariamente, en la interpretación de los acuerdos de la O.M.C.. En teoría,

---

<sup>12</sup> Cfr. PETERSMANN, Ernst Ulrich, *op. cit.*, p. 64. En el mismo sentido también puede verse las obras de JACKSON, John H, *The World Trading System*, Boston, MIT Press, 1989; y CAMERON, James & CAMPBELL, Kevin, *Dispute Settlement in the WTO*, Londres, Cameron May, 1998.

<sup>13</sup> *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)*, Anexo 2 al *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, adoptado en Marrakech el 15/04/1994, disponible en [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/28-dsu.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu.pdf) (último acceso 20/11/2016). El Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral de Comercio prevé un marco institucional común que abarca el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, modificado en la Ronda Uruguay, todos los acuerdos e instrumentos concluidos bajo sus auspicios y los resultados integrales de la Ronda.

<sup>14</sup> Cfr. CAMERON, James & GRAY, Kevin R., “Principles of International Law in the New WTO Dispute Settlement Body”, *50 International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 2, 2001.

<sup>15</sup> E.S.D., artículos 2 y 17.

las decisiones de este tribunal deberían llevar a soluciones que sean mutuamente aceptables para las partes y que estén de conformidad con los acuerdos abarcados<sup>16</sup>.

A continuación se hace una breve reseña del E.S.D., para luego determinar si se está en presencia de un mecanismo de solución de controversias que responde a los parámetros clásicos que caracterizan a estos procedimientos o, bien, si se trata de un mecanismo autónomo e independiente, con peculiaridades que le son propias y que responden a criterios privativos de esta organización. La determinación de la naturaleza del régimen permitirá a su vez considerar si el E.S.D. ha cumplido con los objetivos para los que fue establecido y su impacto para la solución de diferencias comerciales de la República Argentina.

### *III. El procedimiento de solución de diferencias de la OMC*

En el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (G.A.T.T., por su siglas en inglés) de 1947<sup>17</sup>, cuando las Partes afectadas por una controversia no llegaban por sí mismas a una solución, podían recurrir a un procedimiento *ad hoc* que se desarrollaba ante un comité formado por representantes de los gobiernos afectados (“solución política”). Posteriormente, se pasó a un sistema consistente en un “panel” o comité de representantes de Estados que no tenían interés en el asunto (solución, en términos muy amplios, “cuasi judicial”)<sup>18</sup>, cuyos informes eran elevados al Consejo para su aprobación por unanimidad y consiguiente adquisición de fuerza jurídica vinculante. Este procedimiento de solución de diferencias no preveía plazos fijos, resultaba fácil obstruir la adopción de las resoluciones y en muchos casos pasaba mucho tiempo sin que se llegara a una solución concluyente.

El Acuerdo de la Ronda Uruguay, cuyo ámbito de aplicación personal se limita a los Estados<sup>19</sup>, estableció un procedimiento más

---

<sup>16</sup> E.S.D., artículo 3.7.

<sup>17</sup> Artículos XXII y XXIII.

<sup>18</sup> COLLIER, John & LOWE, Vaughan, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 97.

<sup>19</sup> En las primeras disputas ante el OSD se plantearon algunas cuestiones de personería, por ejemplo en el caso *Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución*

estructurado, con etapas más claramente definidas. Implantó una mayor disciplina en cuanto al tiempo que debía tardarse en resolver una diferencia, con plazos flexibles para las diversas etapas del procedimiento.

El actual sistema de solución de controversias tiene un ámbito de aplicación material más amplio, ya que no se limita a las diferencias sobre el comercio de mercancías, sino que se extiende a todos los nuevos ámbitos regulados por la O.M.C., que en el ESD se denominan “acuerdos abarcados” y que incluyen, entre otros, servicios, propiedad intelectual, contratación pública<sup>20</sup>. Más aún, el actual sistema ha dejado de ser un conjunto de acuerdos *ad-hoc*, informes de los paneles y entendimientos entre las partes, para estar debajo de un marco jurídico único: el “Acuerdo sobre la O.M.C.”<sup>21</sup>.

En general, las líneas directrices que inspiran el procedimiento de solución de diferencias se basan en la obligación de buscar soluciones conciliadoras, de forma que se debe actuar con buena fe y ánimo de cooperación y procurar evitar que se llegue propiamente a una etapa contenciosa<sup>22</sup>. Se presume que, si se constata una violación al Acuerdo, la parte demandante ha sufrido un menoscabo de sus derechos<sup>23</sup>. Asimismo, se puede iniciar el procedimiento aun cuando la diferencia se suscite no por una violación de los acuerdos sino por la aplicación de una medida que tiene por efecto menoscabar o anular las ventajas concedidas por el sistema<sup>24</sup>.

El Órgano de Solución de Diferencias (O.S.D.) está conformado por todos los Estados que componen el Consejo General de la O.M.C.<sup>25</sup>, si bien se puede nombrar un Presidente especial para estas reuniones. Las partes de la

---

*de bananos*, DS27, el informe del OA sostuvo que ninguna disposición del ESD contiene expresamente una exigencia de que los Miembros deban tener un “interés protegido jurídicamente” como requisito previo para solicitar el establecimiento de un grupo especial, Doc. WT/DS27/AB/R, 9/9/1997, para. 132-33.

<sup>20</sup> Cfr. Artículo 1.1 y Apéndice 1 del ESD.

<sup>21</sup> Cfr. Artículo 1 del Acta Final en la que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales o *Acta de Marrakech*.

<sup>22</sup> E.S.D., artículo 3.10.

<sup>23</sup> E.S.D., artículo 3.8.

<sup>24</sup> E.S.D., artículo 26.

<sup>25</sup> E.S.D., artículo 2.1.

controversia están obligadas a celebrar consultas antes de acudir a cualquier procedimiento de buenos oficios, conciliación y mediación<sup>26</sup>. Cualquiera de estos procedimientos, de naturaleza voluntaria, puede ser utilizado antes de acudir al sistema de convocatoria de “grupos especiales” o “paneles”<sup>27</sup>. La variación respecto del procedimiento anterior consiste en que revierte el requisito de la unanimidad para la aprobación del informe del grupo especial. En el sistema actual, el informe será aprobado por el O.S.D. a menos que exista un consenso en contrario (método del consenso negativo). Esta innovación en el proceso de toma de decisiones multilateral ha sido considerada como “(...) el cambio más importante en la jurisprudencia de la economía global en la segunda mitad del siglo XX”<sup>28</sup>.

Las disputas en la O.M.C. son manejadas en forma expeditiva. Los informes de los paneles son emitidos en un tiempo relativamente corto, como regla general seis meses –o tres meses en casos de urgencia–, después de que las partes presentan sus comunicaciones<sup>29</sup>. El informe del grupo especial deberá pronunciarse sobre si hubo o no violación de las obligaciones asumidas en la O.M.C. y determinará el plazo para restablecer la situación<sup>30</sup>. El O.S.D. velará para que se cumpla el informe aprobado<sup>31</sup>. En los casos en que no sea posible restablecer el derecho afectado, se prevé la compensación a los Estados miembros perjudicados<sup>32</sup>. Si la Parte condenada no restablece el derecho o no adopta las compensaciones estipuladas, entonces la Parte vulnerada puede adoptar medidas de retorsión, previa autorización del O.S.D., suspendiendo temporalmente obligaciones en el mismo sector, si ello fuera posible, y si no en cualquier otro del mismo Acuerdo, y si tampoco fuera posible en el marco del mismo Acuerdo, en cualquier acuerdo del sistema O.M.C. (“retorsiones cruzadas”) por un valor

---

<sup>26</sup> E.S.D., artículo 4.

<sup>27</sup> Los “grupos especiales” o “paneles” están conformados por un comité reducido de expertos, tres por lo general, cuyo informe se somete a la aprobación del O.S.D.. Cfr. E.S.D., artículo 8.

<sup>28</sup> Cfr. NICHOLS, Philip M., “GATT Doctrine”, 36 *Virginia Journal of International Law*, Vol. 2, 1995-1996, p. 379.

<sup>29</sup> E.S.D., artículo 12.8.

<sup>30</sup> E.S.D., artículos 19 y 20.

<sup>31</sup> E.S.D., artículo 21.6.

<sup>32</sup> E.S.D., artículo 22. Si la parte infractora es un país “menos adelantado”, el Estado perjudicado así como los órganos que entiendan de la controversia concreta deberán actuar con “la debida moderación”. Cfr. E.S.D., artículo 24.

equivalente al perjuicio sufrido<sup>33</sup>. Si el O.S.D. no autorizara las medidas de retorsión solicitadas, se podrá acudir al mismo grupo especial que establecerá un arbitraje vinculante o bien el arbitraje lo asumirá una persona nombrada por el Director General que dictará un laudo inapelable<sup>34</sup>. Sin embargo, si las Partes en la controversia deciden voluntariamente acudir a un arbitraje ya no pueden recurrir al sistema del grupo especial.

Como los informes del grupo especial, aceptados por el O.S.D., interpretan<sup>35</sup> el Acuerdo O.M.C. y determinan derechos y obligaciones, las partes que se consideren afectadas por sus decisiones pueden recurrir ante el Órgano Permanente de Apelación (O.A.)<sup>36</sup>. Este Órgano estará formado por siete personas con un mandato de cuatro años (reelegibles) y en cada apelación intervendrán tres miembros<sup>37</sup>. Las partes en la diferencia serán las que puedan apelar ante este Órgano y las cuestiones suscitadas se limitan a "(...) las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste"<sup>38</sup>. El plazo para emitir su informe será de sesenta días y lo presenta directamente ante el O.S.D., que sólo podrá rechazarlo por consenso en un plazo de treinta días<sup>39</sup>. La estructura del recurso de apelación en el sistema de solución de diferencias de la O.M.C. ha permitido que el O.A. considere en diversas ocasiones la relación entre sus pronunciamientos y los de los grupos especiales. La autoridad del O.A. quedó "cristalizada" en el caso *Estados Unidos - Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México*, cuando afirmó:

"Está firmemente establecido que los informes del Órgano de Apelación no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes. Sin embargo, esto no significa que los grupos especiales posteriores tengan libertad para hacer caso omiso de las interpretaciones

---

<sup>33</sup> E.S.D., artículo 22.

<sup>34</sup> E.S.D., artículo 25.

<sup>35</sup> El E.S.D. expresamente dice que el O.A. "aclara" y que los paneles "analizan", en lugar de decir "interpreta", aunque para ello utilicen los métodos de interpretación de los tratados previstos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Ello debido a cierto recelo por parte de los Estados Miembros de preservar sus facultades. Cfr. DELICH, *op. cit.*, p. 99. Ello no obstante, a lo largo de este trabajo se utilizará el término "interpretación" para referirse a dichos "análisis" y "aclaraciones".

<sup>36</sup> E.S.D., artículo 17.

<sup>37</sup> E.S.D., artículo 17.1.

<sup>38</sup> E.S.D., artículo 17.6.

<sup>39</sup> E.S.D., artículo 17.14.

jurídicas y la *ratio decidendi* de los informes anteriores del Órgano de Apelación adoptados por el OSD... El hecho de que un grupo especial no siga los informes anteriormente adoptados del Órgano de Apelación en que se abordaron las mismas cuestiones menoscaba el desarrollo de una jurisprudencia coherente y previsible que aclare los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados de conformidad con lo previsto en el ESD”<sup>40</sup>.

Una de las características más notorias del sistema de solución de diferencias de la O.M.C. es la posibilidad que se da a terceras partes interesadas de intervenir en el procedimiento<sup>41</sup>. Si más de un Estado Miembro (litisconsorcio) solicitara el establecimiento de sendos grupos especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer un único grupo especial para examinar las reclamaciones tomando en consideración los derechos de todos los Miembros interesados<sup>42</sup>. Siempre que sea posible, se deberá establecer un grupo especial único para examinar tales reclamaciones<sup>43</sup>. Las comunicaciones escritas de cada uno de los reclamantes se facilitarán a los otros reclamantes, y cada reclamante tendrá derecho a estar presente cuando uno de los otros exponga sus opiniones al grupo especial<sup>44</sup>.

El E.S.D. contempla la figura del *amicus curiae*, estableciendo que “(...) en el curso del procedimiento de los grupos especiales se tomarán plenamente en cuenta los intereses de las partes en la diferencia y de los demás Miembros en el marco de un acuerdo abarcado a que se refiera la diferencia”, dándole oportunidad a todo Miembro “que tenga un interés sustancial” de ser oído por el grupo especial y de presentar y recibir comunicaciones por escrito<sup>45</sup>.

En el sistema del O.S.D., resulta imperativo establecer, como método de trabajo, la interpretación y el alcance que debe darse a las normas de los acuerdos, de modo de asistir a los negociadores, a quienes intervienen en el

---

<sup>40</sup> OMC. Caso *Estados Unidos - Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México*, DS344, Doc. WT/DS344/AB/R, pto. VIII, paras. 1-9.

<sup>41</sup> E.S.D., artículo 10.

<sup>42</sup> E.S.D., artículo 9.

<sup>43</sup> E.S.D., artículo 9.1.

<sup>44</sup> E.S.D., artículo 9.2.

<sup>45</sup> E.S.D., artículo 10.

proceso de toma de decisiones y a futuros paneles cuando se trata de navegar por las complejidades del régimen de la O.M.C., en particular si se está en presencia de aspectos que todavía resultan discutidos y controvertidos. Clarificar el contenido de las normas ayuda a percibir al sistema de solución de diferencias como más eficiente, a la vez que permite una mejor comprensión de los acuerdos de la O.M.C.. Ello puede conducir a una solución más rápida de la controversia e inclusive podría llegar a evitar el surgimiento de una disputa, dado que una correcta interpretación puede ser determinante para futuros casos. Una interpretación adecuada, sistemática, coherente y auténtica facilita el desarrollo del sistema de comercio internacional al establecer un esquema sólido de solución de controversias, promoviendo la confianza de las partes interesadas en el funcionamiento del sistema.

El Artículo 3.2 del E.S.D. expresamente establece la obligación de que los diferentes organismos involucrados en el proceso de solución de diferencias realicen la interpretación de los acuerdos “(...) de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”<sup>46</sup>. El O.S.D. se refirió a estas disposiciones como las únicas reglas de interpretación contenidas en los acuerdos de la O.M.C.<sup>47</sup>, aunque hay quienes sostienen que todas las fuentes citadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son potencialmente fuentes de derecho aplicables a la O.M.C.<sup>48</sup>.

Las estadísticas ponen de manifiesto que el sistema de solución de diferencias es utilizado intensivamente<sup>49</sup>. Si bien ello es positivo en la medida en que demuestra que los Miembros mantienen su confianza en el sistema, subsisten ciertas dificultades en el cumplimiento de las

---

<sup>46</sup> Este requerimiento no sólo comprende las normas del G.A.T.T. 1994 sino que, como lo ha establecido la jurisprudencia del O.S.D. desde sus inicios, incluye otros acuerdos tales como el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (A.D.P.I.C. / T.R.I.P.S.) y Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido.

<sup>47</sup> Caso *Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/4.R, WT/DS67/AB/4.R y WT/DS68/AB/4.R, para 84.

<sup>48</sup> PALMETER, David & MAVROIDIS, Petros C., “The WTO Legal System: Sources of Law”, 92 *American Journal of International Law*, 1998, p. 398.

<sup>49</sup> OMC, Informe Anual 2016, Ginebra, 2016, p. 108. Disponible en [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/anrep\\_s/anrep16\\_chap6\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/anrep16_chap6_s.pdf) (consulta el 20/11/2016).

recomendaciones<sup>50</sup>. Esta insuficiencia no afecta solamente al O.S.D. sino que es general y consustancial a todos los mecanismos de resolución de controversias internacionales y es una consecuencia ínsita en la naturaleza de sistema jurídico de coordinación que define al derecho internacional<sup>51</sup>.

Como sostiene Delich:

“(...) el hecho de que en líneas generales los actores acuerden que el sistema de solución de disputas de la OMC es un avance en términos de construcción de instancias regladas para lidiar con los conflictos internacionales, no quiere decir que esté exento de críticas. (...) las cuestiones que han surgido con su funcionamiento [son]: la incapacidad de los países en desarrollo para aprovechar el sistema debido a la falta de recursos y experiencia; la falta de transparencia (...); la debilidad del remedio previsto y el activismo judicial”<sup>52</sup>.

Por otra parte, poco después de la adopción de los acuerdos de la O.M.C., comenzaron los debates acerca de la obligatoriedad jurídica de las decisiones adoptadas en el marco del O.S.D., ya que mientras algunos autores sostenían que la O.M.C. establecía un sistema de cumplimiento *voluntario*, en el que los Estados podían elegir entre cumplir o no y sufrir medidas retaliatorias<sup>53</sup>; otros argüían en torno a la obligatoriedad tanto de las normas de la O.M.C. como del sistema de solución de diferencias<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Véase SHANY, Yuval, “Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach”, 106 *American Journal of International Law*, 2012, p. 227. Una versión de este artículo se encuentra disponible en [http://portal.idc.ac.il/he/schools/law/about\\_us/documents/assessing\\_the\\_effectiveness\\_of\\_international\\_courts.pdf](http://portal.idc.ac.il/he/schools/law/about_us/documents/assessing_the_effectiveness_of_international_courts.pdf) (consulta el 20/11/2016).

<sup>51</sup> ARBUET VIGNALI, Heber, “Las relaciones internacionales y sus reglas”, en Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Internacional Público*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, Tomo I, p. 76.

<sup>52</sup> DELICH, Valentina, *op. cit.*, p. 87.

<sup>53</sup> BELLO, Judith H., “The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More”, 90 *American Journal of International Law*, Vol. 3, 1996, pp. 416-418, Disponible en [http://sites.fas.harvard.edu/~ec970ajf/Class\\_11/wto\\_less\\_is\\_more.pdf](http://sites.fas.harvard.edu/~ec970ajf/Class_11/wto_less_is_more.pdf) (consulta el 20/11/2016).

<sup>54</sup> JACKSON, John H., “The WTO Dispute Settlement Understanding - Misunderstandings On The Nature Of Legal Obligation”, 91 *American Journal of International Law*, Vol. 1, 1997, p. 60. En el mismo sentido, JACKSON, John H., “International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to “Buy Out”?”, 98 *American Journal of International Law*, Vol. 1, 2004, pp. 109-125. Disponible en

Un análisis reciente en torno a la eficacia del sistema subraya la construcción de un sistema judicial efectivo y legítimo en la O.M.C. en un período de intensas desavenencias diplomáticas y políticas y la percepción predominante de impasse y malestar en la Organización<sup>55</sup>. En el centro de esta narrativa se encuentra el O.A., cuyo rol consistió en contrarrestar el conflicto político y la parálisis en la O.M.C.<sup>56</sup>, distanciándose de la Organización y adoptando varias medidas jurisprudenciales cruciales que condujeron a su transformación en un tribunal independiente.

Sin embargo, hay quienes sostienen que se ha sobreestimado el alcance y el tipo de eficacia y legitimidad alcanzados hasta la fecha por el sistema de solución de diferencias de la O.M.C.<sup>57</sup>. Más aun, afirman que el O.A. no ha logrado que la eficacia y la legitimidad del sistema distanciándose de los miembros de la O.M.C. o de la élite de la política comercial con sede en Ginebra. Por el contrario, ello se habría alcanzado porque los grupos especiales y el Órgano mismo hábilmente supieron “leer”, reflexionar y responder a las exigencias expresas y subyacentes de los Estados Miembros de la O.M.C.. Por ello, se sostiene que el éxito del sistema no proviene de las fuertes “declaraciones de independencia” del OA ni de un “conflicto abierto con la élite de la política comercial”. Por el contrario, se explica en gran medida por el minimalismo judicial del O.A. y la sutil simbiosis informal que ha surgido entre la Secretaría de la O.M.C., los grupos especiales y el Órgano de Apelación, y la élite de la política comercial con sede en Ginebra<sup>58</sup>.

---

<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1107&context=facpub>  
(consulta el 20/11/2016).

<sup>55</sup> HOWSE, Robert, “The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary”, 27 *European Journal of International Law* (1) (2016) 9-77.

<sup>56</sup> La aceptación oficial del colapso de la Ronda de Doha, en la cumbre ministerial de Nairobi a finales de 2015, puso de relieve las casi dos décadas de parálisis política en la O.M.C..

<sup>57</sup> PAUWELYN, Joost, “The WTO 20 Years On: ‘Global Governance by Judiciary’ or, Rather, Member Driven Settlement of (Some) Trade Disputes Between (Some) WTO Members?”, 27 *European Journal of International Law* (4) (2016). Disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID2864413\\_code197021.pdf?abstractid=2864413&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2864413_code197021.pdf?abstractid=2864413&mirid=1) (consulta el 20/11/2016).

<sup>58</sup> Ídem.

Estos poco más de veinte años de existencia muestran un órgano cuasi judicial en plena evolución, analizando cientos de reclamaciones y produciendo un vasto acervo jurisprudencial. A pesar de la profunda división entre los Miembros de la O.M.C. sobre el futuro del sistema multilateral de comercio, las continuas críticas a la globalización económica, los muchos otros acontecimientos que podrían considerarse desestabilizadores del orden económico internacional (por ejemplo, la crisis financiera de 2007-2011), los delicados asuntos que son abordados en las diferencias ante la O.M.C. (medio ambiente, bienestar animal, preferencias por los países en desarrollo, subsidios para las energías renovables y gestión de los escasos recursos naturales) y los principales retos a la solución de controversias vinculantes en otros ámbitos del derecho económico internacional (v.g. los arbitrajes inversor-Estado), el sistema de solución de diferencias de la O.M.C., en gran medida, ha sobrevivido a los embates a su legitimidad<sup>59</sup>.

El O.A., frecuentemente, ha decidido cuestiones controvertidas, exhibiendo neutralidad frente la agenda neoliberal del comercio reflejada en la Ronda Uruguay y muchos de sus resultados<sup>60</sup>, como los Acuerdos de la O.M.C. sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (A.D.P.I.C.) y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (O.T.C.), por ejemplo. Ello no obstante, se ha cuestionado que los informes de la O.M.C. reflejan el número de disputas que han sido sometidas al sistema de solución de diferencias, pero no hay un registro del número completo de las violaciones a las normas de los Acuerdos abarcados o el total de disputas, incluyendo las que no son sometidas al O.S.D.<sup>61</sup>.

De acuerdo a los registros de la O.M.C., entre 1994 y 2014, 488 se sometieron al sistema de solución de diferencias. Sin embargo, según el *Global Trade Report Alert* de 2016, sólo los países miembros del G20 habrían adoptado 5.775 medidas que discriminan contra las inversiones

---

<sup>59</sup> HOWSE, Robert, *op. cit.*, p. 10-11.

<sup>60</sup> Recuérdese que la Ronda Uruguay fue negociada en el pico de popularidad de las políticas neoliberales representadas por el Consenso de Washington y que comenzaron a ser cuestionadas poco tiempo después sin que la tinta de los Acuerdos de la O.M.C. hubiera tenido la oportunidad de secarse.

<sup>61</sup> PAUWELYN, Joost, *op. cit.*

extranjeras desde noviembre de 2008<sup>62</sup>. Ese informe señala que, durante 2015, las políticas proteccionistas se incrementaron en un 50% respecto de 2014. En el mismo período, las iniciativas políticas que atentan contra los intereses comerciales extranjeros superaron en número a las medidas de liberalización comercial en una proporción de tres a uno. El promedio de medidas proteccionistas adoptadas en los primeros cuatro meses de cada año fue entre 50 y 100 de 2010 a 2015, esa cifra excedió las 150 en 2016. Los miembros del G20 fueron responsables del 81% de las medidas proteccionistas implementadas en 2015<sup>63</sup>. La República Argentina figura sexta entre los 10 países que más discriminaron contra los intereses comerciales extranjeros en 2015, habiendo adoptado 36 medidas de protección comercial en ese año<sup>64</sup>. Esta tendencia alcista es contraria al número de consultas recibidas por el O.S.D., que fue de 324 durante los primeros diez años y descendió a 164 en los segundos diez<sup>65</sup>. Sin embargo, durante 2015, esa tendencia pareció revertirse, ya que éste fue el año de mayor actividad del sistema de solución de diferencias de la O.M.C. de que se tiene constancia, con una media de treinta grupos especiales en activo al mes. El O.S.D. adoptó once informes de grupos especiales, frente a nueve en 2014. A su vez, la O.M.C. alcanzó otro hito importante cuando se planteó ante la Organización, para su solución, la diferencia comercial número 500, lo que en palabras de su Director General, Roberto Azevêdo, “(...) demuestra que el sistema de solución de diferencias de la OMC goza de enorme confianza entre los Miembros”<sup>66</sup>.

Los principios generales del derecho internacional han tenido un elevado índice de influencia o recepción en este nuevo sistema de solución de diferencias, reforzando el grado de cohesión del sistema de la O.M.C. con

---

<sup>62</sup> EVENETT, Simon J. & FRITZ, Johannes, *Global Trade Plateaus: The 19th Global Trade Alert Report*, London, CEPR Press, 2016, p. 38.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 27. Asimismo, la Argentina figura entre los cuatro Estados que más frecuentemente utilizaron medidas de defensa comercial, junto a los Estados Unidos, India y Rusia, a un promedio de una medida cada siete días desde 2008. Cfr. *Ibidem*, p. 30. Recíprocamente, el proteccionismo extranjero ha perjudicado a los intereses comerciales argentinos 712 veces, de los cuales 230 casos provienen de sus propios socios comerciales.

<sup>65</sup> Estas estadísticas fueron extraídas del sitio <http://worldtradelaw.net/> (consulta el 20/11/2016).

<sup>66</sup> OMC, *Informe Anual 2016*, Ginebra, 2016, p. 108, disponible en [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/anrep\\_s/anrep16\\_chap6\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/anrep16_chap6_s.pdf) (consulta el 20/11/2016).

el derecho internacional general<sup>67</sup>. Si bien el futuro de la O.M.C. como institución está en cuestión, sin que exista un consenso claro sobre qué podría o debería hacer en el futuro, el Órgano de Apelación ha resultado ser un formidable motor de la gobernanza económica mundial. Probablemente, el más activo y productivo de todos los tribunales internacionales, no sólo en número, amplitud e importancia de sus decisiones, sino también en el número de disputas que su orientación jurisprudencial ha ayudado a resolver, a menudo fuera de la sala del tribunal<sup>68</sup>.

#### *IV. Vinculación entre los acuerdos de la O.M.C. y otros acuerdos internacionales*

Interpretar las normas de los acuerdos de la O.M.C. requiere determinar cómo las obligaciones de los Estados Miembros son afectadas por otros compromisos internacionales contraídos por esos Estados, sea anterior o posteriormente, y que son ajenos o externos al régimen de la O.M.C.. La importancia de esta cuestión radica en la posibilidad de que los acuerdos externos al régimen de la O.M.C. contengan normas conflictivas o contradictorias con dicho régimen, en cuyo caso resultará necesario dar prioridad a alguna de ellas. El Órgano Permanente de Apelación está en condiciones de realizar dicha operación dada su capacidad de interpretar los acuerdos de la O.M.C. de conformidad con las reglas generales de interpretación descriptas en el punto precedente.

Dado que el O.S.D. es un órgano creado por un tratado y encargado de interpretar la normativa relacionada al mismo, su jurisdicción primaria está limitada a la aplicación de las normas de los acuerdos de la O.M.C.. Ello no obstante, como lo establece el Artículo 31.3 (c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los tratados deben ser interpretados considerando no sólo sus disposiciones sino "(...) toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes". En realidad, se ha sostenido que una interpretación de los acuerdos de la O.M.C.

---

<sup>67</sup> Al respecto puede verse ARREDONDO, Ricardo, "La aplicación de los principios del Derecho Internacional en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC", en AAVV, *Las negociaciones económicas internacionales. Aspectos relevantes para la Argentina*, CEI- ISEN, Buenos Aires, agosto de 2004, pp. 3-30. Disponible en [http://www.cei.gov.ar/userfiles/1\\_cei\\_isen2.pdf](http://www.cei.gov.ar/userfiles/1_cei_isen2.pdf) (consulta el 20/11/2016).

<sup>68</sup> HOWSE, Robert, *op. cit.*, p. 75.

en forma aislada de otros acuerdos internacionales podría contradecir el propósito y el objeto del G.A.T.T. 1994. El O.S.D., en el caso *Japón – Impuestos* y retomando la posición sostenida en el caso “*Gasolina reformulada*” sostuvo que “(...) no debe leerse el Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público”<sup>69</sup>.

La vinculación de las provisiones de los acuerdos de la O.M.C. con otras normas internacionales, en especial con relación a los acuerdos internacionales referidos al medio ambiente, ha sido materia de un amplio debate en el plano académico<sup>70</sup>.

La cuestión de normas conflictivas y su potencialidad de sustituir a las normas de la O.M.C. ha surgido en reiteradas oportunidades en la jurisprudencia de la O.M.C., principalmente, en el contexto de acuerdos internacionales referidos al medio ambiente y los paneles se han mostrado renuentes a dictaminar en forma definitiva sobre esta cuestión. En muchos casos, la renuencia de los integrantes de los Grupos Especiales a avocarse al estudio y vinculación de los temas no estrictamente relacionados con el comercio, tales como el medio ambiente, se debió a la falta de *expertise* de los panelistas sobre estos temas y a la imaginaria amenaza que representaba la eventual participación de ONGs en este debate. Si bien los Grupos Especiales están facultados para buscar el asesoramiento de expertos en materias científicas o técnicas, raramente lo han hecho. Una mayor transparencia puede contribuir a resolver las preocupaciones comerciales

---

<sup>69</sup> *Gasolina reformulada*, WT/DS2/AB/R, Sección III. B.

<sup>70</sup> Al respecto puede verse; FERNÁNDEZ EGEA, Rosa, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2008; SINDICO, Francesco, FERNÁNDEZ EGEA, Rosa & BORRÁS, Susana, *El Derecho internacional del medio ambiente: una perspectiva desde Iberoamérica*, London, CMP Publishing, 2011; en particular el capítulo de Sindico y Fernández Egea titulado “Comercio internacional y medio ambiente”. Asimismo, en la literatura anglosajona ver, entre otros, DUNOFF, Jeffrey, “Institutional Misfits: The GATT, The ICJ & Trade-Environment Disputes”, 15 *Michigan Journal of International Law*, 1994, p. 1043. Disponible en [http://www.ibrarian.net/navon/paper/Copyright\\_c\\_1994\\_University\\_of\\_Michigan\\_Law\\_Sch.pdf?paperid=315497](http://www.ibrarian.net/navon/paper/Copyright_c_1994_University_of_Michigan_Law_Sch.pdf?paperid=315497) (consulta el 20/11/2016); BRACK, Duncan, “Reconciling the GATT and Multilateral Environmental Agreements with Trade Provisions: The Latest Debate”, 6 *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 2, 1997, p. 112; y CAMERON, James & ROBINSON, James, “The Use of Trade Provisions in International Environmental Agreements and their Compatibility with the GATT”, 2 *Yearbook of International Environmental Law*, 1991, pp. 3-30.

relacionadas con los planes/programas de ecoetiquetado y puede ayudar también a alcanzar los objetivos medioambientales facilitando a los consumidores una información precisa y completa.

Algunos autores han señalado que, ante la inexistencia de una cláusula expresa de compatibilidad en los acuerdos de la O.M.C., las disputas referidas a acuerdos sobre comercio y medio ambiente podrían ser adjudicadas para su solución al sistema que, en su conjunto, cubra mayormente la materia objeto de la diferencia<sup>71</sup>. Los principios *lex specialis* y *lex posterior* parecerían aplicables únicamente en los pocos casos donde la materia primaria objeto de la controversia no contiene una clara indicación con respecto al régimen aplicable. Más aún, podrían darse supuestos en los que el foro competente para la solución de la diferencia declinara su jurisdicción en aras del principio de buena fe, v.g. si una parte trata de evadir sus obligaciones bajo un régimen determinado apelando a los procedimientos de solución de diferencias del otro sistema<sup>72</sup>.

Cabe destacar también que en la denominada Asociación Transpacífica, los Estados Unidos han aceptado que las instituciones de solución de diferencias de esa organización mega-regional deben tener en cuenta la jurisprudencia de la O.M.C., lo que claramente sugiere que el O.A. ha alcanzado “la mayoría de edad” como un verdadero tribunal del comercio mundial. Sin embargo, también debe subrayarse que este acuerdo de última generación, será modelo a partir de ahora para los próximos acuerdos comerciales que incluirán, además de la desgravación tributaria, reglas que van más allá de los entendimientos multilaterales de la O.M.C. e inciden sobre políticas internas de los países<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> SCHLOEMANN, Hannes y OHLHOFF, Stefan, “‘Constitutionalization’ and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, 93 *American Journal of International Law*, Vol. 2, 1999, pp. 424-451.

<sup>72</sup> Veáse ASIL, “Symposium: The Boundaries of the WTO”, 96 *American Journal of International Law*, Vol. 1, 2002, pp. 1-158.

<sup>73</sup> Para un análisis más detallado de la vinculación entre los acuerdos O.M.C. y otros acuerdos comerciales, *brevitatis causae*, sugerimos ver la contribución de Lautaro Ramírez en otro capítulo de esta obra.

## V. La participación de Argentina en el sistema de solución de controversias de la O.M.C.

La República Argentina ha tenido y tiene un alto grado de participación en el sistema de solución de diferencias de la O.M.C.<sup>74</sup>. Aproximadamente, el 7% de las disputas planteadas en la O.M.C. tuvieron como protagonista a Argentina, un país cuya participación en el comercio mundial no alcanza al 0,4%<sup>75</sup>. Se trata de una tasa de participación similar o aun superior a países con una actividad mucho mayor en el comercio mundial como Corea, Japón o Australia. Para un Estado como la Argentina, estos niveles de participación representan un alto nivel de exposición al sistema multilateral de solución de controversias comerciales.

Hasta el año 2000, la participación de Argentina tuvo lugar en forma casi exclusiva como parte demandada<sup>76</sup>. Las demandas de la U.E. fueron determinantes en esta situación. A partir de la crisis de 2001/2002 los reclamos de la U.E. se redujeron abruptamente como efecto político de la crisis y probablemente de la consecuente disminución en importancia de sus importaciones hacia Argentina. No obstante, esa reducción de los reclamos también coincidió con una participación más activa de Argentina como reclamante. Esa situación se revirtió a partir de las medidas adoptadas por la República Argentina, en particular a partir de 2008 y especialmente en 2011

---

<sup>74</sup> Desde su creación hasta la fecha, Argentina participó y participa como parte en 42 disputas (20 como demandante y 22 como demandada), a la vez que ha intervenido como tercero en 59 diferencias. Fuente disponible en [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_by\\_country\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm) (consulta el 20/11/2016).

<sup>75</sup> En 2014 la República Argentina representó el 0.37% de las importaciones mundiales y el 0.36% de las exportaciones. Cfr. EVENETT, Simon J. y FRITZ, Johannes, *Global Trade Plateaus: The 19th Global Trade Alert Report*, London, CEPR Press, 2016, p. 44, Disponible en [http://www.globaltradealert.org/sites/default/files/GTA%2019%20-%20World%20Trade%20Plateaus\\_0.pdf](http://www.globaltradealert.org/sites/default/files/GTA%2019%20-%20World%20Trade%20Plateaus_0.pdf) (consulta el 20/11/2016).

<sup>76</sup> Esta situación es predicable no sólo respecto de la República Argentina sino de los países en desarrollo en general y los latinoamericanos en particular, que recién después de esa fecha comenzaron a tomar posición como reclamantes. Cfr. DAVEY, William, "The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years", 8 *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, 2005, pp. 17-50. En el caso de la República Argentina la adopción de medidas de defensa comercial en ese período está asociada a la crisis económica y la imposibilidad de alterar el tipo de cambio, como consecuencia de la Ley de Convertibilidad.

y 2012, que llevaron a que la U.E. efectuara un nuevo pedido de consultas a la Argentina en mayo de 2012.

El hecho de haber mantenido más de dos tercios de las disputas con la U.E., Estados Unidos y Chile puede marcar una tendencia, probablemente basada en los conflictos a que dan lugar los flujos de comercio relativamente intensos con estos socios comerciales. A pesar de tener mecanismos de solución de controversias a nivel regional (Mercosur y A.L.A.D.I., entre otros), la Argentina prefirió en ocasiones la utilización del sistema de solución de diferencias de la O.M.C. frente a socios como Brasil<sup>77</sup> y Chile<sup>78</sup>. Por otra parte, Argentina fue parte activa en dos casos con efecto “sistémico”: el caso con Chile sobre bandas de precios sirvió para establecer la divisoria de aguas entre el sistema de la O.M.C. y el del Mercosur; y el caso con la U.E. por los organismos genéticamente modificados (O.G.M.)<sup>79</sup> tuvo una fuerte repercusión sobre la comercialización de estos productos a nivel internacional. Otro dato relevante es que ni la Argentina ni sus socios regionales ha actuado en litisconsorcio ante el O.S.D, sino que en todos los casos han preferido ir solos a las controversias.

Un análisis de las controversias planteadas por Argentina en la O.M.C. muestra que, en su mayoría, fueron sobre productos agrícolas y unas pocas sobre medidas antidumping aplicadas a productos industriales. La alta participación de los productos agrícolas como materia de las demandas de Argentina no puede resultar una sorpresa teniendo en cuenta el perfil exportador de nuestro país. Por su parte, de las demandas formuladas a Argentina, la mayor parte fueron sobre medidas de defensa comercial aplicadas por nuestro país (en su mayoría destinadas a productos industriales aunque también se involucraron productos agrícolas, medidas de acceso al mercado o propiedad intelectual). Estas características sugieren

---

<sup>77</sup> Vg. Caso *Brasil – Medidas antidumping sobre las importaciones de determinadas resinas procedentes de la Argentina*, DS355.

<sup>78</sup> Vg. Casos *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*, DS207; *Chile – Medida de salvaguardia especial aplicada a las mezclas de aceites comestibles*, DS226; *Chile – Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de fructosa*, DS278; *Chile – Medida de salvaguardia provisional sobre determinados productos lácteos*, DS351 y DS356; *Chile – Medidas antidumping sobre las importaciones de harina de trigo procedentes de la Argentina*, DS393.

<sup>79</sup> Caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, DS293.

que Argentina seguirá siendo un potencial demandante en disputas sobre temas agrícolas y probablemente continúe siendo demandado en disputas sobre medidas de defensa comercial.

En los últimos años, debido al cepo a las importaciones impuesto por la Administración Kirchner, la Argentina sufrió una demanda masiva<sup>80</sup> por parte de la U.E., los Estados Unidos y Japón que terminó con una resolución a favor de los demandantes. El 14 de enero de 2016, la Argentina notificó al O.S.D. que había aplicado plenamente las recomendaciones y resoluciones del O.S.D. al dejar de aplicar las prescripciones relacionadas con el comercio y derogar la ley que establecía el requisito de la Declaración Jurada Anticipada de Importación (D.J.A.I.). El 18 de enero de 2016, la Unión Europea y la Argentina informaron al O.S.D. del Procedimiento acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del E.S.D.. Paralelamente, la Argentina inició reclamaciones importantes contra la U.E. (biodiésel)<sup>81</sup> y los Estados Unidos (carne<sup>82</sup> y limones<sup>83</sup>), donde obtuvo fallos favorables o estaría por obtenerlos y que llevaron a los Estados demandados a dejar sin efecto las restricciones aplicadas al comercio de estos productos argentinos.

Estas resoluciones son una clara evidencia de que la Argentina se ha beneficiado de su participación en el sistema de solución de diferencias de la O.M.C., habiendo obtenido soluciones beneficiosas que, probablemente, no hubiera obtenido por fuera del sistema, como lo demuestran los largos años de consultas y negociaciones bilaterales con los Estados Unidos y la U.E., que resultaron infructuosas y obligaron al país a recurrir al O.S.D..

La participación argentina en el sistema de solución de diferencias de la O.M.C. revela la consustanciación, colaboración e interacción del sector público y privado en la defensa y promoción de los intereses comerciales de nuestro país, ya que los órganos del Estado responsables de llevar adelante estas tareas trabajaron de manera conjunta con cámara que

---

<sup>80</sup> Caso *Argentina – Medidas que afectan a la importación de mercancías*, DS438, DS444, DS445 y DS446.

<sup>81</sup> Caso *Unión Europea – Medidas antidumping sobre el biodiésel procedente de la Argentina*, DS473.

<sup>82</sup> Caso *Estados Unidos – Medidas que afectan a las importaciones de animales, carne y otros productos del reino animal procedentes de la Argentina*, DS447.

<sup>83</sup> Caso *Estados Unidos – Medidas que afectan a la importación de limones frescos*, DS448.

agrupaba al sector involucrado, las que en algunos supuestos financiaron además a los costos de firmas de abogados que asesoraron a la Argentina en diversos conflictos<sup>84</sup>.

Por otra parte, a raíz de su intensa participación en el sistema multilateral de comercio, la Argentina aprendió a utilizar más efectivamente sus mecanismos, lo que le permitió articular exitosamente sus pretensiones y pasar de tener una estrategia defensiva a una ofensiva, que le facilitó la apertura de mercados, como lo demuestran los recientes casos de biodiesel, carne vacuna y limones.

## VI. Conclusiones

La adopción del Entendimiento relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias en el ámbito de la O.M.C. tuvo una significativa importancia en el plano de las relaciones económicas internacionales y representó un cambio cualitativo en el desarrollo de los sistemas de solución de controversias a nivel mundial.

El E.S.D. introduce un mayor grado de juridización en un sistema caracterizado por un mayor influjo de factores económicos y políticos, donde el enfoque diplomático basado en las diferentes relaciones de poder de las partes de una disputa, es remplazado por un enfoque basado en reglas de derecho y solución imparcial de las controversias. Un esquema normativo donde el poderío económico o el peso político de las partes disminuye su importancia, dando así oportunidad a los países en desarrollo de “desafiar” las medidas comerciales de aquellos Estados económicamente poderosos y que normalmente dominan el proceso de toma de decisiones en las negociaciones multilaterales.

A pesar de las voces críticas al sistema<sup>85</sup>, luego de más de dos décadas de funcionamiento del O.S.D., puede afirmarse que numerosas

---

<sup>84</sup> Véase TUSSIE, Diana y DELICH, Valentina, “The Political Economy of Dispute Settlement. A Case from Argentina”, en Peter Gallagher, Patrick Low & Andrew L. Stoler (eds.), *Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies*, Cambridge, Cambridge University Press – OMC, 2005, p. 31.

<sup>85</sup> BARFIELD, Claude E., *Free trade, sovereignty, democracy: the future of the World Trade Organization*, Washington, D.C., AEI Press, 2001. Disponible en <http://www.aei.org/wp->

disputas han sido solucionadas y subsiguientemente adoptadas por los Estados Miembros de la O.M.C. a través de la implementación del sistema de consenso negativo<sup>86</sup>. Sin embargo, todavía persisten algunas divergencias en torno a cómo debe resolverse una disputa con posterioridad a una decisión del O.S.D..

A pesar de ser el organismo encargado de decidir en última instancia en las disputas comerciales internacionales, el O.S.D. se enfrenta con las constricciones propias del sistema internacional, ya que no puede actuar “de oficio”, es decir que se requiere que un Estado o grupo de Estados someta una diferencia a su consideración. Por otra parte, tampoco está en condiciones de suplantar el carácter inherentemente político que es consustancial a la regulación del comercio internacional. En tal sentido, la falta de capacidad de ejecutar lo plasmado en sus resoluciones y recomendaciones trae aparejada una limitación a su capacidad para resolver de manera práctica y efectiva las diferencias comerciales internacionales, obstaculizando de ese modo su posibilidad de brindar soluciones reales a los problemas comerciales.

Las decisiones de los grupos especiales, generalmente adoptadas por el O.S.D., y, especialmente, las del O.A., conllevan una importancia sustancial tanto para los Gobiernos, para la comunidad empresarial y, en definitiva, para los ciudadanos, que son en última instancia los afectados –de modo positivo o negativo– por la interpretación o aplicación de las normas jurídicas existentes que realizan los paneles o el O.A..

Los grupos especiales o paneles ya no se constituyen sobre una base *ad hoc*, a la vez que las partes están cada vez más conscientes de la posibilidad de imposición de sanciones, en adición la posibilidad de represalias de otros miembros de la O.M.C., cuando no implementan el contenido de las decisiones del O.S.D.. Las decisiones ya no son fallos aislados para resolver una diferencia particular que es exclusivamente relevante para las partes, habiéndose constituido el O.S.D. en el intérprete

---

[content/uploads/2013/12/-free-trade-sovereignty-democracy-book\\_17154473556.pdf](content/uploads/2013/12/-free-trade-sovereignty-democracy-book_17154473556.pdf)

(consulta el 20/11/2016).

<sup>86</sup> Como señala Delich, citando a numerosos autores, “la mayoría de los autores coincide en que el sistema actual funciona, en términos generales, muy bien”. Cfr. DELICH, Valentina, *op.cit.*, p. 85, nota N° 2.

final de las normas de la O.M.C.. A pesar de que no existe en el sistema de la O.M.C. el principio del precedente o “*stare decisis*” y que el O.S.D. no puede “crear derecho”<sup>87</sup>, sus decisiones han creado un valioso cuerpo de jurisprudencia que ha servido para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Ello, a su vez, evita la posibilidad de interpretaciones erróneas entre los miembros acerca del alcance de las normas de la O.M.C. en el futuro y brinda un argumento de autoridad a quienes en futuras negociaciones comerciales internacionales sostienen una posición acorde a la mantenida por el Órgano.

En síntesis, puede afirmarse que la interpretación de las normas de la O.M.C. en forma consistente con el derecho internacional y otros principios generales del derecho ha reforzado la seguridad jurídica y le ha brindado coherencia normativa al esquema jurídico de la O.M.C.. Ello hace que el sistema resulte previsible y, por lo tanto, otorga mayor seguridad a las partes que quieren recurrir a él para solucionar sus diferencias. La prolijidad de los fallos, la precisión de los razonamientos y la claridad de las opiniones asistirán a las partes cuando se trate de navegar por las complejidades del régimen de la O.M.C., en particular cuando se trate de aspectos que todavía resultan controvertidos y de cuya interpretación depende el efectivo goce de un derecho.

Asimismo, es posible señalar que la jurisprudencia de la O.M.C. ha efectuado y efectúa una importante contribución a la evolución del derecho internacional contemporáneo, ya que sus decisiones desarrollan la jurisprudencia internacional que es una de las fuentes del derecho internacional. Por ello, la comunidad internacional adquiere mayor seguridad al sentir que un sistema de solución de controversias internacionales puede funcionar basado en principios y de modo coherente y eficaz y, por lo tanto, satisfactorio. La naturaleza judicial del O.A. le permite ejercer autoridad sobre los Estados Miembros de la Organización, refuerza su condición de sujeto neutral que actúa en forma imparcial y favorece la integridad del sistema. Su posición como juez independiente

---

<sup>87</sup> El artículo 3.2 del ESD, *in fine*, prevé que “Las recomendaciones y resoluciones del O.S.D. no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

fortalece su potencialidad para transformarse en una institución internacional legítima y duradera.

Se puede evaluar positivamente el rol del O.S.D. como institución que está en condiciones de solucionar las diferencias que se le presenten y contribuir de ese modo al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. La credibilidad de esta institución puede ser medida a través de su jurisprudencia, cuya autoridad continúa cobrando vigor con el paso del tiempo. Un elemento que refuerza esta credibilidad es la vinculación adecuada, sistemática y coherente que se ha hecho a través de la jurisprudencia de la O.S.D. entre los principios generales del derecho internacional y el sistema especializado de normas de la O.M.C.. Estos principios generales reflejan los sentimientos básicos de justicia y equidad inherentes a todo sistema de derecho y que, sin dudas, deben utilizarse para regir las relaciones entre los Estados. Estos principios constituyen sumas de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que, estableciendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto de las normas de la O.M.C., a las que informan y limitan. A su vez, este nuevo sistema normativo interactúa sobre los principios generales modificándolo y reforzándolo.

La creciente participación de la República Argentina en el sistema de solución de diferencias de la O.M.C., fuera de proporciones para un país con una baja participación en el total del comercio mundial, evidencia de que la Argentina es un actor relevante en el sistema, se ha beneficiado de su participación en el sistema de solución de diferencias de la O.M.C., habiendo obtenido soluciones beneficiosas. Asimismo, nuestro país cambió el perfil defensivo que caracterizó sus primeros años para adoptar un rol ofensivo que le facilitó la apertura de mercados marcados por un fuerte sesgo proteccionista.

Lo expuesto no puede hacernos perder de vista que todavía hay mucho por hacer para mejorar el funcionamiento del O.S.D. de modo que el mismo esté en condiciones de incorporar importantes valores societarios vinculados al comercio en un contexto de una economía cada más globalizada e interdependiente. En ese marco, cuando las cuestiones vinculadas al comercio internacional adquieren una sensibilidad mayor en un escenario altamente conflictivo, donde los valores y disvalores que la globalización trae aparejados son objeto de escrutinio internacional, se

torna evidente la necesidad de contar con un ente profesional, justo, imparcial y objetivo que esté en condiciones de resolver las diferencias que puedan surgir entre los distintos componentes del sistema comercial internacional. La República Argentina debe hacer frente a esos desafíos de manera inteligente y continuar beneficiándose de su participación en dicha Organización.

## LA APARICIÓN DE REGÍMENES NORMATIVOS, AUTÓNOMOS Y CONTRAPUESTOS EN LA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL DE CONFLICTOS (COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE)

Claudia G. Gasol Varela<sup>1</sup>

“(…) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, expresa la necesidad de una integración sistémica del derecho internacional... el derecho internacional general como una *lex generalis*, puede y debe desempeñar una tarea complementaria y correctora, ayudando en forma más clara a llenar posibles lagunas (si se considera que ellas existen) y corregir potenciales incoherencias...”. *Alejandro Turyn*<sup>1</sup>.

SUMARIO: I. Introducción; II. Primera Parte: Análisis general de la cuestión referida a la diversificación y expansión del derecho internacional; II.1) Las relaciones normativas actuales en el derecho internacional. La incidencia de la *lex specialis* y los regímenes autónomos; II.2) Los trabajos de la C.D.I. en materia de fragmentación, diversificación y expansión del derecho internacional; II.3) La proliferación de jurisdicciones internacionales. El llamado “diálogo interjurisdiccional”; II.4) El “diálogo de las fuentes”; III. Segunda Parte: Un análisis particular aplicado a las normas referidas al comercio y al medio ambiente; III.1) El comercio internacional. Principios e instituciones; III.2) El medio ambiente. Tratados destinados a su protección. Principios y mecanismos de solución de controversias; III.3) La relación normativa entre el “comercio internacional” y la “protección del medio ambiente”. Su integración a través

---

<sup>1</sup> Abogada. Especialista en Derecho de daños (U.B.). Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense y la Escuela Diplomática de Madrid. Ex Becaria O.E.A.-A.E.C.I.D.-U.C.M.-U.P.V.. Miembro Consultor del CARI; Miembro Titular de la A.A.D.I. y Miembro Asociado A.A.D.C. Profesora U.B.A.-U.B.-U.N.L.Z. en “Las fuentes del Derecho Internacional”-“Derecho Internacional Público”, “Elementos de Derecho Constitucional” y “Constitucionalismo Social”. Conferencista de la Cumbre Mundial de Comunicación Política (evento que se desarrolla semestralmente en diferentes países).

<sup>1</sup> TURYN, Alejandro, “Comentarios sobre las fuentes del derecho internacional en la protección de inversiones extranjeras”. En Mónica Pinto (comp.), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario*, Buenos Aires, Eudeba, mayo 2009, pp. 166-167.

del “diálogo de las fuentes”; IV. Conclusiones.  
Reflexiones finales a modo de colofón.

## I. Introducción

El derecho internacional constituye un sistema jurídico que, como tal, está compuesto por principios y reglas jurídicas que se nutren y retroalimentan mutuamente. Por ello, no es correcta su definición como conjunto de normas; sino que corresponde entenderlo como un plexo normativo donde cada una de sus normas presentan relaciones significativas con respecto a la otra.

Corresponde destacar, dicho ello, que en la actualidad se observa que surgen distintas opiniones acerca del Ordenamiento Jurídico Internacional actual, su configuración, las recientes dimensiones y “hacia dónde debe ir...” el derecho internacional en orden a lograr una mayor uniformidad, unidad y/o armonización de sus normas.

Se comenzó a indagar, de acuerdo a ello, acerca de la teoría de las fuentes del derecho internacional desde las instituciones internacionales; es decir, el llamado “diálogo de las fuentes” y el “diálogo inter-jurisdiccional”.

La Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, C.D.I.), en ese sentido, comenzó los trabajos, en su 54º período de sesiones, celebrado en el año 2002, acerca de los “riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional”. Luego de dos años de intenso trabajo, decidió la creación de un grupo de estudio y la modificación de la denominación del tema, siendo actualmente identificado como “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”.

El presente trabajo pretende indagar acerca de la temática planteada; analizándola desde la relación existente entre el sistema multilateral de comercio y los tratados internacionales en materia ambiental, los cuales presentan una sinergia y dinámica propia que no está exenta de conflictos normativos entre reglas y principios provenientes de cada uno de éstos regímenes, la vinculación entre ellos y con el derecho internacional general. Conforme lo explicaremos, se espera arrojar luz a los debates acerca de si ellos pueden afectar la unidad y coherencia de este

último así como la aplicación de estas normas. *A posteriori*, formularemos nuestras reflexiones a manera de conclusión.

## II. Primera Parte: Análisis general de la cuestión referida a la diversificación y expansión del derecho internacional

Cesare Romano<sup>2</sup> utilizando una comparación con la luna, afirma que la cuestión de la fragmentación del derecho internacional puede “verse” desde dos caras diferentes, aunque necesariamente contiguas: por un lado, la de las normas y por el otro, la de las instituciones que supervisan la implementación de ellas y que, sobre la base de su conformidad a las disposiciones normativas aplicables, resuelven las controversias que se derivan de su aplicación.

Al respecto, Pastor Ridruejo expresa un punto de vista diferente afirmando que, si nos remitimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término “fragmentación” denota una idea de ruptura, encontrando similar significado en idioma inglés. El escenario descrito lo conduce a formular la afirmación de que dicho concepto no es adecuado “(...) para describir los signos distintivos del crecimiento funcional y temático del derecho internacional...”<sup>3</sup>. En ese sentido, agrega el autor que las nuevas áreas de incumbencia del derecho internacional no se han separado de los grandes principios y parámetros del mismo, debiéndose ellas, en mayor o menor medida, a la fragilidad que presenta la propia comunidad internacional en sus instituciones mismas.

Para concluir la idea, afirma que “(...) más que de fragmentación habría que hablar de un proceso de expansión y diversificación y de la consiguiente especialización de los nuevos sectores de la disciplina...desde luego imparables al compás de la creciente interdependencia entre los Estados...”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> ROMANO, Cesare, “El sistema jurídico internacional y sus tensiones: Fragmentación y vocación universal”, en *Puente @ Europa*, Año V, nº 2, 2007, pp. 29-33.

<sup>3</sup> Cfr. PASTOR RIDRUEJO, Juan A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 18-19.

<sup>4</sup> Ídem.

*II.1) Las relaciones normativas actuales en el derecho internacional. La incidencia de la lex specialis y los regímenes autónomos:*

Czar de Zalduendo señala que pocas ramas jurídicas han desplegado un importante desarrollo en las últimas décadas como el derecho internacional. Esto encuentra su razón de ser en el constante dinamismo y ampliación del elenco de sujetos y su ámbito material de aplicación, fenómenos impensables antes de la Segunda Guerra Mundial<sup>5</sup>.

La especialización del derecho internacional en regímenes normativos sectoriales o temáticos diversos refleja intereses, deberes y derechos distintos de varios campos de la actividad internacional, tales como el derecho del mar, y la cooperación científica y tecnológica; a lo que nosotros agregamos las normas referidas al comercio internacional y al medio ambiente, también como constitutivas de este fenómeno.

Se generan diversas reacciones orientadas hacia una mayor unificación del derecho internacional con distintos matices, que conducen a la autora a incorporar a su trabajo las tesis que propugnan la existencia de una función constitucional del derecho internacional sobre los ordenamientos internos tomando al Estado como un agente de la comunidad internacional<sup>6</sup>.

Paulatinamente, se fue abriendo camino, de ese modo, al llamado “constitucionalismo del derecho internacional”, entendido sobre la base de que “(...) la naturaleza constitucional del orden internacional se refiere a

---

<sup>5</sup> CZAR DE ZALDUENDO, Susana, “El sistema jurídico internacional y sus tensiones: Fragmentación y vocación universal”, en *Puente @ Europa*, Año V, nº 2, 2007, p. 5

<sup>6</sup> Christian Tomuschat, representante del constitucionalismo internacional conjuntamente con Hermann Mosler, Wilhem Wengler, Walter Hallstein (que elaboró el concepto de “comunidad de derecho”) y Andreas Palaus, acompañados de internacionalistas como Pierre-Marie Dupuy, David Kennedy, Giovanni Biaggini y otros. Armin von Bogdandy profundiza la tesis de Tomuschat y afirma la idea de la existencia de una corriente universalista de las relaciones internacionales que caracteriza a autores muy distintos entre sí, tales como algunos exponentes de la escolástica española, Grotius y Kant compartiendo todos ellos la premisa de que es posible un orden público que vaya más allá de los Estados compuesto de leyes e instituciones que promuevan el bien común. *Ibidem*, pp. 7-9 y 34-42.

ciertas normas fundamentales, sustantivas y estructurales que contienen y que conforman un marco legal superior para el ejercicio del poder público”<sup>7</sup>.

Los elementos sustantivos incluyen el sistema de valores del orden legal internacional, dado este por normas positivas con un fuerte contenido ético (esencialmente reglas sobre derechos humanos) que han adquirido una jerarquía especial frente a otras normas internacionales a través de la práctica estatal y los elementos estructurales se refieren a los sujetos del orden legal internacional, así como a los mecanismos para la observancia del sistema de valores internacionales<sup>8</sup>.

*II.2) Los trabajos de la C.D.I. en materia de fragmentación, diversificación y expansión del derecho internacional:*

En las sesiones transcurridas el 28 de julio, y el 9 y 10 de agosto de 2006 en su 58º periodo de sesiones, la C.D.I. analizó el informe del grupo de estudio cuyo Presidente fue el Sr. Martti Koskenniemi y, tras un debate en su seno, aprobó los trabajos presentados<sup>9</sup>. Ellos se ven materializados en un Informe diagramado en diversas partes: I) Antecedentes, II) Conclusiones de los trabajos, dentro de las cuales podemos apreciar: generalidades, la máxima *lex specialis derogat legi generali*, regímenes especiales (autónomos) -*self-contained regime*-, apartado c) del párr. 3º del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CV69), conflictos entre normas sucesivas y modificaciones de tratados multilaterales (conforme su artículo 41) y por último, la jerarquía normativa en el derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

El informe comienza señalando los “antecedentes” del tema donde plantea la diversidad que ha alcanzado el derecho internacional, en cuanto a sus ámbitos de aplicación, situando este “cambio” en el último medio siglo. Es así como, de la diplomacia formal y las relaciones eminentemente interestatales, se pasó al abordaje de distintas temáticas que van desde la

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>8</sup> *Ídem*.

<sup>9</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Fragmentation of International Law”, Report on the work on its fifty-eighth Session (1 May, 9 Jun and 3 July to 11 August 2006)”. General Assembly. Official Records, Sixty-first-Session, Supplement n° 10 (A/61/10).

protección del medio ambiente, los derechos humanos, y el avance científico y tecnológico, obteniéndose nuevas modalidades de cooperación en estas áreas. En ese sentido, también se evidencia el surgimiento de nuevos sujetos del ordenamiento internacional, tales como incipientes organizaciones internacionales y regionales con fines específicos y determinados. Agrega el informe que: “(...) es difícil concebir actualmente un campo de actividad social que no esté sujeto a algún tipo de reglamentación jurídica internacional”<sup>10</sup>.

Observa la Comisión que el escenario descrito se fue generando sin la suficiente “coordinación”, concentrándose la atención en problemas específicos, sin considerar el establecimiento de normativas generales, similar a la legislación estatal. Se evidencia, de ese modo, una creciente especialización de partes de la sociedad, que produce la correspondiente “autonomización de esas partes”.

Afirma la C.D.I. en su informe que esto da lugar a la llamada “paradoja de la mundialización” puesto que, a medida que se “especializa” la comunidad internacional (y trata de hallar una solución jurídica a los diversos problemas y amenazas particulares que presenta la sociedad internacional actual generando una autonomización de esas partes y una fragmentación), también se va produciendo una “uniformidad” en la vida social a nivel mundial como consecuencia propia de esa mundialización<sup>11</sup>.

Trasladado ese fenómeno que los sociólogos denominan “diferenciación funcional”<sup>12</sup> al ámbito jurídico, se observa que esa fragmentación genera progresivamente el surgimiento de normas (o conjunto de ellas), de instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializadas y (relativamente) autónomas.

Agrega la C.D.I., que en consecuencia, lo que antes aparecía regulado por el “derecho internacional general” hoy se presenta como “sistemas especializados” y cita a modo de ejemplo el “derecho mercantil” y el “derecho ambiental” con sus propios principios e instituciones; sobre los cuales profundizaremos en la segunda parte del presente trabajo.

---

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 3 ap. 5.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 445.

Recordemos que la Corte Internacional de Justicia (en adelante, C.I.J. o la Corte) se encargó de proporcionar las características que tienen estos regímenes autónomos al indicar que necesariamente deben contar con: 1) obligaciones dirigidas a los Estados que se encuentran bajo aquel sistema; 2) los posibles hechos ilícitos que podrían originarse dentro de él y por último, 3) indicar las medidas correctivas ante dichos hechos<sup>13</sup>.

Arturo Pagliari, al referirse al principio de *lex specialis* señala que su objetivo es armonizar las normas en conflicto a través del establecimiento entre ellas, de relaciones de primacía definidas<sup>14</sup>. Describe a este principio como de excepción al derecho general y como regla de interpretación jurídica y técnica ampliamente aceptada en orden a la solución de controversias internacionales.

Pagliari<sup>15</sup> aborda el principio mencionado *supra*, indicando que una subcategoría de ley especial, está dada por los regímenes autónomos, señalando tres sentidos diferentes de ese término: *I) amplio*, como disposiciones convencionales que versan sobre la misma cuestión; *II) restringido*, en referencia a un conjunto especial de normas secundarias citando como ejemplo las normas provenientes del Derecho Diplomático en relación con aquellas provenientes de la Responsabilidad Internacional de los Estados y *III) académico*, como forma de describir esferas completas de especialización funcional en orden a la aplicación de normas y técnicas especiales de interpretación y administración, ejemplificando esto último con el régimen del comercio internacional proveniente de la Organización Mundial de Comercio (en adelante, O.M.C.)<sup>16</sup>.

En la parte preliminar del informe, la C.D.I. afirma que las opiniones sobre este proceso de “fragmentación” son diversas. Nosotros entendemos que podríamos sintetizarlas en las siguientes: 1) problema técnico surgido con el aumento de la actividad jurídica internacional, controlable a través

---

<sup>13</sup> *Case concerning the United States Diplomatic and Consular staff in Tehran (United States of America v. Iran) I.C.J. Reports 1980*, p. 40, para. 86.

<sup>14</sup> PAGLIARI, Arturo S. “Reflexiones sobre la fragmentación del derecho internacional. Aplicación y efectos”, *Ars Boni et Aequi*, N° 5, 2009, p. 28.

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> Ídem.

de una “racionalización técnica y coordinación”; 2) problemas de jurisdicción y competencia de las instituciones particulares creadas; y 3) efectos sustantivos de la especialización. Sobre estos aspectos, nos referiremos a lo largo del trabajo.

Vale destacar que la Comisión solo se encargó de estudiar la diversificación normativa, es decir, la conformación del derecho internacional en “marcos” especializados y autónomos, dejando a un lado la cuestión de la jurisdicción y competencia de las instituciones que surgen con ellos, indicando que es mejor que esas temáticas las traten las propias instituciones. Sobre ello nos referiremos en el apartado II.c).

La justificación radica en que el surgimiento de regímenes autónomos así como de sistemas convencionales limitados por criterios geográficos o materiales, pueden atentar contra la coherencia del derecho internacional. Ello más aún si consideramos que estos “derechos especializados” surgen como respuesta a nuevas necesidades técnicas y funcionales.

En el ámbito del “derecho ambiental” se puede afirmar que el mismo emerge como respuesta a la preocupación por el estado del medio ambiente internacional y “el derecho mercantil” surge como instrumento que actúa como respuesta a las oportunidades creadas por las ventajas comparativas en las relaciones económicas internacionales<sup>17</sup>.

Cada complejo de normas contiene sus propios principios y valores así como se aplica de acuerdo a una particular “pericia profesional” que no coinciden necesariamente con los valores de la especialidad vecina. Es así como el “derecho mercantil” y el “derecho ambiental” tienen objetivos sumamente específicos y se basan en principios que a veces apuntan a direcciones diferentes, y ello genera que en ciertas situaciones esos principios y valores particulares no sean compatibles con el derecho general o el proveniente de otra rama especializada<sup>18</sup>. Al comenzar la segunda parte del presente trabajo, esbozaremos las características generales de cada subsistema. Ello sin pretender agotar el estudio de cada uno de ellos, sino a

---

<sup>17</sup> A/CN.4/L.702, p. 6.

<sup>18</sup> Ídem.

modo de presentación y con el ánimo de estudiar su interacción mutua y de ellos con el derecho internacional general.

La C.D.I. señala que la indicada “fragmentación” crea peligros por la posibilidad de generar “contradicciones e incompatibilidades” y da lugar, paralelamente, a una “diversificación” de áreas de competencia del derecho internacional en cuanto a sus objetos de estudio, técnicas y el consecuente surgimiento de regímenes autónomos; con lo cual afirma que debe ir acompañada de procesos compensatorios dados de manera natural; citamos como ejemplo la interacción dada entre las distintas fuentes del derecho internacional y cómo ellas se van nutriendo mutuamente<sup>19</sup>, identificando como “marco jurídico unificador” de esos fenómenos a la CV69, puesto que un elemento común a todos los regímenes autónomos surgidos es que ellos basan su fuerza obligatoria en el derecho de los tratados y los sujetos en trato se sienten regidos por ese derecho.

En su segunda parte, destinada a las “*conclusiones de los trabajos del grupo de estudio*”, el informe suministra “un acervo de técnicas que ofrece el derecho tradicional para hacer frente a las tensiones o conflictos entre normas y principios jurídicos”, y señala que lo común en todas ellas es tratar de establecer relaciones útiles entre los mismos, con el objeto de precisar su modo de aplicación a una controversia o conflicto determinado.

Por una cuestión de precisión en relación a nuestro objeto de análisis, nos detendremos en aquellas de índole particular en donde colocaremos el énfasis en las siguientes técnicas de relacionamiento / vinculación normativa:

a) Ley especial deroga ley general, técnica muy utilizada en derecho internacional:

Al momento de aplicar esta regla, el contexto es un elemento importante para determinar la especificidad mientras que, la fuente de la norma no es pertinente a esos fines. No obstante, agrega la Comisión, suele identificarse a los tratados como la norma con mayor especificidad con

---

<sup>19</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Fragmentation of International Law”, *op. cit.*, p. 447. Sobre el “diálogo de las fuentes” regresaremos en el punto II.d) del presente trabajo.

relación a una costumbre o a los principios generales del derecho<sup>20</sup>. Es esta una técnica idónea para la interpretación de dos normas o para solucionar conflictos derivados de la existencia de dos normas igualmente válidas y aplicables.

La C.D.I. justifica su aplicación en que, al ser la norma más específica, suele conducir a un resultado más equitativo y reflejar de manera más cabal la finalidad de los sujetos al vincularse en esa situación. Además, la norma especial puede ser de utilidad para aplicar, aclarar, actualizar o modificar a la ley general o dejarla sin efecto.

Si bien la norma especial no deroga a la general<sup>21</sup> –que seguirá utilizándose en otros contextos y para aquellos aspectos no contemplados en la *lex specialis*<sup>22</sup>–, desde luego, este principio no podrá ser aplicable en desmedro de normas de *jus cogens*, las cuales no pueden ser dejadas a un lado por la ley especial. Asimismo, prevalecerá la ley general cuando ella pueda inferirse de la naturaleza de la norma o de la intención de las partes, o cuando su no aplicación pueda: I. Frustrar su propósito, II. Lesionar derechos de terceros o III. Afectar negativamente el equilibrio de derechos y obligaciones señalados en ella.

---

<sup>20</sup> La C.D.I. se apoya en este punto en la sentencia de la C.I.J. en el asunto de las actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en Nicaragua al afirmar que “(...) En general, como las normas convencionales son *lex specialis*, no sería apropiado que un Estado entablara una reclamación fundada en una norma de derecho consuetudinario si, en virtud de un tratado, ya ha establecido arbitrios para el arreglo de esa reclamación”. En A/CN.4/L.702, *op. cit.* pp. 10 y ss.

<sup>21</sup> En este punto, la C.D.I. vuelve a apoyarse en lo indicado por la Corte en el asunto que reunió a Estados Unidos de América y a Nicaragua incorporando la parte de la sentencia que indica que “(...) quedará claro que el derecho internacional consuetudinario sigue existiendo y siendo aplicable independientemente del derecho internacional de los tratados, aun cuando las dos categorías de derechos tengan idéntico contenido...”. Ídem.

<sup>22</sup> La C.D.I. fundamenta esta afirmación en la opinión consultiva de la C.I.J. en relación a la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares cuando –al describir la relación entre los derechos humanos y el derecho aplicable a los conflictos armados– señala que “...la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra.....ahora bien, para identificar el criterio que permite determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable a saber, el derecho aplicable a los conflictos armados...”. Cf. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 240, parr. 25, *ibid.*

b) Los regímenes especiales:

Como caso de norma especial, pueden ser de tres clases diferentes:

1) *Régimen autónomo compuesto por normas primarias* (conductas a cumplir por los sujetos) y *normas secundarias* (referidas a las consecuencias de una infracción); se cita como ejemplo el régimen de la responsabilidad internacional de los Estados.

2) *Régimen autónomo compuesto por normas especiales constitutivas de un régimen especial de derechos y obligaciones* en relación con una cuestión especial; citando como ejemplo, la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, C.P.J.I.) en el caso “Wimbledon”<sup>23</sup> al considerar las disposiciones del Canal de Kiel como régimen especial autónomo; la especificidad.

3) *Régimen especial compuesto por normas y principios que regulan un determinado sector problemático*, los cuales pueden considerarse “como un todo” a efectos de su interpretación; como ejemplo, entre otros, el “derecho del medio ambiente” y el “derecho comercial”<sup>24</sup>.

La interpretación y aplicación de cualquiera de estos regímenes debería reflejar un objeto y un fin únicos, pudiendo prevalecer ellos sobre una ley general, de igual manera que como se explicó previamente. Destaca asimismo que ante fallos de los regímenes especiales o las instituciones creadas por ellos se genere la necesidad de aplicación de la ley general respectiva o, podría ser también, que se aplique la ley general a los efectos de llenar algunas lagunas del derecho, dada la especificidad de la ley especial.

En relación al último supuesto indicado en el párrafo anterior, con respecto a la posibilidad de cubrir “lagunas” de la ley especial, el Órgano de Apelación de la O.M.C. indicó que:

“(…) tenemos presente que en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD [Entendimiento de Solución de Diferencias] debemos tratar en el contexto de cada diferencia en particular, de aclarar las disposiciones vigentes en los Acuerdos de la O.M.C. de conformidad con las normas usuales del derecho internacional público. Sin embargo, la relación entre

---

<sup>23</sup> Cfr. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Fragmentation of International Law”, *op. cit.*, p. 453.

<sup>24</sup> Recordemos en este aspecto, los tres sentidos con los que Pagliari identificó a los regímenes autónomos: amplio / restringido / académico, Cfr. PAGLIARI, Arturo S. *op. cit.*, pp. 11-38.

los acuerdos de la O.M.C. y el derecho internacional consuetudinario tiene mayor alcance. El derecho internacional consuetudinario se aplica en forma general a las relaciones económicas entre los miembros de la O.M.C., siempre que los Acuerdos de la O.M.C. no se ‘aparten’ de él. Para decirlo de otra forma, siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un Acuerdo de la O.M.C. abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la O.M.C. y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la O.M.C.”<sup>25</sup>.

Afirma Antonio Remiro Brotóns que estos subsistemas de normas con carácter más o menos autónomos, son los que plantean con mayor énfasis la posibilidad de la “fragmentación” del derecho internacional, puesto que debido a la carencia de instituciones que garanticen la coherencia entre estos subsistemas, y la consiguiente “coordinación” que caracteriza al ordenamiento jurídico internacional, pueden producirse discrepancias y hasta competencia entre estos regímenes materiales (citando como ejemplo el medioambiente y el comercio internacional) o en un mismo ámbito temático pero diferentes niveles territoriales (universal, regional, etc.); concluyendo que ante ello, no debe perderse de eje la unidad del derecho internacional.

Por su parte, Barreira afirma que es mejor hablar de “especialidades” y no de “autonomías” absolutas entre las distintas ramas, las cuales deben ser aplicadas por el intérprete jurídico, ponderando como fin último, la justicia<sup>26</sup>.

*c) La pertinencia de toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (artículo 31, párrafo 3ro. Apartado c) de la CV69):*

La Comisión entiende que esta norma junto con los artículos 31 y 32, todas provenientes de la CV69, reflejan un objetivo de “integración sistémica” que inspira la interpretación de toda convención internacional y

---

<sup>25</sup> Korea – Measures Affecting Government Procurement (19 de enero de 2000) WT/DS163/R, para. 7.96, citado por la C.D.I. en, A/CN.4/L.702, *op. cit.* pp. 13-14. El agregado, entre corchetes me pertenece.

<sup>26</sup> Fuente: opinión de Enrique Barreira, comentada en CZAR DE ZALDUENDO, Susana, “El sistema jurídico internacional y sus tensiones: Fragmentación y vocación universal”, *op. cit.*, p. 11.

por la que se entiende que todos los tratados provienen del sistema jurídico internacional y su funcionamiento se basa en ello, o lo que es lo mismo, cuando un tratado se ubique en el contexto de otros acuerdos, opera esta regla considerándose, a tales efectos, que las partes se remitirán al derecho internacional consuetudinario o a los principios generales del derecho cuando el tratado no resuelva alguna cuestión de manera expresa.

En lo que nos interesa a los efectos de nuestro trabajo, y conforme el articulado citado de la CV69, se debe tener en cuenta otras normas de índole convencional a los efectos de otorgar un sentido coherente al tratado cuyas disposiciones se pretenden interpretar. En ese sentido, esta cuestión es importante cuando las partes del tratado objeto de interpretación, lo son también en el otro tratado; cuando la norma convencional ha devenido en derecho consuetudinario o cristaliza una norma de éste o cuando existe coincidencia de pareceres de las partes con respecto al objeto y fin del tratado que se está interpretando o sobre el sentido de un término determinado.

Analizando esta norma, Alberto Do Amaral<sup>27</sup> señala que las vinculaciones existentes entre el comercio internacional y la protección del medio ambiente pueden lograr una integración normativa, la cual encuentra apoyo en las vías interpretativas abiertas por la norma en análisis y su afirmación la sustenta en distintos pronunciamientos en el marco de la O.M.C. a saber:

En el asunto “Estados Unidos – Pautas para la Gasolina reformulada y convencional”, Amaral entiende que el Órgano de Apelación –sin mencionarlo expresamente– encaminó la decisión sobre la base del artículo 31.3 (c) al indicar que el artículo 3.2 del Entendimiento de Solución de Controversias es “(...) a measure of the recognition that the General Agreement is not to be read in clinical insulation from public international law...”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> AMARAL JUNIOR, Alberto, “El comercio internacional y la protección del medio ambiente: contradicción o complementariedad”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, Año I Nro. 1, 2012, p. 95.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 104. Al respecto, Amaral cita el caso “Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional”, WT/DS2/9, adoptado el 20 de mayo de 1996.

Señala Remiro Brotóns<sup>29</sup> que puede producirse una suerte de “competencia entre regímenes materiales”, citando como ejemplo las normas provenientes del comercio internacional y del medio ambiente; lo cual a su vez puede cruzarse con una competencia dentro del mismo régimen material (por ejemplo, derechos humanos) tanto a nivel universal, regional o particular.

En particular, relacionado con las normas internacionales pertenecientes al comercio multilateral, refiere Remiro Brotóns que el principio de “integración sistémica” deducido por la C.D.I. en sus trabajos sobre fragmentación del derecho internacional que analizamos, del artículo 31.3 (c) de la CV69, coloca de resalto que el derecho internacional general como “sistema” está omnipresente detrás de las normas y regímenes especiales ilustrando su interpretación y colmando sus lagunas<sup>30</sup>.

El órgano de Solución de Diferencias de la O.M.C. aceptó este principio en diferentes casos. En el asunto de Estados Unidos referido a la prohibición de importación de ciertos camarones y sus productos<sup>31</sup>, mencionó en su informe distintas convenciones para determinar el significado del término “recursos naturales agotables” incluido en la letra (g) del artículo XX del G.A.T.T. (sobre lo cual nos referiremos más adelante). En ese sentido, se valió *inter alia* de la Declaración de Río de 1992 sobre el medio ambiente y el desarrollo, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, la Convención de 1973 sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (C.I.T.E.S.), la Convención de 1979 sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres y la Convención de 1992 sobre Diversidad Biológica<sup>32</sup>. Destaca Amaral, citando a Joost Pauwelyn, que en el presente caso el Órgano de Apelación se refirió a las convenciones que no obligaban a todas

---

<sup>29</sup> Sin autor, “Entrevista a Antonio Remiro Brotóns”, *Puente @ Europa*, Año V, Número 2, Junio 2007, p. 26.

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> WT/DS58/1998, adoptado el 22 de octubre de 2001. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds58\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm) (consulta el 14/10/2016).

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 99.

las partes en la controversia indicando que las reglas exteriores a la O.M.C. no necesitan contar con el asentimiento expreso de los Estados<sup>33</sup>.

Por su parte, la C.I.J. en el asunto de las Plataformas Petroleras<sup>34</sup> tuvo que determinar el alcance de dos artículos del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares que Estados Unidos de América y la República Islámica de Irán celebraron en 1955. Allí la Corte señaló que la interpretación del artículo XX párrafo I (d) de dicho tratado, no podría dispensar la apreciación de las reglas relevantes sobre el uso de la fuerza establecidas en derecho internacional, condenando la actitud de Estados Unidos.

Refiriéndose a las normas del G.A.T.T.-O.M.C. y a las provenientes de acuerdos comerciales regionales (en adelante, A.C.R.) y ante una situación de discrepancia entre subsistemas sectoriales que se encuentran vinculados por su ámbito material, Remiro Brotóns señala que como regla general, los A.C.R. deben ser compatibles con las reglas del G.A.T.T.-O.M.C. y los que se encuentran en una etapa superior de integración, como lo es la actual U.E., directamente son parte de la O.M.C. y entonces cualquier diferencia que pueda surgir con terceros, lo someten a su propio sistema de solución de controversias, sin trasladarlos a la O.M.C.<sup>35</sup>.

Concluyendo esta regla de interpretación que analiza la C.D.I. en su informe, nos valemus de lo señalado por Amaral cuando indica que expresiones tales como “moralidad pública”, “salud humana, vegetal o animal” o la que hemos señalado *supra*, “recursos naturales agotables”, que se encuentran entre las excepciones previstas en el artículo XX del G.A.T.T. al cual luego referiremos, sugieren la necesidad de averiguar su significado y alcance cuando fueren interpretadas, dado que normas posteriormente surgidas extienden y le imprimen dinámica a compromisos anteriores, otorgándole un sentido actualizado a los términos de un tratado<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> AMARAL JUNIOR, Alberto, *op. cit.*, p. 100. En el caso “Corea sobre medidas que afectan la contratación pública”, sobre el cual nos remitimos a lo dicho en el presente apartado, en el texto vinculado a la nota al pie nro. 27.

<sup>34</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, pp.182 y ss.

<sup>35</sup> Sin autor, “Entrevista a Antonio Remiro Brotóns”, *op. cit.*, p. 26.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 102.

#### 4) Conflictos entre normas sucesivas (artículo 30, CV69):

Esta situación está representada por la existencia de dos tratados sobre la misma materia, con una diferencia “de índole temporal” en su concreción, donde el principio general aplicable ordena la aplicación de la ley posterior sobre la de fecha anterior, pero con las limitaciones referidas a la identidad de partes en ambos tratados<sup>37</sup>.

a) *Distinción entre las disposiciones de tratados que pertenecen al mismo régimen y disposiciones de distintos regímenes.* La C.D.I. afirma que el principio de la ley posterior es aplicable para resolver conflictos o duplicaciones entre normas que forman parte de tratados institucionalmente conexos o que persiguen similares objetivos (constitutivos de un mismo régimen). En caso de tratados pertenecientes a distintos regímenes, el principio aplicable es el de la armonización de las obligaciones que dimanen de los diversos tratados con la limitación de la tutela de los derechos sustantivos de las propias partes o de terceros<sup>38</sup>.

Koskenniemi afirma que lo que es “similar” y aquello que es “diferente” requiere de una importante tarea de interpretación y señala que no podría ofrecer una regla clara al respecto. Sintetiza su opinión diciendo que la distinción entre tratados que pertenecen a un mismo régimen (sobre idéntica materia) y aquellos que son de distintos regímenes (versan sobre diferentes materias) parece ser crucial, pues el foco del problema radica en distinguir si los tratados pertenecen al mismo régimen por contar con igual ámbito material o si, por el contrario, pertenecen a distintos regímenes por tratar materias distintas. Agrega también que si, para evaluar una posible

---

<sup>37</sup> Para profundizar más, se recomienda acudir a A/CN.4/L.702, *ibíd.*, pp. 18-9. En igual sentido, CZAR DE ZALDUENDO, Susana, “Las reglas multilaterales de comercio y las de los acuerdos regionales de integración ¿oposición o coexistencia de ordenamientos?, *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, vol. 6, 2004, pp.149-151. Asimismo, se recomienda consultar otra obra de la misma autora, “Integración: Nociones generales. Integración económica e integración regional”, Sandra Negro (dir.), *Derecho de la Integración. Manual*, Buenos Aires, BdeF, 2010, p. 22.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 10-20.

similitud, se adopta como criterios a las partes involucradas y al alcance espacial, la solución se complica<sup>39</sup>.

b) *Respecto de la resolución de conflictos entre normas convencionales pertenecientes al mismo régimen*, debe someterse al sistema apropiado de ese régimen especial, mientras que la correspondiente a tratados de distinto régimen debe ser mediante la negociación entre las partes<sup>40</sup>.

c) *Acuerdos “inter se”* (artículo 41, CV69). La modificación del tratado, conforme lo dispone el artículo 41 de la CV69, es una técnica idónea en orden a la obtención de una aplicación más eficaz del tratado original entre algunas de las partes, siempre considerando las limitaciones impuestas por la norma respectiva<sup>41</sup>.

d) *Cláusulas contractuales de resolución de conflictos*, las cuales no deberán afectar derechos de terceros, precisan gozar de claridad y especificidad sin alterar el objeto y el fin del tratado, y deben estar vinculadas a mecanismos idóneos de solución de controversias<sup>42</sup>.

#### 5) Existencia de normas de contenido superior en el ordenamiento jurídico internacional:

El documento de la C.D.I., analiza las normas de *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas.

Partiendo de la base de que no existen relaciones jerárquicas entre las principales fuentes del derecho internacional (tratados internacionales, costumbre internacional y principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J.), es claro que corresponde destacar que algunas normas de derecho internacional son más importantes que otras por la relevancia de su contenido y la aceptación universal de su superioridad. Ello puesto de

---

<sup>39</sup> Sin autor, “Entrevista a Martti Koskenniemi”, *Puente @ Europa*, Año V, Número 2, Junio 2007, *op. cit.*, p., 23.

<sup>40</sup> A/CN.4/L.702, *ibíd.*, p. 20.

<sup>41</sup> *Ídem.*

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 21.

reflejo en expresiones tales como: “normas fundamentales”, “consideraciones elementales de humanidad”, o “principios inquebrantables” del derecho internacional<sup>43</sup>.

La C.D.I. vincula, en ese sentido, las obligaciones provenientes del *jus cogens*, con aquellas obligaciones *erga omnes*, las cuales también poseen un rango especial pero, esta vez, dado por su aplicación universal. Ello implica, entre otras cuestiones, que toda la comunidad internacional tiene interés jurídico en su protección. Para ejemplificar ello, la C.D.I. incorpora el *obiter dictum* de la C.I.J. en el caso referido a la empresa *Barcelona Traction* al indicar que:

“(…) debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, y las surgidas respecto de otro Estado en la esfera de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*”<sup>44</sup>.

El *Institut de droit international* al referirse a la obligación *erga omnes*, indica que:

“(…) es una obligación establecida por el derecho internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas...”<sup>45</sup>.

Analizando las particularidades del concepto, la C.D.I. encuentra que la idea de “*erga omnes*” se ha utilizado para identificar distintas obligaciones, entre las cuales incluye a las cuestiones relativas al régimen jurídico de territorios en cuanto a su oponibilidad a todos los Estados<sup>46</sup>;

---

<sup>43</sup> *Ibid.* Allí la Comisión cita distintos pronunciamientos de la C.I.J. donde surge esta relevancia. *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania) I.C.J. Reports 1949*, p.22 y *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, parr. 79. *Ídem.*

<sup>44</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Fragmentation of International Law”, pp. 23-24.

<sup>45</sup> *International Law Commission: Fragmentation of International Law: Report on the work on its fifty-eighth Session (1 May, 9 Jun and 3 July to 11 August 2006)*; *op. cit.*, p. 24.

<sup>46</sup> A/CN.4/L.702. INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Fragmentation of International Law”, p. 464.

mientras que, dentro del concepto de *jus cogens*, podemos incorporar algunos aspectos de las normas referidas a los derechos humanos, al derecho humanitario y de protección ambiental<sup>47</sup>.

Al respecto, es conveniente aclarar que mientras toda norma de *jus cogens* posee también un carácter *erga omnes* en cuanto a su oponibilidad, no todas las obligaciones *erga omnes* constituyen normas de *jus cogens* en el derecho internacional general. Para sostener esta afirmación, la C.D.I. se apoya en algunas convenciones internacionales que utiliza para ejemplificar ello, así como en diversa y abundante jurisprudencia que así lo ha señalado<sup>48</sup>.

Una norma de derecho internacional también puede ser superior a otras por reconocimiento convencional, es decir, porque así lo dispone un tratado. Tal es el caso del artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, reconociéndosele a ésta un rango especial por la naturaleza fundamental de algunas de sus normas. Destaca la C.D.I. los propósitos, principios y la aceptación universal del instrumento por parte de la comunidad internacional<sup>49</sup>.

La Comisión también analiza comparativamente la superioridad proveniente del *jus cogens* con aquella propia del artículo 103 de la Carta, es decir, entre la superioridad reconocida universalmente y la de fuente convencional, y determina que resulta difícil imaginar un conflicto entre una norma de *jus cogens* y la Carta de Naciones Unidas, puesto que esta última ha sido reconocida universalmente. En caso de configurarse una situación así, la C.D.I. determina que, con base en el artículo 24 de la Carta de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad decidirá conforme los principios y propósitos que comprenden normas de carácter imperativo, determinando la nulidad de la norma que entre en conflicto con el *jus*

---

<sup>47</sup> Cfr. Opinión de Ingrid Detter Delupis, disponible en CZAR DE ZALDUENDO, Susana, "El sistema jurídico internacional y sus tensiones: Fragmentación y vocación universal", *op. cit.*, p. 7.

<sup>48</sup> *Barcelona Traction case*; ibíd.; artículo 1 del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, *Treaty Series*, vol. 610, p. 205, y el artículo 136 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *Treaty Series*, vol. 1834, p. 396. Ibídem, p. 25.

<sup>49</sup> Ibídem, pp. 22-3.

*cogens* así como la inaplicabilidad de aquella con el artículo 103 de la indicada Carta<sup>50</sup>.

Por todo lo expuesto hasta aquí es que la C.D.I. concluye su informe sintetizando, en los principios de armonización y jerarquía, las “claves” para dar solución a toda conflictividad normativa (la cual puede darse por contradicción o superposición, básicamente)<sup>51</sup>.

Ahondando más en ello, nos referiremos brevemente a los principios de “unidad” y “armonización” del derecho internacional en la necesidad de adecuar las reglas jurídicas al ámbito social en que se aplican y dados los contextos de globalización y mundialización que atraviesa la sociedad internacional desde hace un tiempo atrás.

Consideramos necesario definir en esta instancia qué entendemos por armonización y uniformidad legislativa, lo cual haremos siguiendo a Sánchez Cordero<sup>52</sup> en su calidad de vicepresidente del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante, UNIDROIT), al señalar que una consecuencia clara del fenómeno de la globalización es el incremento de la intensidad del debate entre las nociones básicas de armonización y uniformidad legislativa.

Afirma el autor que la armonización consiste en construir conjuntos legislativos ya sea mediante la elaboración de un nuevo derecho, o través del diseño de normas que posibiliten una aproximación entre dos o más sistemas jurídicos. La armonización conlleva un proceso legislativo consistente en compatibilizar disposiciones que provienen de orígenes y –frecuentemente– de épocas diferentes, otorgando mayor coherencia a la legislación en vigor, y reduciendo diferencias o divergencias<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>51</sup> *Ídem*.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ CORDERO, Jorge A., “El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa”, en Jorge Adame Goddard (coord.), *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México D.F., U.N.A.M., 2006, p. 635. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/37.pdf> (consulta el 15/05/2016).

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 648.

Por su parte, Sánchez Cordero afirma que el proceso de uniformidad distingue conceptualmente la unificación de la uniformidad propiamente dicha. En ese sentido, señala que mientras que la unificación sustituye en un texto único a legislaciones disímiles anteriormente en vigor; es decir, tiende a eliminar las diferencias de textos legislativos de índole substantiva mediante la redacción de un texto único, la uniformidad parte de dos vertientes diferentes puesto que puede referirse tanto a normas conflictuales como substantivas. La uniformidad, agrega el autor, pretende ser gradualmente más sensible y profunda que la armonización pero menos que la unificación<sup>54</sup>.

De lo expuesto en el presente apartado, podemos extraer como reflexiones lo siguiente:

1) Son frecuentes en el derecho internacional actual, dado su propio dinamismo, los conflictos normativos (en sentido amplio, incluso de situaciones de superposición y no necesariamente contradicción) y se tiende a una especialidad y, por ende, a la formación de regímenes autónomos;

2) Preocupa a la comunidad internacional el establecimiento de reglas que coadyuven al operador jurídico y a las partes a dar una solución a ello, contemplando la necesidad de alcanzar objetivos análogos (cuando se trata de normas provenientes del mismo régimen);

3) Es correcto afirmar que estos regímenes autónomos presentan una integridad o uniformidad en sus normas, pudiendo considerarse “como un todo” dentro de su especialidad;

4) El principio de la ley posterior es aplicable para analizar las vinculaciones entre normas que forman parte de tratados constitutivos de un mismo régimen, mientras que, en caso de tratados pertenecientes a distintos regímenes, debemos acudir al principio de armonización legislativa de las obligaciones provenientes de los diversos tratados.

5) Existen normas de importancia superior, pues encierran valores fundamentales para la comunidad internacional (*jus cogens*) o por su aplicabilidad universal (*erga omnes*) que, ante cualquier conflicto / superposición normativa con el derecho internacional general o especial, representado por un régimen autónomo, sin duda prevalecerán ante este último.

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 649.

### II.3) La proliferación de jurisdicciones internacionales. El llamado “diálogo interjurisdiccional”:

Con los trabajos de la C.D.I. orientados a la fragmentación de la norma internacional de acuerdo con el surgimiento de regímenes autónomos, afirma Cesare Romano, concordante con lo que indicamos al inicio de la primera parte del trabajo, como sucede con la luna, una de las caras está claramente cartografiada –aunque raramente se la visita– mientras que la otra es mucho menos conocida. Aun así, él considera que el tema candente es la fragmentación de las instituciones<sup>55</sup>, pues la normativa, en alguna medida, siempre ha estado presente, siendo hasta inevitable en un mundo integrado por distintos Estados soberanos con características muy disímiles entre ellos.

Hoy no es para nada inusual que la diversificación institucional sea utilizada para someter ante distintas jurisdicciones internacionales, diferentes aspectos de una misma controversia, tal es el caso del asunto del pez espada que llevó a Chile y a la entonces C.E. al Órgano de Solución de Diferencias de la O.M.C. en lo referido a la restricción de las libertades de tránsito (artículo 5 G.A.T.T. 1994) afectados por las medidas chilenas a la conservación y gestión y al Tribunal Internacional del Derecho del Mar en lo referido a las poblaciones de peces transzonales<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Para justificar su opinión, afirma que antes de 1990, más allá de unas pocas instituciones de arbitraje, como la Corte Permanente de Arbitraje, existían solo seis cortes internacionales plenamente desarrolladas, de las cuales se podía decir que estaban vigentes sólo la C.I.J., el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y una o dos docenas de órganos cuasijudiciales en actividad. Señala el autor, que al año 2007 (cuando escribió su trabajo) se podían contar casi dos docenas de cortes y tribunales internacionales activos y alrededor de setenta y cinco órganos cuasijudiciales de control de implementación y solución de controversias como comisiones de conciliación, haciéndose cada vez más difícil llevar un inventario de ellas. A los efectos de poder contar con un listado completo de instancias jurisdiccionales internacionales, remite a un trabajo de su autoría: ROMANO, Cesare, “The proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”, *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 715-19. Versión impresa actualizada por ÁLVAREZ, José, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 404-07. Asimismo cita un Proyecto sobre Cortes y Tribunales Internacionales La Justicia Internacional en Contexto [www.pict-pcti.org](http://www.pict-pcti.org). Ir a: “Site map” y de allí a: “Materials and publications - Synoptic Chart - Version 3.0 spanish (consulta el 20.10.2016).

<sup>56</sup> Sin autor, “Entrevista a Antonio Remiro Brotons”, *op. cit.*, p. 26.

Según lo expresa Czar de Zaldueño, estos temas se encuentran íntimamente vinculados con una posible (y fomentada por algunos sectores) supremacía de la CIJ y la especialización representada por la cantidad de tribunales internacionales existentes para temas específicos<sup>57</sup>.

La cuestión se plantea dado que los regímenes autónomos no solo cuentan con normas contempladas en tratados marco; sino que suelen presentar cierta institucionalización con atribuciones propias en materia de creación de normas y principios jurídicos, ofreciendo mecanismos de solución de controversias; lo cual conduce a preguntarnos acerca de lo que sucedería si las instituciones jurisdiccionales que conforman cada régimen omiten las reglas pertenecientes a otro régimen afín y/o si interpretan y/o aplican normas de modo contradictorio.

Se genera lo expuesto, dadas las características de “coordinación” y “descentralización” del derecho internacional que resulta en una ausencia de autoridad central que garantice “homogeneidad” y “uniformidad” en los actos producidos por cada subsistema o régimen autónomo<sup>58</sup>.

El jurista brasileño Welber Oliveira Barral<sup>59</sup> comentó al respecto que, en términos académicos, encuentra interesante la implementación de la tesis que coloca a la Corte Internacional de Justicia en un papel “cuasiconstitucional” a los efectos de evitar la fragmentación, pero que ello mismo, trasladado a la realidad de la práctica internacional, conlleva intereses políticos de ambos sectores (los que se encuentran a favor y en

---

<sup>57</sup> Tema controvertido actualmente pues, en el ámbito del derecho del mar, específicamente, la competencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar coincide en varios aspectos con la de la Corte de La Haya, siendo preferente esta última para la mayoría de los conflictos referidos al mar. En ese sentido, el profesor José Antonio Pastor Ridruejo en sus clases de derecho internacional del curso de verano indicó que, en ese momento (año 2009), la competencia del Tribunal de Hamburgo estaba limitada a temas de restitución de buques y que la mayoría de los asuntos derivan en la Corte Internacional de Justicia, limitándose –de ese modo– una instancia judicial de alta especialización. Fuente: Clases del Profesor José A. Pastor Ridruejo, en el curso de verano “Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Cuestiones actuales”, Escuela Complutense de Verano de la Universidad Complutense, Madrid, clase del 31-7-2009.

<sup>58</sup> Sin autor, “Entrevista a Antonio Remiro Brotóns”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>59</sup> Sin autor, “Entrevista a Oliveira Barra, W.”, *Puente @ Europa*, Año V, Número 2, Junio 2007, pp. 17-18.

contra); con lo cual deducimos que, a su criterio, no sería de fácil articulación.

En una línea similar de pensamiento, Antonio Remiro Brotóns<sup>60</sup> opina que la idea es muy constructiva pero que los materiales para su concreción no existen aún. Afirma que, entre las medidas de política judicial propuestas a los efectos de salvaguardar la uniformidad de doctrina, existe la tesis de dotar a la C.I.J. de un carácter de “Corte Suprema” de tipo de los tribunales de casación de los Estados, donde existiría una vía prejudicial –lo cual lo asemejaría en mucho al sistema de la U.E. y su recurso prejudicial–<sup>61</sup>, donde los restantes tribunales internacionales podrían acudir ante dudas sobre la existencia, contenido u oponibilidad de una norma de derecho internacional general, amén de su apertura a sujetos no estatales, como demandantes o demandados<sup>62</sup>.

Profundizando su idea, Remiro Brotóns afirma que, si bien estas propuestas parecen sensatas en su planteamiento, al momento de analizar sus posibilidades de realización, son poco realistas. Ante ello, considera el autor que lo que más cabe por ahora es recomendar en los siguientes aspectos:

1) A los órganos judiciales, cuasijudiciales y arbitrales existentes: continencia, prudencia y la debida toma en consideración de las decisiones de los temas que afecten al núcleo del derecho internacional general (lo que Pierre-Marie Dupuy denomina “diálogo interjudicial”<sup>63</sup>), con particular énfasis en aquellas provenientes de la propia CIJ por la *auctoritas* del órgano y el valor de sus precedentes<sup>64</sup>.

La doctrina del *stare decisis* (mantenerse conforme a lo decidido), no obstante, no constituye fuente del derecho internacional como proceso de “creación” de las reglas que rigen el orden jurídico internacional. En ese sentido, los tribunales no tienen que ser consecuentes con sus propios precedentes y la regla es que las decisiones judiciales tengan alcance particular. Aun así, vemos que los diferentes órganos judiciales tienen muy en cuenta opiniones previas, tanto propias como de otros pares, lo cual

---

<sup>60</sup> Sin autor, “Entrevista a Antonio Remiro Brotóns”, *op. cit.*, pp. 25-27.

<sup>61</sup> El ejemplo comparativo me pertenece.

<sup>62</sup> Sin autor, “Entrevista a Antonio Remiro Brotóns”, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>63</sup> Ídem.

<sup>64</sup> Ídem.

aporta a esta idea de mayor uniformidad o armonización del derecho internacional público.<sup>65</sup>

2) A los sujetos del derecho internacional, tal como señalaba el antiguo Presidente de la CIJ, Gilbert Guillaume, que antes de crear un nuevo tribunal verifiquen si las funciones que pretenden atribuirle no podrían ser desempeñadas adecuadamente por otro ya existente<sup>66</sup>.

#### II.4) El “diálogo de las fuentes”:

Alberto do Amaral Junior<sup>67</sup> presentó, inspirándose en la idea de Eric Jayme, al “diálogo de fuentes” como un nuevo modo de integración normativa aplicado a la totalidad del derecho internacional y que permite entender más acertadamente las diferentes interacciones entre las normas pertenecientes al ordenamiento jurídico internacional en la solución de casos concretos. En ese sentido, la señalada regla permite la vinculación entre distintos subsistemas y –al mismo tiempo– de estos con el derecho internacional general; lo cual guarda como fin último, la necesidad de no dar lugar a la creación de reglas jurídicas contradictorias que sean capaces de atentar contra la unidad del derecho internacional<sup>68</sup>.

Amaral Junior entiende que el mecanismo de interpretación normativa que analizamos en este apartado, estuvo presente desde hace más de medio siglo, citando para sostener ello, la obra de Wilfred Jenks *conflicto of law-making treaties*<sup>69</sup> en donde éste último se refiere a la llamada “presunción contra el conflicto” sobre la base de suponer que la nueva norma es compatible con el derecho internacional que antes estaba vigente, dado que es coherente razonar que los Estados pretenden armonía entre el viejo y el nuevo derecho<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Ídem.

<sup>66</sup> Ídem.

<sup>67</sup> AMARAL JUNIOR, Alberto, “El comercio internacional y la protección del medio ambiente...”; *op. cit.*; p. 83.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>69</sup> Obra publicada en *British Yearbook of International Law*, Vol. 30, 1953, pp. 401-453.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 85.

La existencia de la llamada “presunción contra conflicto” como regla de interpretación para lograr uniformidad y coherencia en el derecho internacional, está presente también en la jurisprudencia internacional.

Dentro de las decisiones de la CIJ, corresponde citar el caso del derecho de paso por territorio indio<sup>71</sup> al señalar que “(...) It is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it...”<sup>72</sup>.

En el ámbito de la O.M.C. la “presunción contra conflicto” también tuvo receptividad en diferentes pronunciamientos<sup>73</sup>, tales como el Informe del Panel de la O.M.C. en el asunto “Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil”<sup>74</sup> y por el Órgano de Apelación en los casos “Canadá – determinadas medidas que afectan a las publicaciones”<sup>75</sup>, “Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de Bananos III”<sup>76</sup>, “Guatemala – Investigación Antidumping sobre el Cemento Portland procedente de México”<sup>77</sup> y “Argentina – Medidas que afectan a la importación de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos”<sup>78</sup>.

Conforme lo expuesto hasta aquí, estamos en condiciones de afirmar que la noción de “diálogo de fuentes” se basa en el principio lógico de “no contradicción” así como en la regla de “jerarquía normativa”; lo cual

---

<sup>71</sup> *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) I.C.J. Reports 1957*, p. 125, parr. 142.

<sup>72</sup> AMARAL JUNIOR, Alberto, “El comercio internacional y la protección del medio ambiente...”; *op. cit.*, p. 84.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>74</sup> WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R y Correc. 1, 2, 3 y 4 adoptado el 23 de julio de 1998. Disponible en:

[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds55\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds55_s.htm) (consulta el 02/10/2016).

<sup>75</sup> WT/DS31/AB/R, adoptado el 30 de julio de 1997. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds31\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds31_s.htm) (consulta el 02/10/2016).

<sup>76</sup> WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de setiembre de 1997. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds27\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds27_s.htm) (consulta el 02/10/2016).

<sup>77</sup> WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds60\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds60_s.htm) (consulta el 02/10/2016).

<sup>78</sup> WT/DS56/AB/R, adoptado el 22 de abril de 1998. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds56\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds56_s.htm) (consulta el 02/10/2016).

conduce a la aplicación del derecho internacional de modo coordinado, integrado y con una idea de uniformidad y, a la vez, mostrando acatamiento a las normas de importancia superior.

Amaral indica que, en definitiva, el “diálogo de las fuentes” intenta –por medio de la interpretación– captar la riqueza y la variedad de las relaciones normativas surgidas con la expansión reguladora del derecho internacional<sup>79</sup>, señalando tres mecanismos posibles a saber:

I. “Diálogo sistémico de coherencia”, por medio del cual, un tratado general proporciona conceptos básicos para la aplicación de un tratado específico constitutivo de un subsistema de normas que no es materialmente completo, citando como ejemplo lo que sucede con la aplicación de reglas sobre validez, retroactividad, interpretación y conflictos entre tratados, previstas en la CV69;

II. “Diálogo de coordinación y adaptación”, el cual se debe a la necesidad de relacionar tratados y subsistemas normativos a fin de integrar un todo dotado de sentido y, por último,

III. “Diálogo de complementariedad”, persiguiendo como objetivo la aplicación complementaria de normas y de principios que las informan<sup>80</sup>.

Concluye Amaral en este sentido señalando que en rigor, el “diálogo de fuentes” solo existe entre reglas horizontales, lo que lo diferencia del “*jus cogens*” (reglas que plantean una verticalidad, es decir, una *cuasi*-subordinación de los sujetos al derecho internacional) en donde al existir normas de este tipo dentro de una relación normativa que se pretende analizar, en lugar de “diálogo”, tendríamos lo que el autor denomina “monólogo”<sup>81</sup>.

### III. Segunda Parte: Un análisis particular aplicado a las normas referidas al comercio y al medio ambiente

La evolución desde el derecho internacional clásico al contemporáneo dio paso al surgimiento de diferentes áreas donde los Estados acuden a la cooperación como mecanismo para desarrollar

---

<sup>79</sup> AMARAL JUNIOR, Alberto, “El comercio internacional...”, *op. cit.* p. 86.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>81</sup> *Ídem*.

estrategias en conjunto. Ello, en el ámbito jurídico, trajo aparejado el nacimiento de diferentes subsistemas de normas tales como el derecho del medio ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho económico internacional y el derecho del comercio internacional; entre otros, con una consiguiente mayor institucionalización así como de mecanismos de solución de controversias en la mayoría de los casos.

En la segunda parte del presente trabajo analizaremos en primer lugar, las normas del subsistema ambiental y las del comercio internacional en cuanto a su conformación como áreas especializadas y autónomas y sin ánimo de agotar ese estudio allí sino, a modo de presentación para introducimos en sus interacciones *inter-se* y de ellas con el derecho internacional general, a los efectos de indagar sobre los postulados y principios ya analizados en la primera parte; en su aplicación a estos subsistemas.

### *III.1) El comercio internacional. Principios e instituciones:*

La O.M.C.<sup>82</sup> es la institución de referencia del sistema comercial internacional, constituyendo el principal mecanismo para los Estados en miras a estrechar vínculos comerciales y afianzar sus relaciones económicas internacionales. De ello emerge un sistema multilateral de comercio basado en reglas y principios jurídicos que proporcionan estabilidad, claridad y previsibilidad a las relaciones comerciales interestatales.

La O.M.C. tiene su sede en Ginebra y sus idiomas oficiales son el francés, el inglés y el español. Surge formalmente el 1º de enero de 1995, como consecuencia de las negociaciones entabladas en la Ronda Uruguay y su antecedente y marco de creación está dado por el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (G.A.T.T.) constituido en el escenario de la segunda posguerra en 1947, posteriormente modificado y actualizado en 1994 (G.A.T.T. 1947 – G.A.T.T. 1994).

La O.M.C. no constituye solamente un acuerdo multilateral entre países para el comercio de mercancías, sino que es mucho más que ello,

---

<sup>82</sup> Fuente: <https://www.wto.org/indexsp.htm> (consulta el 15/10/2016). Para la elaboración de este apartado, se confrontaron datos con la obra MARC SOREL, Jean, *Resolución de litigios en la O.M.C.*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, pp. 15 y 19-21.

dado que implica una institucionalidad de carácter permanente cuyo ámbito material de actuación abarca también el comercio de servicios, la agricultura y los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

El sistema de la O.M.C., está compuesto por una serie de acuerdos multilaterales y plurilaterales; estos últimos solo obligan a los Estados miembros firmantes.

La máxima autoridad dentro de su estructura es la “Conferencia Ministerial”<sup>83</sup>, compuesta por todos los miembros, la cual se reúne, por lo menos dos veces al año. Por su parte, el “Consejo General”<sup>84</sup> es la autoridad permanente y también está integrado por todos los miembros de la Organización. Puede actuar en representación de la Conferencia Ministerial ya que, como indicamos, ésta se reúne –por lo general– de forma bianual y, a la vez, puede constituirse con diferentes mandatos, ya sea como Órgano de Solución de Diferencias y también como Órgano de Examen de las Políticas Comerciales<sup>85</sup>.

Vale destacar entonces, que además de los dos tipos de acuerdos que se indicaron en párrafos anteriores, la O.M.C. cuenta, por un lado, con un Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (M.E.P.C.) que verifica el cumplimiento por parte de los países de las normas establecidas en los acuerdos, dotando de mayor transparencia a las relaciones comerciales entre los distintos miembros y, por otro lado, con un Entendimiento de Solución de Diferencias (E.S.D.) el cual implica un esquema de institucionalización destinado a dar solución a los conflictos comerciales que surjan entre Estados.

Completando el diagrama institucional planteado por la O.M.C., si se consulta su organigrama se puede observar que del propio “Consejo General” se desprenden otros Comités, Consejos, Grupos de Trabajo y de

---

<sup>83</sup> Fuente: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/minist\\_s/minist\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/minist_s.htm) (consulta el 14/10/2016).

<sup>84</sup> Fuente: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/gcounc\\_s/gcounc\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/gcounc_s/gcounc_s.htm) (consulta el 14/10/2016).

<sup>85</sup> MARC SOREL, Jean, *ob. cit.*, pp. 20-21.

Negociación que terminan de completar el diseño organizacional de la institución<sup>86</sup>.

Las decisiones en la O.M.C. se adoptan por consenso y solo está permitida la votación cuando no sea posible arribar a un acuerdo por el primero de los mecanismos indicados; no contemplándose para tales casos sistemas de votos ponderados como en otras instituciones. En la actualidad y al 29 de julio de 2016, cuenta con 164 países miembros y tiene un alcance global.

La O.M.C. pretende erigirse como una herramienta y una instancia útil para países en vías de desarrollo y por ello, el diseño del principio de “trato especial y diferenciado para los países en vías de desarrollo” se constituye como regla básica del sistema, lo cual implica otorgar a ese grupo de países ventajas especiales<sup>87</sup>.

Félix Peña, en un artículo de reciente publicación<sup>88</sup>, sugirió que el concepto de “libre comercio” está cuestionado en la actualidad como elemento central de acuerdos interestatales para impulsar el comercio mundial y ordenar la competencia en materia económica a nivel global. Añade el autor que sus alcances están más definidos cuando se los utiliza en contraste con una Unión Aduanera, que es el otro mecanismo que contempla el artículo XXIV del GATT para proporcionarle un marco legal a las excepciones al principio de no discriminación contemplado en el sistema<sup>89</sup>.

Destaca Peña como relevante que, en materia de comercio de bienes, es el artículo XXIV del GATT junto con la “cláusula de habilitación” la principal norma de validez internacional que se debe tener en cuenta al

---

<sup>86</sup> Fuente: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/org2\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org2_s.htm) (consulta el 14/10/2016).

<sup>87</sup> Fuente: [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/dev1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/dev1_s.htm) (consulta el 15/10/2016).

<sup>88</sup> Cfr. PEÑA, Félix, “El diseño de instituciones y reglas de juego que inciden en el comercio mundial”. Disponible en <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=4832&IdSeccion=7> (consulta el 30/05/2016).

<sup>89</sup> Ídem.

momento de analizar la compatibilidad de un acuerdo con las obligaciones emanadas del sistema de la O.M.C.<sup>90</sup>.

*III.2) El medio ambiente. Tratados destinados a su protección. Principios y mecanismos de solución de controversias:*

Zlata Drnas de Clément, citando a Todd Aagaardt, indica que el derecho ambiental está conformado por un conjunto de principios y valores propios, lo cual implica la existencia de patrones particulares de interpretación normativa que le otorgan coherencia al sistema y lo transforma en un todo comprensible en sí mismo, a la vez de unitario y flexible. No obstante lo cual, la autora admite que la autonomía del derecho internacional del medio ambiente (en adelante, D.I.M.A.) y del derecho ambiental en general fue y sigue siendo una cuestión debatida en doctrina<sup>91</sup>.

La autora analiza el informe de la C.D.I. sobre la fragmentación del derecho internacional, cuyo estudio ya abordamos en la primera parte del presente trabajo, señalando que allí se indagó el tema de la posible autonomía del D.I.M.A. dado que existirían unos ciertos “principios del derecho ambiental internacional”<sup>92</sup>, admitiendo finalmente que la C.D.I. lo consideró un régimen normativo autónomo amplio<sup>93</sup>.

Raúl Estrada Oyuela<sup>94</sup>, comenta este mismo artículo indicando que del mismo se deduce la aplicación de los principios ambientales a la interpretación de normas del derecho internacional y que ello permite determinar la característica que presenta el D.I.M.A.; opinión que es

---

<sup>90</sup> Ídem.

<sup>91</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “El derecho internacional ambiental como subdisciplina del derecho internacional público en la era global”. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-derecho-internacional-ambiental-como> (consulta el 14/10/2016).

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 1-2.

<sup>93</sup> Ídem.

<sup>94</sup> En el relato de la Sección de Derecho Internacional Público titulado “Derecho internacional del medio ambiente. Del daño transfronterizo a las cuestiones globales. Aspectos jurídicos y económico-financieros”, presentado en el XXVIII Congreso Argentino de Derecho Internacional, Universidad de La Matanza, 8 al 10 de setiembre de 2016, Asociación Argentina de Derecho Internacional.

compartida por el autor. En el próximo apartado analizaremos esta función interpretativa.

Sumado a este debate, Antonio Cassese entiende al D.I.M.A. como una innovadora y particular “ingeniería legal” en materia ambiental internacional que lo aleja sobremedida de ser considerado como la simple aplicación del derecho internacional público a problemáticas ambientales<sup>95</sup>.

En cuanto a la naturaleza de este tipo de normas y –en especial– de los procesos de creación de ellas, la autora lo ubica en el *soft law*, entendiéndose a este como aquellas reivindicaciones que fueron surgiendo en los foros multilaterales como la Asamblea General de O.N.U., por parte de los Estados que se iban incorporando a la Comunidad Internacional.

En igual sentido, Julio Barberis, en su obra “formación del derecho internacional” señala que el *soft law* es una noción que corresponde ubicarla mayoritariamente en el ámbito del derecho internacional económico, vinculando también a este concepto con las cuestiones referidas al medio ambiente<sup>96</sup>.

Zlata Drnas, al describir el *soft law* en el D.I.M.A. indica que, por lo general, los términos utilizados en los tratados ambientales son prueba de compromisos “blandos” (débiles), citando como ejemplo la Convención de Naciones Unidas sobre Cambio Climático que indica que [... “Artículo 3.1: Las partes deberían proteger el sistema climático (...)”] y otro ejemplo lo constituye el Convenio sobre Diversidad Biológica que debilita enunciados a la par que condiciona el compromiso al señalar que [“artículo 5: Cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda, *cooperará* (...)”]<sup>97</sup>.

En determinadas situaciones las normas ambientales, dada su naturaleza de *soft law* y de acuerdo a la repetición que presenten, pueden pasar a revestir valor como norma consuetudinaria, independientemente de

---

<sup>95</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *op. cit.*, p. 2.

<sup>96</sup> BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994. pp. 283-284.

<sup>97</sup> *Ibidem*, en su página 3 y nota al pie nro. 12. El destacado “cooperará” pertenece al texto original.

la fuente formal en la que se expresen<sup>98</sup>. Al respecto, cita variados ejemplos tales como la obligación de información y consulta al momento de emprender determinado proyecto que pueda generar daño al ambiente, la cual se encuentra en distintos instrumentos tales como recomendaciones, resoluciones, tratados, dictámenes arbitrales y judiciales así como en actos unilaterales de los Estados y distintas expresiones de manifestación normativa<sup>99</sup>.

Julio Barberis, analizando la cuestión del *soft law* desde el valor jurídico que revisten las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y la práctica en cuanto al valor de las resoluciones de las conferencias de medio ambiente, se refiere a los ámbitos económico y medioambiental y afirma: “(...) en...relaciones económicas y preservación del medio ambiente, la tesis de los Estados en vías de desarrollo y la de los desarrollados son claramente opuestas y forman parte de la confrontación que se da en la comunidad internacional entre los países llamados del Norte y del Sur”<sup>100</sup>.

El D.I.M.A., como subsistema de normas, y sus tratados constitutivos, plantean diferencias con algunas reglas emanadas de la CV69 para los tratados internacionales. Entre ellas cabe traer al análisis la posibilidad de violación de una obligación esencial del tratado, no admitiéndose, en tal caso, la terminación o suspensión del tratado<sup>101</sup>.

Por otro lado, también señala la autora que, por lo general, los tratados ambientales son adoptados por consenso y negociados a modo de “*package deal*” (negociación en paquete y en conjunto)<sup>102</sup>. Otra diferencia que marca Drnas de Clément en relación a los tratados ambientales es que, en lugar de disponer de mecanismos vinculantes de solución de controversias, estipulan procedimientos de suspensión y prevención<sup>103</sup>.

---

<sup>98</sup> Ibidem, citando a Dupuy. En igual sentido, BARBERIS, Julio A., *op. cit.* p. 284.

<sup>99</sup> Ibidem, pp. 3-4.

<sup>100</sup> BARBERIS, Julio A., *op. cit.* p. 284.

<sup>101</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *op. cit.*, p. 5.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 6. En igual sentido pero refiriéndose a la adopción de resoluciones en ámbitos multilaterales, BARBERIS, Julio A., *op. cit.* p. 284.

<sup>103</sup> Ibidem, pp. 6-7.

Es válido pensar, sobre la base de la última diferencia que hemos incorporado, que en ella se encuentra la razón por la cual el D.I.M.A. como subsistema de normas dentro del derecho internacional general, no cuente con instituciones ambientales a nivel global tales como la O.M.C. en el marco del comercio internacional y/o de otros regímenes especiales (derechos humanos, derecho del mar, etc.) que cuentan con órganos jurisdiccionales y otras instituciones que velan por la correcta aplicación de sus normas.

En sintonía con lo que venimos analizando, Drnas de Clément señala que la Corte Internacional de Justicia no ha tratado muchas cuestiones ambientales y, cuando ha tenido que referirse a ellas, ha perdido la ocasión de elaborar una sólida línea jurisprudencial en materia de medio ambiente.

En el sentido señalado, cita en primer lugar el caso del proyecto Gabčíkovo – Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia, en donde las partes (Hungría y la entonces Checoslovaquia)<sup>104</sup> firmaron un tratado en 1977 por el cual se comprometían a construir un sistema de diques para el aprovechamiento hidroeléctrico del río Danubio. En los años ochenta Hungría realiza una serie de estudios de impacto ambiental y, sobre la base de ello, en el año 1989 decide suspender las obras en la zona de Nagymaros. Ello, alegando la necesidad de proteger la flora y la fauna de la región así como para velar por la calidad y pureza de las aguas del acuífero que abastece de agua potable y apta para el consumo humano a la Ciudad de Budapest. Luego de la suspensión, Hungría intenta terminar el tratado de 1977.

Intentamos resumir, a grandes rasgos, la cuestión planteada y la incidencia ambiental en ella. No obstante lo cual, como bien señala Zlata Drnas de Clément, la CIJ evitó referirse a las normas ambientales optando por resolver la cuestión desde el ámbito del derecho de los tratados y de la responsabilidad internacional de los Estados.

El segundo de los casos, citado por Drnas de Clément, es el de la instalación de plantas de celulosa sobre el margen oriental del río Uruguay,

---

<sup>104</sup> Cfr. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J., Reports, 1997, p. 7.

que llevó a nuestro país a demandar a la República Oriental del Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia<sup>105</sup>.

El caso judicial se plantea luego de sucedidos toda una serie de intercambios diplomáticos desde finales de los años ochenta en que Uruguay sanciona su ley de bosques (recordemos, ello ocurre luego de la celebración –entre los dos Estados– del Tratado del Estatuto del Río Uruguay en 1975) Uruguay comienza a dar autorización, primero a una empresa española y luego a otra finlandesa; ambas para la instalación de papeleras en la zona antes descrita. Argentina protesta ante la Comisión Administradora del Río Uruguay (C.A.R.U.), creada por el tratado binacional. Nuestro país, solicita la paralización de las obras hasta tanto no se efectúen los respectivos estudios de impacto ambiental.

En el contexto planteado, nuestro país presentó en el mes de mayo de 2006 una demanda ante la C.I.J. en el marco del capítulo XV del tratado bilateral, alegando –entre otras cuestiones– que Uruguay no cumplió con las obligaciones emanadas del tratado bilateral (sistema de consultas a la C.A.R.U. – estudios de impacto ambiental) y que dichas construcciones generarían un daño ambiental irreparable.

Habiendo señalado los aspectos generales del caso que nos permite colocar en evidencia la cuestión ambiental en juego en el presente asunto, compartimos con Drnas de Clément en considerar que aquí también la C.I.J. ha perdido la oportunidad de inmiscuirse en complejas problemáticas ambientales, valiéndose de informes científicos y técnicos; a los efectos de sentar criterios en el ámbito del D.I.M.A.. También en esta ocasión resolvió básicamente de acuerdo a las normas sobre la responsabilidad internacional de los Estados.

Otra cuestión que también coloca en evidencia la reticencia de la C.I.J. a tratar problemáticas ambientales, es el hecho de que si bien creó en 1993 una Sala de Asuntos Ambientales, la misma no diligenció caso alguno, dejándose de informar de ella en el año 2006<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Cfr. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J., Reports, 2010, p. 14.

<sup>106</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *op. cit.*, p. 8. Ver también al respecto el sig. documento en su p. 63: [http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/faq\\_sp.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/faq_sp.pdf) (consulta el 09/10/2016).

El panorama descrito nos demuestra que la solución jurisdiccional, en la actualidad, no es la más viable y auspiciosa para la resolución de controversias ambientales, dejando abierto el debate sobre la conveniencia (o no) de la existencia de una jurisdicción internacional especializada en temas ambientales.

Para finalizar este apartado, incorporamos los principios generales que nutren y conforman el D.I.M.A., que provienen de la costumbre internacional que ha ido surgiendo de la práctica de los Estados así como de la labor de las organizaciones internacionales<sup>107</sup>: I. Limitación de los derechos soberanos en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos; II. Prevención frente al riesgo cierto al medio ambiente; III. Precaución frente al riesgo dudoso; IV. Principio de desarrollo sustentable y V. Principio de solidaridad interestatal – responsabilidades comunes pero diferenciadas en el establecimiento de la salud e integralidad del ecosistema de la tierra<sup>108</sup>.

*III.3) La relación normativa entre el “comercio internacional” y la “protección del medio ambiente”. Su integración a través del “diálogo de las fuentes”:*

De lo dicho hasta aquí, en relación a cada subsistema de normas y de acuerdo a lo analizado en la primera parte, vinculado a los criterios generales expuestos acerca de la diversificación y expansión del derecho internacional, corresponde afirmar en primer lugar que, efectuando una valoración del bien jurídico protegido por cada subsistema, existen valores que atañen a la comunidad internacional en su conjunto.

Lo expuesto explica, por ejemplo, la importancia de determinadas normas de protección de los derechos humanos y del ambiente; en relación con ciertas reglas jurídicas pertenecientes al derecho internacional económico (representadas fundamentalmente por las normas provenientes

---

<sup>107</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *op. cit.*, p. 8.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 8-11.

de la O.M.C.) que tutelan intereses que –aunque legítimos– tienen efecto individual<sup>109</sup>.

En el sentido que venimos exponiendo, es fiel reflejo de ello la creación –en el ámbito de la O.M.C.– del Comité de Comercio y Medio Ambiente a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los documentos fundacionales de la organización. El acto resolutorio de creación, remitiéndose a su Preámbulo indica que:

“(…) Recordando el preámbulo del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.), a tenor del cual las relaciones de los miembros “en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”<sup>110</sup>.

Al analizar la relación existente entre normas provenientes de los subsistemas arriba indicados, vemos que ellas se vinculan y se nutren mutuamente; no obstante lo cual, dicha relación presenta algunas limitaciones dispuestas por convenciones protectoras del ambiente que estipulan cierto tipo de sanciones que persiguen como fin último, restringir el comercio de determinados productos.

Podemos mencionar, en tal sentido, la Convención C.I.T.E.S. ya mencionada, que, entre sus disposiciones destaca en nuestro tema indica que:

“(…) Efecto sobre la legislación nacional y convenciones internacionales. 1., Las disposiciones de la presente Convención no afectarán en modo alguno el derecho de las Partes de adoptar: a), medidas internas más estrictas respecto de las condiciones de comercio, captura,

---

<sup>109</sup> CZAR DE ZALDUENDO, Susana, “El sistema jurídico internacional y sus tensiones...”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>110</sup> Fuente: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/56-dtenv\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/56-dtenv_s.htm) (consulta el 15/10/2016).

posesión o transporte de especímenes de especies incluidas en los Apéndices I, II y III, o prohibirlos enteramente; o, b), medidas internas que restrinjan o prohíban el comercio, la captura, la posesión o el transporte de especies no incluidas en los Apéndices I, II o III. ...”<sup>111</sup>.

Casos como el señalado, indican que es ineludible la tensión entre este tipo de normas con las pertenecientes al subsistema de la O.M.C., las cuales tienen como objetivo afianzar las relaciones comerciales entre los Estados, promoviendo el libre intercambio de bienes y servicios.

En consonancia con lo que se viene analizando, encontramos que según expone Jaime Granados, en su presentación titulada *Spaghetti Bowl, Jurisdicciones Concurrentes y Convergencias. Problemas legales por proliferación de mecanismos de solución de controversias*<sup>112</sup>, el régimen de la O.M.C. pareciera ser, hasta el momento, relativamente más cerrado a la influencia de otros subregímenes de derecho internacional<sup>113</sup>; no obstante lo cual, el propio autor admite la aplicación de reglas del derecho internacional general no específicamente prohibidas por la O.M.C..<sup>114</sup>.

Lo expuesto, si bien es presentado aquí como una tensión / problema en la vinculación de ambos subsistemas, vale destacar que es

---

<sup>111</sup> AMARAL JUNIOR, Alberto, “El comercio internacional y la protección del medio ambiente...”; *op. cit.*, p. 100.

<sup>112</sup> El término *Spaghetti Bowl* (plato de tallarines) fue introducido por Jagdish Bhagwati para graficar la compleja red de normas y compromisos que genera la pluralidad de negociaciones y normas. Cfr. CZAR DE ZALDUENDO, Susana, “Integración: Nociones generales. Integración económica e integración regional”, en Sandra Negro (dir.), *Derecho de la Integración. Manual*, Buenos Aires, BdeF, 2010, p. 22.

<sup>113</sup> GRANADOS, Jaime, presentación en powerpoint titulada “Spaghetti Bowl, Jurisdicciones Concurrentes y Convergencias. Problemas legales por proliferación de mecanismos de solución de controversias”, Fortalecimiento de las Políticas de Integración e Inserción Internacional; Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington DC, 3 al 5 de enero de 2009.

<sup>114</sup> *Ibidem*. Citando el caso ya mencionado por nosotros: *Korea – Measures Affecting Government Procurement (19 de enero de 2000) WT/DS163/R*. Allí el autor indica que en este caso se han aplicado normas de derecho internacional general referidas al error en la formación de los tratados. También cita otros pronunciamientos (incluidos en nuestro trabajo) en el ámbito de la O.M.C. donde se han aplicado normas del derecho internacional general (CE-Banano donde se han aplicado disposiciones sobre contramedidas; E.U.A.-Camarones en lo referido a la aceptabilidad de *amicus curiae*; entre otros).

perfectamente compatible con el mecanismo establecido por el artículo XX del G.A.T.T. el cual dispone que:

“A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo [el GATT] será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: ...b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; ...g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; ...”.

La libertad de los Estados parte de la O.M.C. para fijar su política ambiental, ha sido confirmada en varios pronunciamientos. Entre ellos, destacamos el asunto “Estados Unidos – Camarones”, en donde el Órgano de Apelación indicó que: “(...) condicionar el acceso a los mercados a que el país exportador cumpla una política unilateralmente prescrita por el miembro importador, es un aspecto común de las medidas que entran dentro del ámbito de alguna de las excepciones del artículo XX...”<sup>115</sup>.

Conforme la propia información proporcionada por la O.M.C. en su sitio web, corresponde añadir que diferentes políticas ambientales están incluidas en el artículo XX del G.A.T.T., tales como la reducción del consumo de tabaco y de riesgos del amianto para la vida humana, así como las políticas orientadas a la protección de delfines, atunes y salmones, entre otras.

En el asunto ya mencionado *supra*, “Estados Unidos – Camarones”, el Órgano de Apelación de la O.M.C., también señaló que el término “recursos naturales agotables” (apartado “g” del artículo XX) debe entenderse en un sentido amplio, no solo inclusivo de los recursos minerales o no vivos, sino también abarcativo de los recursos vivos<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> DS58 1998, adoptado el 6 de noviembre de 1998. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/envir\\_s/edis08\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis08_s.htm) (consulta el 15/10/2016).

<sup>116</sup> [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/envir\\_s/envt\\_rules\\_exceptions\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envt_rules_exceptions_s.htm) (consulta el 15/10/2016).

Corresponde señalar que para poder invocar una excepción en el marco de los apartados b) y g) del artículo XX, es decir, una política estatal ambiental relacionada con el comercio, el Estado debe demostrar que existe una relación entre su objetivo de política ambiental declarada y la medida en cuestión; es decir, que los medios elegidos guardan una relación razonable con los fines, esto es, el objetivo de política ambiental declarado<sup>117</sup>.

En el asunto “Brasil – Neumáticos recauchutados”, el Órgano de Apelación de la O.M.C. constató que la prohibición de importación de neumáticos recauchutados era adecuada para hacer frente a la reducción del volumen de neumáticos de desecho. Señaló también que “...solo es posible hacer frente a algunos complejos problemas ambientales con una política global que comprenda una pluralidad de medidas en interacción...”<sup>118</sup>.

En sintonía con lo que venimos exponiendo y regresando al asunto “Estados Unidos – Camarones”, el Órgano de Apelación de la O.M.C. consideró que la estructura general y el diseño de las medidas tenían un “objetivo muy preciso” y que no se trataba de una prohibición genérica a la importación de camarones por lo que, el Órgano de Apelación concluyó que el reglamento en análisis era una medida “relativa a la conservación de un recurso natural agotable” en el marco del inciso “g” del artículo XX del G.A.T.T.<sup>119</sup>.

Afirma Alberto Do Amaral, para concluir el argumento que venimos desarrollando, que si las partes en un tratado multilateral ambiental son parte de la O.M.C., correspondería presumir que las sanciones comerciales establecidas, satisfacen el indicado artículo XX del G.A.T.T.<sup>120</sup>.

El escenario planteado permite afirmar que el “diálogo de fuentes” que se explicó previamente, está presente en la interacción entre los subsistemas en análisis, encontrándose teleológicamente orientado por el

---

<sup>117</sup> Ídem.

<sup>118</sup> Fuente: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds332\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds332_s.htm) (consulta el 12/10/2016).

<sup>119</sup> Fuente: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/envir\\_s/envt\\_rules\\_exceptions\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envt_rules_exceptions_s.htm) (consulta el 12/10/2016).

<sup>120</sup> AMARAL JUNIOR, Alberto, *op. cit.*, p. 89.

concepto de “desarrollo sostenible” que emana del preámbulo constitutivo de la O.M.C., lo cual coloca también en foco el valor del preámbulo en los tratados internacionales<sup>121</sup>.

La integración entre comercio y ambiente pretendida por el “diálogo de las fuentes”, simboliza al decir de Amaral, un nuevo estilo interpretativo que gana cada vez más adeptos en el derecho internacional contemporáneo y que, sin ignorar la posibilidad de conflictos normativos, pretende –siempre que sea posible– neutralizarlos dada la relevancia otorgada a la coordinación y complementariedad entre las normas jurídicas, la cual encuentra apoyo y sostén en el plan sistémico interpretativo dado por el artículo 31.3 (c) de la CV69<sup>122</sup>, ya comentado al analizar el informe de la C.D.I..

En igual sentido, Granados entiende que el sistema de la O.M.C. evoluciona en la medida justa para adaptarse a las nuevas necesidades, y que otras normas ajenas a la O.M.C. se usan como “elementos interpretativos” [en alusión a los artículos 31 y 32 de la CV69] y no como “derecho aplicable”. Añade que la O.M.C. ha sido un régimen abierto al derecho internacional en materias procesales relacionadas con la formación e interpretación de normas, legitimación activa, no retroactividad y otros temas pero, colocándose como límite la pretensión “encubierta” de aplicar –en realidad– medidas de tipo proteccionistas<sup>123</sup>.

#### IV. Conclusiones. Reflexiones finales a modo de colofón

Hemos podido comprobar que términos o características normativas tales como “universal”, “unitario”, “integridad” y “cooperación” a diferente nivel, junto con otros tales como “régimenes autónomos”, “*lex specialis*”, “fragmentación y diversificación normativa”, “multiplicidad de normas”, “uniformidad” y “armonización” –entre otras–, forman parte de los conceptos fundamentales que estudió la Comisión de Derecho Internacional para elaborar su Informe sobre “*Fragmentación del Derecho Internacional*”:

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>123</sup> Cfr. GRANADOS, Jaime, *supra* nota 113.

*Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*” y que conforman también los argumentos centrales por donde, en uno u otro sentido, se sostienen los debates actuales en relación a la expansión material del derecho internacional a partir de la segunda posguerra. A los efectos de recrearlos, incorporamos las opiniones de distintos académicos y de ello podemos afirmar que el orden jurídico internacional es esencialmente dinámico y evolutivo.

Se puede indicar, también, que en la actualidad y desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial (en un contexto marcado por una creciente globalización e interdependencia entre los Estados), el derecho internacional nos ofrece fehaciente prueba de esa afirmación a través de un proceso de expansión y diversificación de sus normas, con la consiguiente especialización en regímenes autónomos tales como el derecho del comercio internacional y del medio ambiente.

El escenario planteado genera interrogantes acerca de posibles conflictos normativos entre reglas y principios provenientes de esas áreas especializadas, dado que cada uno tiene una dinámica y sinergia propia.

A la par, y como consecuencia de lo expuesto, se da lugar a la necesidad de una actualización permanente de los tratados y demás normas internacionales. Ello generó un replanteo de los modos tradicionales de interpretación de los tratados internacionales, cobrando protagonismo normas tales como el apartado c) del párr. 3º del artículo 31 CV69 a los efectos de evitar enmiendas a los tratados, adaptándolos a los tiempos actuales, así como facilitando una armonización con otras normas de diferentes subsistemas del derecho internacional.

La C.D.I. centró su análisis en distintos principios y criterios: I. *lex specialis derogat legi generali*, II. apartado c) del párr. 3º del artículo 31 CV69, III. conflictos entre normas sucesivas conforme lo establece el artículo 30 CV69, IV. las modificaciones de tratados multilaterales conforme criterios emanados del artículo 41 CV69 y por último, V. la jerarquía normativa en el derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas.

Todos ellos emanan del derecho internacional general y algunos también codificados en la CV69. Por lo cual, podemos deducir que el

derecho internacional general proporciona las herramientas necesarias para lograr una armonización de normas ante posibles conflictos *inter se*, en su aplicación a un caso concreto y en este tema el derecho de los tratados tiene un rol relevante.

No obstante el valioso informe de la C.D.I. para arrojar luz a esta cuestión, analizamos también en nuestro trabajo que la doctrina no fue pacífica al respecto y también efectuó sus aportes.

Partiendo desde una crítica objetiva a la denominación que eligió la comisión para referirse a este fenómeno: “fragmentación”; puesto que el suceso que analiza la C.D.I. en su informe refleja una clara expansión normativa y funcional del derecho internacional y, en cambio, el término elegido para denominarlo, daría cuenta de un posible “quiebre” o “ruptura”, para luego llegar hasta los argumentos de fondo; vimos que la cuestión generó diversas reacciones en la doctrina, tendientes hacia una mayor unificación del derecho internacional con diferentes matices diseñados, los cuales destacamos en nuestro trabajo:

- 1) la posible formación del llamado “Constitucionalismo del derecho internacional” a través de la existencia de un “cuerpo duro” de normas de importancia superior –esencialmente de derechos humanos–,
- 2) esa diversificación (o fragmentación) no solo alcanza a sus normas, sino también a las instituciones dándose lugar a lo que cierta doctrina identifica como un avance de un derecho internacional esencialmente horizontal a uno con instituciones globales tuitiva de los principios que constituyen ese “constitucionalismo internacional” y,
- 3) desde otro sector generando la llamada “especialización judicial” a través del surgimiento de tribunales específicos para diversos temas y el debate allí en orden al rol que cabe atribuirle a la Corte Internacional de Justicia con respecto a los tribunales especializados.

En el marco descrito, es que se entiende que el comercio y el medio ambiente son dos subsistemas normativos que si bien se complementan, pueden presentar conflictos y tensiones *inter se* y con el derecho internacional general. Ante ello, colocamos en evidencia que –al respecto– cada subsistema prevé la posibilidad de conflicto y entonces, las normas ambientales suelen poseer limitaciones a la comercialización de determinados bienes y/o servicios, ello en aras a dar cumplimiento a un

objetivo tuitivo del ambiente, siempre y cuando esas limitaciones se deban a la política ambiental del Estado.

El sistema de la O.M.C., en sintonía a ello, contempla excepciones a sus normas (que claramente son tendientes a la liberalización comercial), en aras a hacer primar la política ambiental del Estado, con lo cual, el artículo XX del G.A.T.T. opera como mecanismo armonizador entre ambos subsistemas. Ello se vio reflejado en los diferentes informes así como en pronunciamientos del Órgano de Apelación de la organización, varios de los cuales incluimos en estas líneas.

El régimen de la O.M.C., si bien pareciera ser mas “cerrado” a incorporar normas por fuera de sí mismo, hemos colocado de relieve en los pronunciamientos analizados, que en diferentes ocasiones ha aplicado reglas y principios provenientes del derecho internacional general, no incorporando esa norma a su propio sistema, pero sí utilizándola como herramienta de interpretación para sus propias normas.

El “diálogo de fuentes”, así como el “diálogo interjurisdiccional” bajo nuestra opinión, se presentan como mecanismos apropiados para evitar conflictos normativos y también soluciones jurisdiccionales contrapuestos ante controversias similares.

El primero de ellos, como explicamos, constituye un método idóneo de integración normativa entre diferentes subsistemas a los efectos de evitar la creación de normas jurídicas contradictorias que puedan atentar contra la unidad del derecho internacional. Este mecanismo, que viene a dar respuesta a las situaciones de “presunción contra conflicto”, está presente en la jurisprudencia internacional, y como prueba de ello hemos citado pronunciamientos de la C.I.J. así como de la propia O.M.C.

Se basa en una tarea de interpretación de las normas en posible conflicto, captando la riqueza y la variedad de las relaciones normativas que la expansión material del derecho internacional generó. En tal sentido, al analizar este método, incorporamos tres formas posibles de implementarlo: i. diálogo sistémico de coherencia, ii. diálogo de coordinación y adaptación y iii. diálogo de complementariedad. Estas distintas clases de “diálogos normativos” solo pueden tener lugar entre categorías normativas ubicadas de modo horizontal, puesto que si una de

las normas en conflicto pertenece al *jus cogens* internacional (relación de tipo vertical), allí estaremos ante lo que la doctrina entiende como “monólogo” por el valor *jus* fundamental y superior de este tipo de normas.

En cuanto al “diálogo interjurisdiccional”, también lo entendemos como un método idóneo para evitar los efectos no deseados de este proceso de transformación, expansión material y diversificación del derecho internacional pues, al existir una marcada especialización del derecho internacional, con diferentes jurisdicciones que podrían entender en controversias de similar temática, (por ejemplo, la delimitación de la plataforma continental entre dos Estados), es necesario que exista ese “diálogo” (comunicación) inter-jurisdiccional, que implica que cada órgano jurisdiccional antes de elaborar una decisión sobre el fondo de un asunto que le sea sometido, “mire”, “indague”, “investigue”, “se interese” por conocer; si otra instancia jurisdiccional ha entendido en algún asunto similar a los efectos de aplicar (o no) ese criterio. Mecanismos como el descrito ayudan a mantener la unidad y coherencia del derecho internacional.

Podemos concluir entonces que la expansión material y funcional del derecho internacional debe ser vista como un avance propio de su dinamismo. Si analizamos esta cuestión desde una mirada retrospectiva, el ordenamiento jurídico internacional siempre fue cambiando y adaptándose; lo que sucedió en el marco del derecho internacional contemporáneo no es nuevo, tal vez sí la magnitud de nuevas áreas de injerencia pero no la ampliación material en sí misma.

Por otro lado, el derecho internacional actual posee los mecanismos necesarios a los efectos de lograr una sana y pacífica convivencia entre normas pertenecientes a diferentes subsistemas y de estas con el derecho internacional general. Creemos haberlos puesto de resalto en este trabajo, sistematizándolos y analizándolos a la luz de los criterios emanados de la jurisprudencia y la doctrina.

Ello nos permite afirmar que el derecho internacional está más vivo y dinámico que nunca y ello desde luego es muy auspicioso, pues evidencia que el futuro le augura un rol cada vez más importante a esta disciplina jurídica.



# LAS EXCEPCIONES FACULTATIVAS AL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR DE 1982: LAS ACTIVIDADES MILITARES

*Leopoldo M. A. Godio \**

**SUMARIO:** I. Introducción; II. El debate sobre el sistema de solución de controversias en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus excepciones; II.1) Las sesiones iniciales y el debate sobre el sistema de solución de controversias en general; II.2) El debate del proyecto de artículos y las excepciones a la solución de controversias; III. Las actividades militares en el mar como excepción facultativa en la Sección 3 de la Parte XV de la Convención; III.1) Examen del concepto “actividades militares”; III.2) La contribución de la noción “utilización del espacio oceánico con fines pacíficos” en auxilio de una comprensión del significado “actividades militares”; III.2.a) Las cláusulas sobre “fines pacíficos” en instrumentos internacionales anteriores a la Convención; III.2.b) Los debates sobre los “fines pacíficos” en la III Conferencia; III.3) La relación entre “fines pacíficos” y “actividades militares” en las disposiciones finales de la Convención a la luz de la Carta de la O.N.U.; IV. Conclusión.

## I. Introducción

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, “la Convención” o “la Convención de 1982”, indistintamente)<sup>1</sup>, es

---

\* Abogado y Magister en Relaciones Internacionales (U.B.A.). Miembro del Instituto de Derecho Internacional del C.A.R.I. Las traducciones, interpretaciones y agregados, entre corchetes, de los textos en inglés son exclusiva responsabilidad del autor.

<sup>1</sup> Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 30 de abril de 1982, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1833. La Convención posee, a la fecha, 168 Estados Parte. Fuente:

[http://www.un.org/Depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm#The%20United%20Nations%20Convention%20on%20the%20Law%20of%20the%20Sea](http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm#The%20United%20Nations%20Convention%20on%20the%20Law%20of%20the%20Sea) (consulta el 12/07/2016).

consecuencia de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (en adelante, “III Conferencia”)<sup>2</sup> y representó, en un éxito sin precedentes, la mayor obra destinada a una reforma integral del régimen de los mares y océanos, ya que logró equilibrar los diferentes intereses competitivos de los Estados<sup>3</sup>, brindando así regulación en, aproximadamente, veinticinco temas y cuestiones sobre los usos y recursos del mar que conforman, en palabras de Tommy B. Koh, una “Constitución para los Océanos”<sup>4</sup>.

El “nuevo derecho del mar”<sup>5</sup>, estableció derechos y obligaciones que dejaron de lado la primacía de las grandes potencias navales en gran cantidad de aspectos aunque algunos de ellos, como el sistema de solución de controversias, requirió de especiales reflexiones y concesiones de fundamental importancia para la elaboración de este instrumento internacional. En ese sentido, la III Conferencia se encontró ante el desafío de asegurar el respeto de la futura convención sin afectar la imparcialidad que conviene a un sistema de solución de controversias, aspecto

---

<sup>2</sup> Sus sesiones se celebraron entre 1973 y 1982, utilizando el consenso como medio rector de negociación y bajo el concepto del *package deal*. La idea del consenso se encuentra como apéndice al Reglamento de la III Conferencia: “Teniendo presente que los problemas del espacio oceánico están estrechamente relacionados entre sí y deben considerarse como un todo, y la conveniencia de adoptar una Convención sobre el Derecho del Mar que logre la máxima aceptación posible. La Conferencia debe hacer todos los esfuerzos posibles para que los acuerdos sobre los asuntos de fondo se tomen por consenso, y dichos asuntos no deberán someterse a votación hasta tanto no se hayan agotado todos los esfuerzos por llegar a un consenso”. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982. Documents of the Conference, First (New York, 3-15 December 1973) and Second (Caracas, 20 June to 29 August 1974) Sessions*, 2009. A/CONF.62. En relación al consenso, Armas Pfirter afirma que “(...) aunque la Convención se negoció de acuerdo al consenso y ‘package deal’, para tratar de lograr un acuerdo general susceptible de aceptación universal, finalmente se adoptó por votación”. Cfr. ARMAS PFIRTER, Frida M., *El Derecho Internacional de Pesquerías y el frente marítimo del Río de la Plata*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 1994, p. 74.

<sup>3</sup> Cfr. KEOHANE, Robert & NYE, Joseph, *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*, Buenos Aires, GEL, 1988, pp. 39-40.

<sup>4</sup> Cfr. KOH, Tommy B., “A Constitution for the Oceans”, en United Nations, *The Law of the Sea – Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index*, New York, 1983, p. xxiii.

<sup>5</sup> Cfr. DE LA GUARDIA, Ernesto, *El Nuevo Derecho del Mar*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 1997.

particularmente relevante ante la aparición de novedosas y revolucionarias disposiciones que iban a ser, en el futuro, objeto de necesaria interpretación.

El sistema de solución de controversias relativo a la interpretación o aplicación de la Convención constituyó uno de los temas más complejos en las sesiones de la III Conferencia que, finalmente, reconoció a las partes en disputa la posibilidad de solucionar aquella por los medios pacíficos de su elección<sup>6</sup>, clasificado posteriormente por parte de la doctrina en medios adversariales y no adversariales<sup>7</sup>.

El último de ellos, instituido en la Sección 1 de la Parte XV, puede activarse en caso de surgir una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención y se encuentra siempre presente en caso que los Estados acuerden otra cosa (en virtud de un acuerdo general, regional, bilateral o de cualquier otra clasificación, tal como autorizan los artículos 281 y 282). Este procedimiento incluye el intercambio de opiniones (artículo 283), la conciliación facultativa (artículo 284 y el Anexo V) y la conciliación obligatoria (Parte XV, Sección 3).

Los medios adversariales reconocen su obligatoriedad en dos Partes de la Convención: 1) la sección 5 de la Parte XI, que desarrolla el mecanismo de solución de controversias y opiniones consultivas aplicables a las actividades de exploración y explotación de los recursos minerales en la Zona y cuyo procedimiento se encuentra reservado a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos; y 2) la Parte XV, que dispone en el artículo 287 un régimen de libre elección conocido como *fórmula Montreux* que, gracias a sus opciones, pudo superar las resistencias de los Estados Parte en ocasión de la III Conferencia<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 30 de abril de 1982, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1833, art. 280.

<sup>7</sup> Cfr. DEL CASTILLO, Lilian C. y SABIA, Norma G. "La solución de controversias en la Convención de Derecho del Mar de 1982. Perspectiva Argentina" en DE LA GUARDIA, Ernesto, *El Nuevo Derecho del Mar*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 1997, pp. 51-127.

<sup>8</sup> La fórmula de Montreux fue una iniciativa de la *Rockefeller Foundation* y adquiere su nombre en honor a la ciudad suiza en donde fue diseñada, informalmente, por Willem Riphagen durante el tercer período de sesiones de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Cfr. ADEDE, Andronico O. *The system for settlement of disputes*

El último artículo enumera cuatro medios adversariales a disposición de las partes: 1) el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante, el “Tribunal”); 2) la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la “C.I.J.”); 3) el arbitraje estipulado en el Anexo VII de la Convención; y 4) el arbitraje especial, incluido como Anexo VIII, aplicable a las controversias de: pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina, y navegación.

Al firmar o ratificar la Convención (o adherirse posteriormente a ella), los Estados pueden formular una declaración optando por uno o más de ellos y, en el supuesto de presentarse una controversia, la coincidencia de sus manifestaciones habilita el sometimiento al sistema que corresponda. Sin embargo, a falta de coincidencia o acuerdo especial, la Convención dispone como competente, en forma residual, la opción arbitral prevista en el Anexo VII<sup>9</sup>.

Finalmente, la Sección 3 del sistema de solución de controversias de la Parte XV presenta límites y excepciones, obligando a una interpretación armónica de los artículos 297 y 298. En particular, la última norma trata como “excepciones facultativas”, a las declaraciones que los Estados podrán formular, por escrito, con el efecto de no aceptar uno o varios de los procedimientos previstos en la Sección 2 en relación a una o varias de las siguientes categorías de controversias:

a) la interpretación o la aplicación de los artículos 15, 74 y 83 concernientes a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos<sup>10</sup>;

---

*under the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 53 y ss.

<sup>9</sup> Argentina, al ratificar la Convención optó, en primer término por la jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar y, en segunda opción, por un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VIII. Fuente:

[http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/287\\_declarations\\_041111\\_english.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/287_declarations_041111_english.pdf) (consulta el 23/02/2016). No obstante lo anterior, la Convención dispone dos procedimientos específicos de competencia obligatoria sin importar la elección de las partes en virtud del artículo 287: los supuestos contemplados para las medidas provisionales y la pronta liberación de buques y sus tripulaciones, reconocidos en los artículos 290 (5) y 292, respectivamente.

<sup>10</sup> A condición de que el Estado que haya hecho una declaración de esa índole, cuando una controversia de ese tipo surja después de la entrada en vigor de esta Convención y no se

b) las actividades militares; y,  
c) las controversias respecto de las cuales el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ejerza las funciones que le confiere la Carta de las Naciones Unidas<sup>11</sup>.

Llegado a este punto, la propuesta del presente trabajo es, por razones de extensión, analizar e intentar comprender una de ellas: las actividades militares. Para ello se intentará aclarar su inclusión como parte de las excepciones, debido a la magnitud e importancia de las cuestiones tratadas por la Convención a la luz del principio de solución pacífica de controversias inspirado en los artículos 2 (3) y 33 (1) de la Carta de las Naciones Unidas.

Metodológicamente, comenzaremos con una síntesis de los principales aspectos referidos a la solución de controversias tratados en la III Conferencia y, cuando corresponda, enfatizar las declaraciones formuladas por los gobiernos en relación a las excepciones y las actividades militares. Con posterioridad, abordaremos la redacción actual de la Convención e intentaremos comprender la noción “actividades militares”, complementándola con la idea de “fines pacíficos” y su aplicación al régimen de los mares para abordar, más adelante, algunas consideraciones de doctrina que permitan aclarar su contenido y alcance.

## **II. El debate sobre el sistema de solución de controversias en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus excepciones**

Llamada a establecer las más firmes bases del derecho del mar, luego del fracaso de las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960, la primera referencia concreta al sistema de solución de controversias en la III

---

llegue a un acuerdo dentro de un período razonable en negociaciones entre las partes, acepte, a petición de cualquier parte en la controversia, que la cuestión sea sometida al procedimiento de conciliación previsto en la sección 2 del Anexo V; además, quedará excluida de tal sumisión toda controversia que entrañe necesariamente el examen concurrente de una controversia no resuelta respecto de la soberanía u otros derechos sobre un territorio continental o insular.

<sup>11</sup> Excepto que el asunto sea retirado de su orden del día o solicite a las partes que lo solucionen por los medios previstos en esta Convención.

Conferencia surge, modestamente, el 28 de junio de 1974 con las palabras de Galindo Pohl (El Salvador), al recordar los asuntos de importancia que debían tratarse utilizando el consenso como forma de negociación<sup>12</sup>.

A fin de ordenar los argumentos y manifestaciones más substanciales, formuladas por casi todos los funcionarios acreditados, se realizará una selección de los distintos aspectos que se presentaron en los debates que, a tenor de la extensión y complejidad que presentan, permitan obtener una mayor claridad de las ideas y propuestas allí contenidas, se dividen los debates respetando el siguiente criterio: 1) las primeras sesiones de la conferencia; y, 2) el análisis del proyecto de artículos específico destinado a la solución de controversias y sus excepciones.

Sin pretender adelantar opinión, su contenido trató, básicamente, sobre el tipo de tribunal o tribunales a constituir el sistema de solución de controversias, incluyendo su acceso y el modo de evitar una superposición de competencias que, entre otras cuestiones –atento la complejidad de la Convención y su naturaleza–, sólo se destacará a título enunciativo: el carácter obligatorio o facultativo del procedimiento de solución de controversias, la creación de un tribunal permanente especializado, el posible rol de la C.I.J. como instancia final, el dictamen obligatorio de organismos especializados, la eventual sala de los fondos marinos, el reconocimiento de procedimientos abreviados y la aceptación de reservas y excepciones al sistema que, entre otros, generaron un destacado intercambio de opiniones entre las delegaciones.

### *II.1) Las sesiones iniciales y el debate sobre el sistema de solución de controversias en general:*

Varias delegaciones, como la República de Vietnam, expresaron su preocupación por “(...) elaborar un sistema apropiado para el arreglo

---

<sup>12</sup> Textualmente, expresó: “Nor was it possible to forget the questions connected with international straits, islands and frontal and lateral delimitation, the international zone of the sea-bed and the settlement of disputes”. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 21st plenary meeting, p. 62, para. 45. A/CONF.62/ SR.21

pacífico de controversias”<sup>13</sup>, mientras que Noruega, a través de Evensen, formuló una visión más integradora al considerar que era uno de los aspectos de fondo a abordar, adoptando “(...) un criterio global que equilibre los beneficios derivados por los diferentes grupos de países y que refleje las exigencias objetivas de la situación...”<sup>14</sup>. Estas palabras inspiraron manifestaciones a Willesee (Australia) quien se preocupó por la obtención de un equilibrio aplicable a la zona económica exclusiva (en adelante, ZEE) y declaró que “(...) las soluciones al problema de las prioridades pueden establecerse en la convención y vincularse a un sistema encaminado a la solución de controversias”<sup>15</sup>.

Por su parte, Thompson (Jamaica) propuso que la tarea de la III Conferencia era establecer un nuevo orden jurídico internacional para el mar y que ello requería de un mecanismo satisfactorio para el arreglo de las controversias<sup>16</sup>; mientras que Vázquez Carrizosa (Colombia), se expresó a favor de la prevalencia del derecho internacional y la conveniencia de una

---

<sup>13</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 22nd plenary meeting, p. 65, para. 5. A/CONF.62/ SR.22. En idéntica expresión, Varvesi (Italia), sostuvo que debía tratarse de un mecanismo “eficiente”. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 41st plenary meeting, p. 180, para. 26. A/CONF.62/ SR.41.

<sup>14</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 25th plenary meeting, p. 85, para. 73. A/CONF.62/ SR.25.

<sup>15</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 25th plenary meeting, p. 87, para. 105. A/CONF.62/ SR.25.

<sup>16</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 27th plenary meeting, p. 99, para. 31. A/CONF.62/ SR.27. Similares argumentos expresó Chowdhury, delegado de Bangladesh, al declarar “His delegation believed that the present Conference hinged around two issues of paramount importance... environment, ocean research, the question of revenue sharing and the procedure for the settlement of international disputes”. *Ibidem*, p. 101, para. 50.

“(…) jurisdicción internacional para resolver las diferencias referidas a la aplicación de las reglas del mar...”<sup>17</sup>.

No obstante, el primer aporte sustancial al debate lo realizó Ennals (Reino Unido), al atribuir, según sus palabras:

“(…) primordial importancia a la creación de un procedimiento compulsivo satisfactorio para el arreglo de cualquier controversia... el valor de los procedimientos de arreglo reside en que permitiría que la nueva convención fuese interpretada y aplicada uniformemente en todo el mundo. La responsabilidad principal de esa función debería recaer sobre la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, existen una serie de cuestiones específicas para las cuales podría convenir el empleo de otros procedimientos, que también deberían ser compulsivos...”<sup>18</sup>.

Su contrapunto, en alguna medida, lo expresó Chao (Singapur) quien consideró la creación de la futura convención como nuevo orden jurídico con la “indudable necesidad” de contar con “(…) un procedimiento para la solución de controversias que excluya la adopción de medidas unilaterales por los Estados” y toda vez que su delegación:

“(…) no propugna un sistema rígido pero sugiere que, si no se llega a una solución en un plazo determinado, la controversia se someta a un procedimiento de arreglo que conste de dos etapas: en la primera, una comisión conciliadora, investigaría los hechos y formularía recomendaciones y, en la segunda, que sólo procedería aplicar si fracasara la primera, se sometería a un tribunal judicial. Habrá de considerar

---

<sup>17</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 28th plenary meeting, p. 105, para. 21. A/CONF.62/ SR.28.

<sup>18</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 29th plenary meeting, p. 112, para. 39. A/CONF.62/ SR.29. Posteriormente, Logan la amplió afirmando la innecesariedad de crear un nuevo tribunal debido a sus costos y el número de casos que tendría, destacando la C.I.J. como tribunal permanente. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 59th Plenary meeting, p. 15, para. 15. A/CONF.62/SR.59.

atentamente la cuestión de si esa función debería asignarse a la Corte Internacional de Justicia”<sup>19</sup>.

En ese orden de ideas, la posición oficial de Stevenson (Estados Unidos) contempla, parcialmente, elementos de las dos últimas declaraciones señaladas. Concretamente, propuso la necesidad de disponer con un sistema pacífico y obligatorio a fin de evitar, según sus palabras, “interpretaciones unilaterales poco razonables”<sup>20</sup>.

Sin embargo, la delegación de Dinamarca no tuvo, inicialmente, interés en considerar una institución de carácter permanente para resolver disputas. Al menos ello surge en las palabras de Fergo al declarar que “En un tratado universal sobre el derecho del mar debe preverse la solución de controversias mediante la negociación, la conciliación o el arbitraje, conforme al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas”<sup>21</sup>. La

---

<sup>19</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 33rd plenary meeting, p. 135, para. 19. A/CONF.62/ SR.33. La postura es profundizada, posteriormente, a través del delegado Cheok, en la sesión del 5 de abril de 1976, promoviendo opciones similares a la fórmula Montreux. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 58th Plenary meeting, p. 10, para. 20. A/CONF.62/SR.58. En idéntico sentido se expresó Nueva Zelanda. *Ibidem*, p. 11, para. 30-31.

<sup>20</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 38th plenary meeting, p. 161, para. 37. A/CONF.62/ SR.38.

<sup>21</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 33rd plenary meeting, p. 137, para. 46. A/CONF.62/ SR.33. Idénticas opciones propuso la delegación de Gambia que, en palabras de O'Brien Koker, expresó: “(...) Gambia’s international position was based on its recognition of the sanctity of the sovereignty and the territorial integrity of all States, and on the soundness of the peaceful settlement of disputes through negotiation, conciliation and arbitration”. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 38th plenary meeting, p. 159, para. 12. A/CONF.62/ SR.38.

importancia de esta última norma fue recordada, asimismo, por Khalfan (Emiratos Árabes Unidos)<sup>22</sup>.

Por su parte, Chibesakunda (Zambia), se refirió a la situación de los Estados en desarrollo y Estados sin litoral que, en caso de disputa deberían poder recurrir “al procedimiento de solución de controversias que se incorpore a la convención”, dando por sentado su inclusión en el texto de la futura convención<sup>23</sup>.

La importancia de contar con un sistema de solución de controversias de carácter obligatorio fue enfatizada por Knoke (República Federal de Alemania), que consideró su inclusión como indispensable para la seguridad jurídica y “esencial para el orden mundial”<sup>24</sup>. En idéntico criterio, aunque con una posición más elaborada, el representante de los Países Bajos, Riphagen, sostuvo que:

“(…) debe prestarse atención a la cuestión esencial de la solución de las controversias que surjan en relación con la interpretación y la aplicación de la nueva convención sobre el derecho del mar. La convención sólo sería aceptable si estableciera un sistema o sistemas de solución pacífica obligatoria de las controversias, y comparte la opinión de El Salvador en el sentido de que se trata de una condición *sine qua non*. Esto no significa, naturalmente, que haya de haber un solo procedimiento para la solución de todas las controversias...”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 34rd plenary meeting, p. 141, para. 30. A/CONF.62/ SR.34.

<sup>23</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 32th plenary meeting. p. 131, para. 49. A/CONF.62/ SR.32.

<sup>24</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 33rd plenary meeting, p. 138, para. 58. A/CONF.62/ SR.33.

<sup>25</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 34rd plenary meeting, p. 141, para. 28. A/CONF.62/ SR.34. La última línea del pensamiento de la delegación de los Países Bajos, en relación a la necesidad de establecer un sistema obligatorio, aunque flexible de solución de controversias, formó parte de las declaraciones de Monnier (Suiza), que expresó “(…) His

Entre las declaraciones destacadas, fue la delegación de Francia la primera en proponer, públicamente en el plenario, la necesidad de contar con un sistema que contemple la especialidad del derecho del mar. En convincentes palabras, Jeannel expuso:

“(…) No existe reglamentación a la que puede darse una interpretación única, sobre todo a lo que hace al modo de su aplicación. En consecuencia, es esencial proporcionar los medios para el arreglo de las controversias [que en el ámbito interno] la realizan los tribunales que tienen una jurisdicción general y exclusiva a la que nadie puede escapar. Sin embargo, la adopción de una solución análoga en el plano internacional es claramente incompatible con la soberanía de los Estados. Por otra parte, los Estados podrían estar dispuestos a someter determinadas controversias a un procedimiento de arreglo obligatorio. La Conferencia debe apartar la idea de un tribunal con jurisdicción general y pensar en términos de una serie de procedimientos establecidos *ratione materiae*. Una solución así tendría la ventaja de que permitiría recurrir a expertos calificados que, con toda probabilidad, considerarían los casos objetivamente, puesto que lo harían desde un punto de vista técnico y, por lo tanto, no se correría el riesgo de que las decisiones se basaran en consideraciones ajenas a la controversia”<sup>26</sup>.

No obstante lo anterior la posición francesa fue, de hecho, una de las más conservadoras en materia de solución de controversias. En debates posteriores, De Lacharriere llegó a señalar que el nuevo derecho del mar crearía innumerables ocasiones de controversias y que, al mismo tiempo, la jurisdicción internacional debía de carácter auxiliar, limitada y excepcional, a la luz de la idea de soberanía estatal, depositando su confianza en el arbitraje y en desmedro de la posibilidad de incluir un tribunal internacional con competencia general, al sostener que “(…) un tribunal

---

delegation shared the view that the system for the settlement of disputes concerning the new convention as a whole should be flexible, in view of the complexity of the problems to be solved, but mandatory”. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 35th plenary meeting, p. 144, para. 20. A/CONF.62/ SR.35.

<sup>26</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 37th plenary meeting, p. 155, para. 28. A/CONF.62/ SR.37.

constituido de antemano, por mejor escogido que pueda parecer en abstracto, corre el fuerte riesgo, al surgir un diferendo concreto, de resultar un tribunal mal constituido, recusado o en todo caso, sin prestigio moral”<sup>27</sup>.

Posiblemente, por tratarse de una de las declaraciones más tardías en los primeros pasos de la III Conferencia, el delegado japonés Ogiso sintetizó gran parte de los aportes realizados por los gobiernos anteriores y atribuyó una gran importancia al establecimiento de un sistema satisfactorio al afirmar que:

“(…) Naturalmente, la Corte Internacional de Justicia desempeñará un papel importante [en la aplicación e interpretación uniforme del nuevo régimen], pero habida cuenta de la naturaleza diversa y frecuentemente técnica de los problemas del mar, podría resultar necesario establecer tribunales o comisiones especiales ante los cuales los Estados estarían obligados a plantear sus controversias y cuyas decisiones serían obligatorias para las partes en ella”<sup>28</sup>.

Finalmente, los avances más significativos de las consultas officiosas del año 1974 se encuentran sintetizados en la presentación del documento provisional elaborado por Galindo Pohl (El Salvador), registrado como “A./CONF.62/L.7”. El texto contenía algunos pocos pero importantes puntos de debate como, por ejemplo: 1) la eficacia de la solución pacífica de controversias a fin de evitar presiones políticas y económicas; 2) la búsqueda de cierta uniformidad para la posterior interpretación de la convención; 3) el reconocimiento de la utilidad de los medios de solución de

---

<sup>27</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 59th Plenary meeting, p. 13, para. 2-4. A/CONF.62/SR.59.

<sup>28</sup> “Japan attached great importance to the establishment of a satisfactory procedure for compulsory settlement of any disputes which might arise out of the interpretation or application of the new convention. The duty of States to submit such disputes either to arbitration or judicial settlement should be clearly formulated in order to ensure that the newly established regime would be interpreted and applied uniformly and in a fair and just manner around the world. The International Court of Justice should naturally have a major role in that respect, but in view of the diverse and often technical nature of the problems of the sea, there might be a need to establish special tribunals or commissions to which States would be obliged to submit disputes and whose decisions would be binding on the parties to a dispute”. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 41st plenary meeting, p. 182, para. 54. A/CONF.62/ SR.41.

carácter obligatorios, sin perjuicio de las excepciones que deban determinarse cuidadosamente; y 4) la convicción de incluir, como parte integrante esencial de la convención, al sistema de solución de controversias. En ese sentido, la última aclaración intentó evitar el establecimiento de un protocolo facultativo como el adoptado en la Convención de Ginebra de 1958, que no sólo sería ineficaz, sino que constituiría un obstáculo para la ratificación y la firma de la futura convención. En relación a las excepciones, Galindo Pohl afirmó:

“(...) No es menos cierto que, aún si se adopta el principio de jurisdicción estricta, quedarán algunos obstáculos insalvables, particularmente los relacionados con los elementos constitutivos y esenciales de los Estados. Por ello, entre las excepciones a la jurisdicción obligatoria figuran las cuestiones directamente relacionadas con la integridad territorial de los Estados. De otro modo, la convención iría demasiado lejos y podría retraer a numerosos Estados de su ratificación y aún de su firma. Pero la ausencia de jurisdicción obligatoria en esos casos deja intacto el uso de medios no obligatorios de solución pacífica... todos esos problemas han de ser examinados con todo el cuidado que su complejidad exige...”<sup>29</sup>.

El 18 de abril de 1975, el Presidente de la III Conferencia informó los avances realizados por los distintos grupos de trabajo. En estricta relación a la solución de disputas declaró que, hasta ese momento, las cuestiones más controvertidas fueron: la preparación de un sistema de jurisdicción obligatorio respecto de todas los asuntos relativos a la futura convención y la creación de un tribunal del mar; las relaciones entre los procedimientos especiales y el mecanismo general; la pluralidad de jurisdicciones; la jurisdicción nacional exclusiva sobre la ZEE; las cuestiones de delimitación y el establecimiento de un procedimiento obligatorio de conciliación<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. I, Summary Records of Plenary Meetings 51st plenary meeting, pp. 213-214, para. 7-13. A/CONF.62/SR.51.

<sup>30</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. IV, 54th Plenary Meeting, pp. 13-15, para. 26 y 49. A/CONF.62/SR.54.

Sin embargo, cabe destacar que algunos aspectos de la solución de controversias fueron tratados en otras comisiones como, por ejemplo, aquella dedicada al régimen de los fondos marinos. De este modo, se encuentran vinculaciones sutiles y otras más directas como la formulada por Knoke (República Federal de Alemania), para quien los fondos marinos iban a provocar disputas e intereses que, sumadas a las condiciones particulares de la explotación de los recursos y la importancia de las inversiones, era indispensable contar con un órgano encargado de interpretar la futura convención, aunque aún era pronto para saber si ello debía confiarse a una institución existente o caso contrario, crearla para la ocasión<sup>31</sup>.

Asimismo, en ocasión de tratar el concepto de plataforma y su delimitación, resulta útil destacar las manifestaciones de Araim (Iraq), que señala la necesidad de un mecanismo de arreglo de disputas para la interpretación y aplicación de la futura convención<sup>32</sup>.

El sistema de solución de controversias también fue referido, indirectamente en las sesiones sobre el régimen internacional para los fondos marinos y océanos, por Thomas (Trinidad y Tobago) al considerar la importancia de establecer un dispositivo de carácter no-permanente, que actúe con celeridad. Para ello propuso la elaboración de listas de expertos, economistas, juristas, expertos laborales y financieros, a quienes se debía recurrir según las necesidades<sup>33</sup>, mientras que Ratiner (Estados Unidos) manifestó, en la misma sesión, el carácter indispensable de un tribunal del mar (que posteriormente adoptó el diseño de la Sala de los Fondos Marinos), con competencia exclusiva, que resuelva controversias mediante un procedimiento eficaz y obligatorio, con competencia para examinar todas

---

<sup>31</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. II, Summary records of meetings of the First Committee 4th meeting, p. 16, para. 39. A/CONF.62/C.1/SR.4.

<sup>32</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. II, Summary records of meetings of the Second Committee 19th meeting, p. 159, para. 47. A/CONF.62/C.2/SR.19

<sup>33</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. IV, 21st meeting of the First Committee, p. 60, para. 9. A/CONF.62/C.1/SR.21.

las actividades relevantes de la Autoridad<sup>34</sup>. Lauterpacht (Australia) coincidió en gran parte con Ratiner, aunque sostuvo que su delegación no se oponía al establecimiento de un sistema arbitral en sustitución de la vía judicial<sup>35</sup>.

## *II.2) El debate del proyecto de artículos y las excepciones a la solución de controversias:*

A finales de marzo de 1976, el Presidente Amerasinghe resumió los principales progresos realizados por la Conferencia en un Memorándum, destacando: 1) la obligación general de arreglo de controversias por medios pacíficos; 2) conciliación; 3) la relación entre los procedimientos generales y especiales; 4) la elección de foro; 5) los procedimientos de apelación; 6) el asesoramiento de expertos; 7) el acceso a los tribunales; 8) funciones y composición del tribunal de derecho del mar; y 9) las excepciones<sup>36</sup>.

Respecto de las excepciones advirtió, prontamente, que era necesario conciliar las opiniones extremas y opuestas de los distintos Estados en relación a si ciertas controversias generadas en la ZEE debían quedar sometidas a procedimientos obligatorios de solución de controversias, adelantando que no se trataba de una mera cuestión procesal o marginal, sino de un problema de fondo a resolver mediante el consenso<sup>37</sup>.

Al organizarse los trabajos de la III Conferencia para ese año, Amerasinghe manifestó que no habría debates generales sobre los textos únicos oficiosos de negociación en ese período proponiendo, para las tres Comisiones Principales y a criterio de sus Presidentes, decidir los

---

<sup>34</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. IV, 21st meeting of the First Committee, p. 61, para. 11-14 y 20. A/CONF.62/C.1/SR.21.

<sup>35</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. IV, 22nd Meeting of the General Committee, pp. 69-70, para. 41. A/CONF.62/C.1/SR.22.

<sup>36</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, Memorandum by the President of the Conference on document A/CONF.62/WP.9, pp. 122-124. A/CONF.62/WP.9/Add.1.

<sup>37</sup> *Ibidem*, para. 31-34.

procedimientos que las circunstancias ameriten en cada una de ellas<sup>38</sup>. En relación a las negociaciones sobre la solución pacífica de controversias, advirtió que no se había realizado un debate general sobre la cuestión en la Segunda y la Tercera Comisión y entendió útil asignar los días necesarios para su realización<sup>39</sup>.

La intervención de Arias Schreiber (Perú) resulta de interés ya que deseaba conocer el modo en que se trataría el asunto titulado “Utilización con fines pacíficos del espacio oceánico: zonas de paz y seguridad”<sup>40</sup>. Sin embargo, Amerasinghe informó que no era aún el momento de examinar el mismo, postergando su debate para una instancia posterior<sup>41</sup>, dejando traslucir un aspecto que entiendo de vital importancia: comprender la esencia de algunas excepciones y sus consecuencias.

El 6 de mayo de 1976, el Presidente de la Conferencia sintetizó los progresos alcanzados en el texto informal de negociación, que en pocos días tuvo significativos avances<sup>42</sup>. Según Falcón Briceño, delegado de Venezuela,

---

<sup>38</sup> Asimismo, sugirió que procedan artículo por artículo, y que las objeciones o propuestas se presenten como enmiendas oficiosas, sin consistir necesariamente en términos legales impecables, pero sí en forma clara y precisa, para su posterior utilización en la etapa apropiada. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 14th meeting of the General Committee, p. 77, para. 1-5. A/CONF.62/BUR/SR.14.

<sup>39</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 14th meeting of the General Committee, p. 78, para. 12. A/CONF.62/BUR/SR.14.

<sup>40</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 14th meeting of the General Committee, p. 79, para. 32-33 y 39. A/CONF.62/BUR/SR.14.

<sup>41</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 15th meeting of the General Committee, p. 81, para. 14 y 39. A/CONF.62/BUR/SR.15.

<sup>42</sup> En detalle, surge que “(...) At its 65th meeting on 12 April 1976 the Conference authorized the President to prepare a new single negotiating text, on the subject of settlement of disputes, which would have the same status and character as arts I, II and III of A/CONF.62/WP.8. It was understood that the new document would be informal in character, would not prejudice the position of any delegation and would not presume to present any negotiated text or accepted compromise. It would be a procedural device providing a basis for later negotiations. It would in no way affect proposals already made by delegations or their right to submit amendments or new proposals. In preparing the new text contained in

ese documento fue un instrumento oficioso de trabajo que reflejó el criterio de los tres Copresidentes del grupo durante los períodos de Caracas y Ginebra, con el objeto de reflejar las tendencias principales en esta materia. Su preparación no adoptó una decisión respecto del arreglo de controversias sino que constituyó, simplemente, un elemento de juicio que auxilió en la elaboración de un texto útil para futuras negociaciones, con posibilidad de aprobarlo en la medida que las delegaciones lo consideren conveniente<sup>43</sup>.

En este borrador aparece, en su artículo 18, las excepciones al sistema de solución de controversias, incluyendo sus requisitos de aplicabilidad, restricciones, declaraciones y eventual derivación hacia otros métodos de arreglos. Se trata de los primeros intentos de disposición en materia de excepciones facultativas al sistema de solución de controversias, incluyendo aquellas con fundamento en actividades militares. Concretamente, el proyecto reconoció que la Parte Contratante, al ratificar la convención o expresar su consentimiento en obligarse, podía declarar que rechazaba todos o algunos de los procedimientos respecto de una o más categorías y, específicamente concerniente a las actividades militares, incluía las realizadas por buques y aeronaves nacionales dedicadas a servicios no comerciales, sin perjuicio de entender que los actos cumplidos en observancia de la futura convención no serían considerados como actividades militares, empleando los siguientes términos:

“1. Nothing contained in the present Convention shall empower any Contracting Party to submit to the dispute settlement procedures provided for in the present Convention any dispute in relation to the exercise of sovereign rights, exclusive rights or exclusive jurisdiction of a coastal State, except in the following cases:

(a) when it is claimed that a coastal State has violated its obligations under the present Convention by interfering with the freedom

---

what is to be regarded as Part IV the President has taken into account all views expressed, especially during the general debate in the Plenary which had the benefit of A/CONF.62/WP.9 as a basis for its discussion. Account has also been taken of relevant provisions contained in Parts I, II, and III, in so far as was possible due to the fact that these were undergoing revision, and the several suggestions submitted by the groups and delegations”. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, Informal single negotiating text (part IV). A/CONF.62/WP.9/Rev.1/Corr.1.

<sup>43</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, pp. 41-42, para. 74-75. A/CONF.62/SR.62.

of navigation or overflight, the freedom to lay submarine cables or pipelines or by failing to give due regard to any substantive rights specifically established by the present Convention in favour of other States;

(b) when it is claimed that any other State, when exercising the aforementioned freedoms, has violated its obligations under the Convention or the laws and regulations enacted by a coastal State in conformity with the present Convention; or

(c) when it is claimed that a coastal State has violated its obligations under the present Convention by failing to apply international standards or criteria established by the present Convention or by a competent international authority in accordance therewith, which are applicable to the coastal State and which relate to the preservation of the marine environment, provided that the international standards or criteria in question shall be specified.

2. When ratifying the present Convention, or otherwise expressing its consent to be bound by it, a Contracting Party may declare that it does not accept some or all of the procedures for the settlement of disputes specified in the present Convention with respect to one or more of the following categories of disputes:

(a) disputes concerning sea boundary delimitations between adjacent or opposite States, or those involving historic bays or titles, provided that the State making such a declaration shall indicate therein a regional or other third party procedure, entailing a binding decision, which it accepts for the settlement of these disputes;

(b) disputes concerning military activities, including those by government vessels and aircraft engaged in non-commercial service, it being understood that law enforcement activities pursuant to the present Convention shall not be considered military activities; and

(c) disputes in respect of which the Security Council of the United Nations, while exercising the functions assigned to it by the Charter of the United Nations, determines that specified proceedings under the present Convention interfere with the exercise of such functions in a particular case.

3. If the parties to a dispute are not in agreement as to the applicability of paragraphs 1 or 2 to a particular dispute, this preliminary question may be submitted for decision to the forum having jurisdiction under articles 9 and 10 of this Chapter by application of a party to the dispute.

4. A Contracting Party, which has made a declaration under paragraph 2, may at any time withdraw it.

5. Any Contracting Party which has made a declaration under paragraph 2 shall not be entitled to invoke any procedure excepted under

such declaration in relation to any excepted category of dispute against any other Contracting Party.

6. If one of the Contracting Parties has made a declaration under paragraph 2 (a) any other Contracting Party may refer the dispute to the regional or other third-party procedure specified in such declaration”<sup>44</sup>.

Durante el desarrollo de la vigésima Sesión, Amerasinghe expresó que el último documento de trabajo, como texto único, era consecuencia de un análisis e intercambio de ideas que incluyó los debates officiosos, comentarios y sugerencias realizados por los distintos grupos de delegaciones<sup>45</sup>.

A pesar del aparente progreso, la cuestión de la solución pacífica de controversias era un asunto que aún se encontraba lejos de obtener el consenso, tal como lo evidenció Driss, representante de la delegación de Túnez<sup>46</sup> y también Peacock (Australia), quien reconoció el impulso del texto único, aunque agregó que no tenía sentido afirmar que el mismo sólo requiriera detalles para merecer la aceptación general ya que, afirmó, algunas propuestas escondían divisiones importantes de opinión que debían zanjarse para poder llegar a un acuerdo<sup>47</sup>.

En la 58ª sesión, Galindo Pohl (El Salvador) destacó la necesidad de que la futura convención incluyese un capítulo sobre solución de controversias con fundamento en que la creación de normas internacionales requiere ser acompañada por medios que aseguren su aplicación ya que, de lo contrario, se contribuiría a eternizar las disputas interestatales y alargar

---

<sup>44</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, Informal single negotiating text (part IV), p. 190. A/CONF.62/WP.9/Rev.1

<sup>45</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 20th meeting of the General Committee, p. 92, para. 3. A/CONF.62/BUR/SR.20.

<sup>46</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 20th meeting of the General Committee, p. 95, para. 38. A/CONF.62/BUR/SR.20.

<sup>47</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 57th Plenary meeting, p. 5, para. 30. A/CONF.62/SR.57. En idéntico sentido se expresó Valencia Rodríguez (Ecuador), al manifestar que cada Estado ha sostenido su posición y que será necesario de muchas enmiendas a los textos. *Ibidem*, p. 6, para. 47.

las tensiones. Agregó, asimismo, que la principal cuestión debatida continuaba (respecto de la creación de un tribunal internacional especializado), alegando que:

“(…) en lo relativo al derecho del mar, tal vez haya llegado el momento de desarrollar el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas mediante la selección anticipada de medios concretos y pertinentes para el arreglo de controversias... La experiencia ha demostrado que el tipo y composición del tribunal debe formar parte integrante de la aceptación de idea de ese tribunal... para obtener el apoyo más amplio posible, debe darse a los Estados latitud para escoger el tipo de tribunal, aún cuando ésta no sea la mejor solución desde el punto de vista jurídico. También es esencial que, en circunstancias determinadas, las resoluciones del tribunal del derecho del mar, de la Corte Internacional de Justicia, de los tribunales de arbitraje o de las organizaciones internacionales sean de cumplimiento obligatorio, aunque no todas las controversias deban someterse a una jurisdicción obligatoria”<sup>48</sup>.

El delegado de Australia, Harry, sostuvo que “(…) el método de arreglo es de la incumbencia de las propias partes, y no debe preverse elemento alguno de jurisdicción u arreglo obligatorio”<sup>49</sup> y agrega, respecto de las excepciones, que el problema más difícil era “(…) las categorías que las partes serían libres de exceptuar de un sistema de arreglo obligatorio. Si las excepciones son demasiado numerosas, o están formuladas en términos muy amplios, el sistema perdería valor...”<sup>50</sup>. Sobre este último punto, Galindo Pohl intervino con valiosas aclaraciones al afirmar:

“(…) debe tenerse muy en cuenta la utilización de un lenguaje que describa de manera precisa la situación concreta y evite términos generales y abstractos, puesto que, de lo contrario, se dejaría una laguna por medio de la cual los Estados podrían eludir el cumplimiento de sus obligaciones. Además, las excepciones deben referirse, únicamente, a la jurisdicción obligatoria y no a otros medios de arreglo de controversias...”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 58th Plenary meeting, pp. 8-9, para. 2-7. A/CONF.62/SR.58.

<sup>49</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 58th Plenary meeting, p. 9, para. 13. A/CONF.62/SR.58.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 10, para. 18.

<sup>51</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 58th Plenary meeting, p. 9, para. 9. A/CONF.62/SR.58.

Entre las delegaciones que se mostraron a favor de las excepciones, Kozyrev (URSS) justificó su necesidad en algunas categorías, aunque manifestó que aquellas no debían incluir “(...) las controversias que surjan del ejercicio de facultades discrecionales por parte de un Estado ribereño en virtud de su competencia reglamentaria y de aplicación con arreglo a la Convención”<sup>52</sup>. Por su parte, el delegado Beeby (Nueva Zelanda) sostuvo una interesante y moderada interpretación para aceptar a las actividades militares que incluyó, en su declaración, algunas consideraciones aplicables a la ZEE:

“(...) si se hacen demasiadas excepciones... tanto el sistema como los artículos pertinentes del derecho sustantivo pueden verse gravemente debilitados. Además, la insistencia en excepciones concebidas para la protección de un único interés puede hacer mucho más difícil el logro de un consenso negociado sobre los artículos sustantivos. Si ha de haber excepciones...deben ser lo más restringidas posible e introducirse únicamente por motivos muy poderosos. En lo referente a la excepción propuesta para controversias relativas a las actividades militares...la mayor parte de estas se plantearían como resultado de alguna acción llevada a cabo por un buque o aeronave estatal... que deben seguir exentos de la jurisdicción nacional... la excepción propuesta en relación con las controversias ocasionadas por actividades llevadas a cabo, exclusivamente, en la zona económica está mal concebida, puesto que los Estados ribereños, así como otros Estados, podrían necesitar la protección de un procedimiento de arreglo de controversias... [y] deben conservar un amplio margen de acción en el ejercicio de sus facultades reguladoras y coercitivas”<sup>53</sup>.

Sin embargo, se observan críticas similares a la generalidad del borrador como las formuladas por Knoke (República Federal de Alemania), quien consideró inaceptables los efectos del artículo 18 por cuanto aparta “(...) una parte importante de las controversias más probables... del procedimiento de arreglo, en particular las controversias en que se busca protección jurídica contra una interpretación unilateral de los derechos de

---

<sup>52</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 58th Plenary meeting, p. 11, para. 28. A/CONF.62/SR.58.

<sup>53</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 58th Plenary meeting, pp. 11-12, para. 35. A/CONF.62/SR.58.

los Estados ribereños en relación con otros Estados”<sup>54</sup>. No obstante lo anterior, en su declaración omitió toda mención a las actividades militares<sup>55</sup>.

Monnier (Suiza), destacó la importancia de un sistema de arreglo flexible y obligatorio a la luz de la ampliación de las competencias estatales y la reducción de los espacios de libertad, aunque insistió en que el borrador no respondía a estos requisitos, ya que:

“(…) toda vez que trata de prever una variedad de posibles cuestiones litigiosas... sería mejor y más práctico... el recurso a procedimientos conocidos y de eficacia probada... negociaciones diplomáticas... conciliación...o que esta no lograrse el resultado deseado, la controversia debería llevarse a la Corte Internacional de Justicia... [que] ha producido una jurisprudencia importante en materia de asuntos marítimos... no parece necesaria la creación de un nuevo tribunal ni de comités de expertos dotados de atribuciones que parecen sobrepasar las de un órgano consultivo”<sup>56</sup>.

En uno de los análisis más concisos y contundentes, Pinto (Sri Lanka) declaró que el borrador intentó combinar aspectos esenciales de los distintos métodos propuestos, reconociendo los siguientes principios básicos: 1) la obligación de solucionar las controversias por medios pacíficos; y 2) el intercambio de opiniones antes y después del intento de arreglo, con una solución prevista de carácter residual, obligatoria y vinculante. El jurista señalado observó, en criterio que comparto, que el problema más difícil del documento fue intentar aplicar el sistema “a todo tipo de controversias”<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 58th Plenary meeting, p. 12, para. 37. A/CONF.62/SR.58.

<sup>55</sup> Idéntica posición adoptó Logan (Reino Unido). Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 59th Plenary meeting, p. 15, para. 17. A/CONF.62/SR.59.

<sup>56</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 59th Plenary meeting, p. 15, para. 21-23. A/CONF.62/SR.59.

<sup>57</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 59th Plenary meeting, pp. 16-17, para. 35-38. A/CONF.62/SR.59.

El principio general del respeto a la autonomía de los Estados, conciliado con un sistema o mecanismo supletorio convencional y su alcance de modo que obtenga un equilibrio de los intereses en juego, fue el aspecto central de la declaración realizada por Elsa Kelly (Argentina). La posición inicial de la delegación fue no apoyar el establecimiento de mecanismos o procedimientos especiales que resuelvan las controversias en forma definitiva y obligatoria, aunque manifestó aceptar la eventual creación de un tribunal de derecho del mar para encargarse de las controversias suscitadas en la zona internacional de los fondos marinos, reservando los demás asuntos a la C.I.J.<sup>58</sup>.

Fergo (Dinamarca), alegó que las discrepancias no debían dar origen a controversias graves y, respecto del borrador, señaló que “(...) todo el sistema de procedimiento de arreglo es excesivamente complejo” y que era necesario prever soluciones expeditivas y oficiosas a fin de no ocasionar gastos innecesarios a los gobiernos. También, apoyó la creación de un tribunal permanente para resolver las disputas relativas a los fondos marinos y su subsuelo<sup>59</sup>.

Por otra parte Chile, a través de Zegers, sostuvo que los procedimientos de solución arbitral o judicial de carácter obligatorios debían aplicarse únicamente a las controversias en espacios marítimos no sometidos a jurisdicción nacional y que la creación de un tribunal de derecho del mar era una idea positiva que debía coexistir con otras jurisdicciones, otorgándole prevalencia en asuntos de competencia obligatoria, de presentarse desacuerdo entre las partes<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 59th Plenary meeting, pp. 16-18-19, para. 46-53. A/CONF.62/SR.59.

<sup>59</sup> Sin embargo, consideró que el alcance de las excepciones previstas en el artículo 18 del borrador eran demasiado amplias y que ello podría obstaculizar la aceptación de la futura convención por su país. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 59th Plenary meeting, p. 19, para. 54-59. A/CONF.62/SR.59.

<sup>60</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 59th Plenary meeting, pp. 19-20, para. 63-66. A/CONF.62/SR.59.

Goerner (República Democrática Alemana) bregó por un sistema acorde a los artículos 2 y 33 de la Carta en el que los Estados elijan los medios pacíficos de su elección que estimen adecuados. Cabe destacar que este representante fue el primero en confirmar, oficialmente en las actas de la III Conferencia, la existencia de la *fórmula Montreux*, aunque intentó eliminar la propuesta del Tribunal Internacional del Mar, al declarar que “(...) no hay ninguna razón para establecer un nuevo órgano de controversias con competencia amplia. Para estos fines existe ya la Corte Internacional de Justicia...”<sup>61</sup>.

Una peculiar situación se presentó en la declaración de Riphagen (Países Bajos), quien se expresó también en nombre de Bélgica y Luxemburgo. En su interpretación destacó que el arreglo de diferendos no constituye una rama separada del derecho internacional, sino que está vinculada con normas fundamentales de distintas esferas de este. En ese sentido, subrayó que la aparición de nuevos conceptos para el derecho del mar tornaba necesariamente complicado el sistema de arreglo de controversias, ante la imposibilidad de contar con una solución simple y uniforme para la infinita variedad de potenciales situaciones<sup>62</sup>.

Zea (Colombia), consideró indispensable que el arreglo de controversias integrara la futura Convención, previendo un sistema flexible, dinámico y eficaz. Agregó que merecía examinarse la idea de una jurisdicción especializada a fin de obtener una “jurisprudencia unificada”, aunque sugirió la creación, dentro de la C.I.J., de una sala especializada en derecho del mar. En relación a las excepciones, consideró que “(...) todo aquello que corresponda de manera inequívoca a la soberanía de un Estado, no puede ser sometido ante tribunales internacionales. Las disposiciones

---

<sup>61</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 59th Plenary meeting, pp. 19-20, para. 69-73. A/CONF.62/SR.59.

<sup>62</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, pp. 21-22, para. 1-4. A/CONF.62/SR.60. Asimismo, realizó valiosas consideraciones sobre la eventual adopción de medidas provisionales. *Ibidem*, p. 22, para. 7-8

pertinentes de la convención deben ser muy claras, pues de otra manera surgirían los pretextos para evitar la aplicación de la justicia...”<sup>63</sup>.

Por su parte, Martín Herrero (España), expresó lo valioso que era, para el desarrollo pacífico de los pueblos, contar con un sistema de arreglo en la convención, aunque recalcó:

“(…) deben quedar sometidas al arreglo judicial obligatorio no sólo las controversias entre Estados que surjan en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, sino también las que nazcan dentro de zonas de jurisdicción estatal. Si se limita la jurisdicción obligatoria internacional a las controversias nacidas en zonas no sujetas a la jurisdicción estatal, resultará que se está vaciando de la mayor parte de su función al arreglo jurisdiccional internacional...”<sup>64</sup>.

Posiblemente, una de las declaraciones con mayor contenido geopolítico y fundado en las relaciones internacionales se encuentra en las palabras de Lai Ya-li (China), quien manifestó que las superpotencias, en evidente alusión a los Estados Unidos y la entonces URSS, se esforzaban en debilitar y restringir, por todos los medios, los legítimos derechos de los demás Estados para mantener obstinadamente su hegemonía marítima. En efecto, afirmó –a mi entender, contradictoriamente o empleando el arte de la retórica– que estas potencias eran capaces de debilitar el procedimiento de solución de controversias y agregó, al respecto, que:

“(…) los Estados deben arreglar sus controversias mediante la negociación y las consultas, en pie de igualdad y respetando su soberanía e integridad territorial. Los Estados pueden optar por otros medios, pero obligar a un Estado a aceptar sin condiciones una jurisdicción internacional resulta contrario al principio de soberanía estatal”<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, pp. 22-23, para. 14-18. A/CONF.62/SR.60.

<sup>64</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, p. 23, para. 20-23. A/CONF.62/SR.60.

<sup>65</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, p. 24, para. 26. A/CONF.62/SR.60. Esta delegación solicitó que las disposiciones sobre solución de controversias no se incluyeran en la futura convención, sino en un protocolo separado. *Ibidem*, p. 24, para. 28.

Varvesi (Italia) expresó que su delegación prefería utilizar las negociaciones y la conciliación de modo previo al método judicial, aunque reconoció a este último su carácter de garante indispensable para la seguridad de las relaciones internacionales. No obstante, entendió que el mecanismo de solución de controversias negociado debía sustentarse en tres principios rectores: 1) que formara parte integrante de la futura convención; 2) que reviste carácter obligatorio; y 3) que presente una simpleza y practicidad de adaptación que impida su retardo o evasión<sup>66</sup>.

La preferencia en establecer una jurisdicción obligatoria fue también aceptada, aunque con objeciones, por Ruivo (Portugal), promoviendo un mecanismo que contemplara las negociaciones directas, el arbitraje y los procedimientos especiales para los asuntos de pesquerías, contaminación e investigación científica marina, así como la eventual creación de un tribunal para el derecho del mar. Su principal resistencia se encontraba en la posibilidad que entidades distintas a los Estados pudieran acceder a los procedimientos de arreglo. En relación a las excepciones dispuestas en el artículo 18 del borrador, el funcionario referido declaró que su delegación se encontraba dispuesta a adoptar un conjunto de disposiciones menos detalladas a fin de obtener rápidamente un acuerdo, aunque resaltó el establecimiento de reuniones periódicas una vez finalizada la III Conferencia, con el objeto de examinar problemas comunes<sup>67</sup>.

A pesar de no ser partidario de las excepciones, Jacovides (Chipre) reconoció su necesidad a fin de obtener el mayor apoyo de las delegaciones. Por ello alegó que debían ser limitadas al mínimo, ya que los asuntos excluidos de todo sometimiento a un tercero podían generar enfrentamientos políticos, económicos e incluso, militares<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, p. 24, para. 29-33. A/CONF.62/SR.60.

<sup>67</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, p. 25, para. 38-41. A/CONF.62/SR.60.

<sup>68</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, p. 26, para. 47-49. A/CONF.62/SR.60.

Sucharitkul (Tailandia) advirtió que los nuevos procedimientos y mecanismos para la solución de controversias especializadas no hacían más que sumarse a los regímenes existentes del arreglo judicial o arbitral y que “(...) el consentimiento del Estado sigue siendo la base de los procedimientos internacionales, aún cuando puedan variar los medios para indicar ese consentimiento”. Asimismo, sostuvo que la concurrencia de jurisdicciones mejoraría la calidad de las decisiones y que las partes optarían, con probabilidad, por el sistema que considere mejor y que más confianza le inspire agregando, respecto de las excepciones, la necesidad de limitarlas con fundamento en la naturaleza de las controversias o en la condición de las partes, para facilitar el acuerdo y la participación de los Estados y evitar, así, un sistema de solución de controversias ilusorio<sup>69</sup>.

La delegación de Japón, representada por Fujisaki, alegó que el establecimiento del mecanismo arreglo y su aplicación no sólo era de análoga importancia a los artículos sustantivos de la futura convención, sino esencial a esta misma. En relación a las excepciones adujo que eran inaceptables y, finalmente, reconoció la necesidad de contar con un sistema que contemple procedimientos especiales, aunque se opuso a la idea de crear un Tribunal del Mar, debido a la potencial duplicación de funciones con la C.I.J.<sup>70</sup>.

En una postura coherente desde el inicio de la III Conferencia, Wolf (Austria) subrayó la importancia de un sistema que cuente con un órgano con facultades judiciales obligatorias, debido a los intereses divergentes manifestados por las delegaciones. En ese sentido, expresó su preocupación por la *fórmula Montreux* y las posibles dificultades que afecten a su funcionamiento en caso de adoptarse y bregó, en consecuencia, por una estructura única, que tenga en cuenta los aspectos concretos del nuevo derecho del mar, incluido como parte integrante de la futura convención y no en un protocolo facultativo ya que, en su opinión, “(...) la experiencia

---

<sup>69</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, pp. 26-27, para. 52. A/CONF.62/SR.60.

<sup>70</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, p. 27, para. 54-58. A/CONF.62/SR.60.

demonstró que en tales casos sólo algunos Estados son Parte del protocolo, mientras la mayoría no lo ratifica”<sup>71</sup>.

En relación a la ZEE y las disposiciones de arreglo de controversias mereció comentarios de Andersen (Islandia), quien expresó su preocupación por los problemas que acarrearían los recursos excedentes no explotados por los Estados costeros y las interpretaciones sobre las normas de conservación que, a su criterio, debían asegurar las decisiones adoptadas por estos últimos<sup>72</sup>.

Lee (Corea) consideró que el mecanismo debía garantizar no sólo el arreglo de las controversias, sino también la aplicación uniforme de la futura convención y que ello era posible, solamente, consagrándolo en su mismo texto, sin perjuicio de la eventual creación de un tribunal de derecho del mar. Asimismo, valoró que debía reconocerse el acceso a las organizaciones internacionales y a los particulares, atento al carácter particular del régimen y sus nuevas exigencias, en especial, la referida a la liberación, con prontitud, de un buque detenido<sup>73</sup>. En materia de excepciones, sostuvo que la amplitud del borrador privaba de eficacia a los procedimientos de solución de controversias y añadió que éstas podrían ser formuladas como reservas, de acuerdo al artículo 19 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>74</sup>.

Por su parte, Karasimeonov (Bulgaria), expresó que las instituciones existentes, de acceso sólo para los Estados, resultaban aptas para responder a las necesidades de la comunidad internacional. No obstante, agrega que los procedimientos especiales merecen la aprobación de su delegación, sin perjuicio de alentar la constitución de procedimientos específicos para controversias en materia de navegación, especialmente aquellas referidas a

---

<sup>71</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, pp. 27-28, para. 60-64. A/CONF.62/SR.60.

<sup>72</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, p. 28, para. 65-67. A/CONF.62/SR.60.

<sup>73</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, pp. 28-29, para. 68-72. A/CONF.62/SR.60.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 29, para. 73.

embargos de buques. Cabe destacar que su declaración se aproxima a lo que resultaría, con el tiempo, la esencia del esquema previsto en el artículo 287 de la Convención al expresar que “(...) Los Estados también podrían tener la posibilidad de hacer una declaración en la que, expresamente, acepten un procedimiento determinado que figure en el instrumento de ratificación. A falta de dicha declaración, se supone que el Estado interesado opta por el procedimiento general”<sup>75</sup>.

El mismo funcionario señalado reconoció que las excepciones plantean una cuestión muy compleja ya que estas, interpretó, no debían afectar al delicado equilibrio de los intereses entre el Estado ribereño y los terceros Estados, en particular respecto de las actividades relativas a la ZEE. La postura de su delegación fue permitir “en la medida de lo razonable”, la incorporación de aquellas excepciones necesarias, aunque de modo restrictivo, ya que de aplicarlas a todas las controversias en zonas sujetas a derechos del Estado ribereño, privaría a terceros Estados de hacer respetar las disposiciones que se les hubieran reconocido legítimamente en dichos espacios<sup>76</sup>.

Este último aspecto tiene relación con las palabras de Larsson (Suecia), quien manifestó que ningún Estado podía ser intérprete único del sistema de solución de controversias, ya que ello equivalía a “anular las delicadas transacciones que han sido negociadas cuidadosamente para ofrecer una protección equilibrada de derechos e intereses contrapuestos”. En ese sentido, insistió por un sistema flexible, obligatorio y vinculante que permita un alto grado de uniformidad de interpretación y aplicación, sin perjuicio de recurrir, lo máximo posible, a la C.I.J. para evitar “una pluralidad de jurisprudencia”<sup>77</sup>.

Un particular análisis del estado de las negociaciones formuló Güney (Turquía) para quien primero, debían acordar el fondo de la

---

<sup>75</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 60th Plenary meeting, p. 29, para. 76-79. A/CONF.62/SR.60.

<sup>76</sup> *Ibidem*, para. 80.

<sup>77</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, p. 30, para. 1-6. A/CONF.62/SR.61.

convención y luego, “establecer métodos adecuados y flexibles para la solución de controversias” a fin de asegurar su interpretación y así, evitar crear nuevos órganos judiciales, ya que los Estados no estaban dispuestos a reconocer una jurisdicción internacional obligatoria ni someter las controversias a un arreglo regional. De hecho, declaró que:

“Sólo un tercio de los Estados que son partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia han aceptado su jurisdicción obligatoria, y en ninguno de los tratados aprobados en conferencias celebradas durante el decenio pasado se ha hecho obligatoria su jurisdicción, salvo en un caso de dos artículos que afectaban al *ius cogens*... La historia de las relaciones entre los Estados indica que la negociación... es el medio más común de resolver controversias internacionales y ello ha sido admitido por la Corte Internacional de Justicia en la decisión del asunto *North Sea Continental Shelf*”<sup>78</sup>.

En relación a las excepciones, consideró que debían establecerse en una lista “lo más amplia posible” ya que, en caso contrario, la futura convención no tendría “(...) ninguna posibilidad de éxito”<sup>79</sup>.

Dimitri Mazilu (Rumania) afirmó que el sistema de solución de controversias debía fundarse en las negociaciones de buena fe y complementarse –de mutuo acuerdo, sin descartar un protocolo facultativo–, a los métodos ya existentes con el objeto de aprovechar las “mejoras futuras de los procedimientos arbitrales y judiciales”, aunque sólo correspondería brindar acceso a los Estados<sup>80</sup>.

La posición de los Estados Unidos, a través de Learson, fue demandar un procedimiento obligatorio, eficaz, imparcial y rápido que incluya a la ZEE en sus disposiciones. Asimismo, demostró su beneplácito a la propuesta de crear un tribunal permanente para los asuntos del mar,

---

<sup>78</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, pp. 30-31, para. 7-10. A/CONF.62/SR.61. De hecho, agrega que debía incorporarse a la convención un acuerdo facultativo para establecer la competencia de la C.I.J. como “instancia final”. Ibidem, p. 31, para. 11.*

<sup>79</sup> Ídem.

<sup>80</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, p. 31, para. 13-16. A/CONF.62/SR.61.*

confiando en su contribución para una interpretación congruente y uniforme de la futura convención, sin perjuicio de aceptar variantes en caso de controversias específicas como, por ejemplo, las referidas a los fondos marinos. En materia de acceso, evidenció un criterio pragmático al considerar que debía legitimarse al propietario o armador de un buque embargado para obtener su pronta liberación, en forma directa y mediante un procedimiento sumario<sup>81</sup>.

A criterio de Perisic (Yugoslavia), la solución de controversias estaba llamada a ser la “piedra angular” de la III Conferencia, aunque reconoció la conveniencia de prever el recurso a un tribunal, además de la C.I.J., sin perjuicio del arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucionalizado. Respecto de las excepciones se expresó contrario a ellas, ya que su inclusión “(...) reduciría considerablemente el valor y la eficacia de la convención. Sin embargo... la no inclusión no puede ser aceptable para todos los Estados, [por lo que] cada excepción debe examinarse detenidamente y, de aceptarse, formularse en forma clara; asimismo, su alcance y aplicación deben interpretarse en forma restrictiva”<sup>82</sup>.

Witek (Polonia) se opuso al acceso de los individuos al sistema, aunque manifestó su apoyo al establecimiento de un tribunal para los fondos marinos y la incorporación de procedimientos u órganos especiales para el estudio de controversias referidas a pesquerías, contaminación, investigación científica marina y navegación, entre otros asuntos. Por esta razón, planteó sus dudas al establecimiento de un tribunal permanente especializado en derecho del mar y entendió, asimismo, que el arbitraje y la C.I.J. eran mecanismos generales satisfactorios que no requerían de una revisión, ya que ello sólo dificultaría el sistema de solución de controversias<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, pp. 31-32, para. 17-20. A/CONF.62/SR.61.

<sup>82</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, p. 32, para. 21-27. A/CONF.62/SR.61.

<sup>83</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, pp. 32-33, para. 29-33. A/CONF.62/SR.61.

Respecto a las excepciones afirmó que, en ocasión de vincularse y someterse a la futura convención, los Estados podrían “(...) declarar que no aceptan ciertos procedimientos para determinadas categorías de controversias...”, aunque aclaró su disconformidad con las contenidas en el párrafo 1 y el párrafo 2 (b), que aluden al ejercicio estatal de derechos soberanos del Estado costero, incluyendo su jurisdicción exclusiva; y las referidas a actividades militares, que abarcan a buques y aeronaves dedicados a servicios no comerciales, respectivamente<sup>84</sup>.

La delegación peruana (liderada en aquella sesión por Bákula), consideró que las disposiciones de arreglo debían formar parte integrante de la convención, aunque con carácter supletorio respecto de otros métodos acordados por las partes. Asimismo, opinó que era necesario distinguir los espacios sujetos a la jurisdicción del Estado ribereño de aquellos situados más allá de este, atribuyendo a la competencia del costero la facultad para su resolución en el primer caso<sup>85</sup>.

En relación a la creación de un tribunal permanente especializado como parte del sistema general de solución de controversias, afirmó que este contribuiría a una aplicación uniforme del derecho del mar, incorporando también una mayor celeridad. En ese orden de ideas, agregó que la conformación del tribunal debía contar con una representación geográfica equitativa y que su acceso debía limitarse a los Estados<sup>86</sup>.

El gobierno de Madagascar, representado por Ranjeva, promovió el arbitraje como modo de solución sin desmedro de otros métodos convenidos por las partes, aunque se opuso a la concurrencia de opciones de este junto con la solución jurisdiccional, excepto que se trate de una instancia de apelación que, eventualmente, podría ser ejercida por la C.I.J. en función de

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 33, para. 34.

<sup>85</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, p. 33, para. 36-37. A/CONF.62/SR.61.

<sup>86</sup> Sin embargo, deja a salvo el acceso de particulares respecto de los contratos realizados en relación a los fondos marinos, ya que el fondo de las controversias, interpretó, debían someterse al tribunal del derecho del mar. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, p. 33, para. 38-39. A/CONF.62/SR.61.

tribunal del mar si se realizaran enmiendas a su Estatuto. En materia de excepciones, propuso admitir sólo las comprendidas dentro de la exclusiva competencia del Estado que se trate. En sus propias palabras, expresó:

“En la práctica, las controversias que surjan de una situación o hecho ocurrido en el mar territorial o la zona económica exclusiva de un Estado quedarán comprendidas dentro de la jurisdicción del Estado ribereño, y no en el ámbito del mecanismo para la solución de controversias. Es necesario no desvirtuar el procedimiento... en forma tal que se ponga en peligro la seguridad económica o jurídica del Estado ribereño”<sup>87</sup>.

Por otra parte, Adenij (Nigeria) manifestó que era necesario un procedimiento flexible de arreglo como parte integrante de la futura convención y que su gobierno apoyaría las transacciones que sean necesarias, a condición de que todas sus etapas revistan carácter obligatorio. No obstante lo anterior, independientemente del recurso al arbitraje o la C.I.J., la delegación nigeriana expresó su preferencia a la utilización de esta última en los asuntos concernientes a la interpretación y aplicación de la convención en general, con el objeto de otorgar mayor relieve a aquel órgano de la O.N.U., reservando las controversias originadas en la Zona a un tribunal distinto de carácter permanente. Con relación al proyecto de excepciones, sostuvo que, de aceptarse estas “(...) el efecto general será la disminución de la eficacia del procedimiento de arreglo de controversias. Debe encontrarse alguna forma de proteger los intereses de los Estados ribereños sin viciar todo el sistema...”<sup>88</sup>.

Entre los oradores que advertían dificultades para el establecimiento del sistema de solución de controversias, Saraiva Guerreiro (Brasil) apreció los esfuerzos de Amerasinghe en ejercicio de la presidencia, pero consideró que el proyecto en esta materia se apoyó, principalmente, en las opiniones de potencias marítimas relevantes que impidieron su utilización como base de negociación. En esencia, su delegación planteaba que las controversias originadas en la ZEE debían someterse a la jurisdicción del Estado ribereño,

---

<sup>87</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, pp. 33-34, para. 42-45. A/CONF.62/SR.61.

<sup>88</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, p. 35, para. 57-60. A/CONF.62/SR.61.

sin perjuicio de admitir casos puntuales que habilitaran procedimientos o mecanismos de conciliación arbitrales de carácter no obligatorio<sup>89</sup>.

Nimer (Bahréin), sostuvo que el texto del borrador subsanaba muchas de las “deficiencias de las actuales convenciones relativas al arreglo de las controversias... afectadas desfavorablemente por la falta de voluntad de cooperación... por motivos relacionados con la soberanía” y que las partes en disputa reconocerían, según prevé, la jurisdicción del tribunal del mar, de un tribunal arbitral o de la C.I.J., sin dejar de reconocer para el primero su obligatoriedad en aquellos asuntos originados en la Zona. De este modo, afirmó que la propuesta de Amerasinghe trató de lograr lo que la C.I.J. y su antecesora, la C.P.I.J., no pudieron conseguir en el campo de las relaciones internacionales. En relación a las excepciones sostuvo que debía revisarse, toda vez que su redacción perjudicaba los intereses de Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa<sup>90</sup>.

Una de las declaraciones más interesantes, a pesar de encontrarse en contra de todo procedimiento obligatorio que no sea respecto de los fondos marinos (oponiéndose, incluso, a la creación de un tribunal del mar y los procedimientos especiales), se encuentran en las palabras de Gayan (Mauricio), para quien las controversias de la futura convención se iban a presentar en dos grupos de espacios: 1) la ZEE y la plataforma continental; y 2) las zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional. En relación al primero de ellos, consideró:

“(…) Dado que el Estado ribereño ejerce derechos soberanos en la primera zona, es natural que los tribunales nacionales de dicho Estado sean el único foro competente para el arreglo de controversias que se planteen respecto de dichas zonas. Ese es un principio inherente al concepto básico de la soberanía estatal. El optar por cualquier otro sistema constituiría una incitación a que, por ejemplo, los Estados facultados a participar en la

---

<sup>89</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 61st Plenary meeting, p. 35, para. 61-63. A/CONF.62/SR.61.*

<sup>90</sup> Agregó que la idea de someter a órganos técnicos el arreglo de controversias sobre pesquerías, contaminación e investigación científica marina no resultaba aceptable desde lo procedimental y que, además, los miembros de tales órganos podrían carecer de los conocimientos jurídicos necesarios. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, p. 36, para. 1-6. A/CONF.62/SR.62.*

explotación de los recursos vivos de la zona económica exclusiva de un Estado ribereño hicieran uso abusivo de aquel...podrían hacer comparecer al Estado ribereño cada vez que éste último adoptara medidas dentro de su zona económica exclusiva. Si ello ocurriera se daría origen a tirantezas y resentimientos innecesarios entre Estados vecinos...”<sup>91</sup>.

La propuesta de Nyamdo (Mongolia) destacó la importancia de la labor realizada por la III Conferencia al tratar los asuntos de forma “global” y que la naturaleza del sistema de arreglo debía contar con el consentimiento de las partes para someter la controversia ante el árbitro o tribunal que se convenga. Asimismo, reclamó que sólo los Estados accedan al sistema<sup>92</sup>.

El delegado Kabongo (Zaire), realizó amplias consideraciones sobre la importancia de la III Conferencia en general para, luego, enfatizar que un futuro tribunal del mar debía contar con competencia general para entender en controversias sobre interpretación o aplicación de la futura convención, así como cooperar con los órganos de la O.N.U., entre ellos, la C.I.J.<sup>93</sup>.

Sin embargo, Driss (Túnez) manifestó dificultades para el establecimiento de un sistema único centrado en el tribunal de derecho del mar, entendiendo que una solución podría consistir en recurrir paralelamente, mediante opiniones, a la C.I.J. sin demorar el procedimiento propio, con el fin de asegurar la aplicación e interpretación de la futura convención, toda vez que “(...) la proliferación de órganos jurisdiccionales internacionales sólo complicaría y agravaría las controversias e iría en detrimento de la convención”<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, pp. 36-37, para. 9-12. A/CONF.62/SR.62.

<sup>92</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, p. 37, para. 16-19. A/CONF.62/SR.62.

<sup>93</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, p. 37, para. 24. A/CONF.62/SR.62.

<sup>94</sup> Para esta delegación sólo los Estados debían acceder al sistema. En relación al tribunal del mar, agregó que “(...) podría tener por lo menos dos cámaras, una que se ocupara de asuntos relativos a la exploración y explotación de la zona internacional y otra que entendiera en cuestiones derivadas de la aplicación de la convención...”. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United*

Una postura aparentemente flexible, dispuesta a considerar las distintas alternativas, fue la demostrada por la delegación de Trinidad y Tobago que, en palabras de Ballah, sólo alentaba el sometimiento de la controversia a un tercero en caso de fracasar el procedimiento de negociación, investigación o conciliación. Sin embargo, presentó algunas reservas a conferir jurisdicción obligatoria a la C.I.J. y a los posibles costos que podría generar la constitución de un tribunal del mar con carácter permanente<sup>95</sup>.

La voluntariedad del sistema fue un argumento central que Lovato (Ecuador) esgrimió como carácter general y declaró, asimismo, que los supuestos de jurisdicción obligatoria debían garantizar la aplicación de las leyes, reglamentos y procedimientos del Estado ribereño en espacios sujetos a su soberanía o jurisdicción, impidiendo la jurisdicción compulsiva en estos supuestos. Su posición fue no oponerse a la creación del tribunal del derecho del mar, con jurisdicción obligatoria, para tratar las controversias originadas más allá de las jurisdicciones nacionales respetando, en su composición, las características geográficas y las aspiraciones de los Estados en desarrollo. Sin embargo, se expresó contrario al establecimiento de procedimientos especiales en materia de pesquerías, contaminación e investigación científica<sup>96</sup>.

En una extensa declaración con componentes políticos, Najar (Israel) sintetiza algunos puntos aplicables al sistema de solución de controversias y manifestó su apoyo, con limitaciones, a la inclusión de cláusulas obligatorias en la materia, ya que estimó inútil y perjudicial el establecimiento de un tribunal para el derecho del mar. Por otra parte,

---

*Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, p. 38, para. 29-30. A/CONF.62/SR.62.*

<sup>95</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, pp. 38-39, para. 32-38. A/CONF.62/SR.62.*

<sup>96</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, p. 39, para. 42-47. A/CONF.62/SR.62.*

consideró aceptable la inclusión de procedimientos especiales en asuntos de contaminación e investigación científica<sup>97</sup>.

Por su parte, Prandler (Hungría) indicó que, a criterio de su delegación, los procedimientos de arreglo deben ser un acuerdo global negociado, en simultáneo, con las demás disposiciones de la futura convención. Destacó la conveniencia de un texto suficientemente flexible, a fin de no afectar la libre elección de métodos y medios de las partes, que evite dos peligros extremos: 1) la confianza excesiva en un procedimiento obligatorio estricto, unificado e integral del cual no puede suponerse de aceptación universal; y 2) la inclusión de disposiciones especiales que otorguen excepciones a Estados ribereños, respecto de controversias originadas por el ejercicio de facultades discrecionales, incluyendo las competencias reglamentarias de aplicación con arreglo a la convención<sup>98</sup>.

La incorporación de disposiciones de solución de controversias en el texto de la propia convención fue también solicitada por Rashid (Bangladesh), como componente imprescindible de la estabilidad del nuevo derecho del mar. Del mismo modo, adhirió a las propuestas de establecer un tribunal de derecho del mar con carácter permanente, con la idea de que no afectaría el rol de la C.I.J. como principal órgano judicial de la O.N.U.<sup>99</sup>.

En ese sentido, apoyó un procedimiento obligatorio, aunque flexible, que no eximiese a los Estados de recurrir a los medios pacíficos. En sus propias palabras "(...) las partes deben tener la opción de elegir procedimientos obligatorios sin que les sea permitido substraerse por completo de la obligación de optar". Sin embargo, declaró no encontrarse convencido sobre la implementación de procedimientos especiales ya que, con arreglo a los generales, era posible recurrir a comités técnicos específicos. Agregó, en el final de su declaración, un comentario de interés:

---

<sup>97</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, pp. 39-40, para. 49-55. A/CONF.62/SR.62.

<sup>98</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, pp. 40-41, para. 58-60. A/CONF.62/SR.62.

<sup>99</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, p. 41, para. 63-65. A/CONF.62/SR.62.

la cantidad de excepciones debían mantenerse limitadas con el objeto de no hacerle peligrar el procedimiento<sup>100</sup>.

Jusuf (Indonesia) señaló que el éxito de estas disposiciones dependía, en gran parte, de las transacciones a obtenerse en los temas de interés, considerando cuestiones de soberanía y seguridad. Su Estado no se mostró proclive a una jurisdicción obligatoria ya que, en su propia práctica, recurrió principalmente a la conciliación y, en ocasiones, al arbitraje. En ese sentido, se mostró receptivo a un protocolo facultativo y, eventualmente, aceptar una jurisdicción obligatoria para asuntos relacionados con la plataforma continental, más allá de las jurisdicciones nacionales<sup>101</sup>.

La delegación venezolana, a través de Falcón Briceño, evidenció una posición de resistencia a todo procedimiento que implique la participación de un tercero que conduzca a una decisión obligatoria. También se opuso a la creación de un tribunal especializado, ya que dichas funciones podían ser realizadas por la C.I.J., aunque reconoció la utilidad de implementarlo para las controversias derivadas de la exploración y explotación de los recursos en la Zona<sup>102</sup>.

En oposición al anterior, las observaciones de Baja (Filipinas) alentaron la intervención del tercero y argumentó sobre sus ventajas haciendo suyos los argumentos de la delegación francesa. Asimismo, destacó la necesidad de un procedimiento obligatorio de arreglo dispuesto en el cuerpo de la convención que resulte lo más amplio posible, en términos políticos, aunque sin descartar las negociaciones directas. Respecto de las excepciones dispuestas en el artículo 18 del borrador, consideró que se trata de una salvaguardia que requiere mayores precisiones, afirmando que “no deben ser tan amplias ni numerosas” como para desvirtuar la idea de una jurisdicción obligatoria<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, para. 66-69. A/CONF.62/SR.62.

<sup>101</sup> *Ibidem*, para. 70-72. A/CONF.62/SR.62.

<sup>102</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, p. 42, para. 78-79. A/CONF.62/SR.62.

<sup>103</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, p. 42, para. 81-85. A/CONF.62/SR.62.

En relación a la legitimación y acceso directo, el funcionario filipino manifestó que el sistema debía limitarse a los Estados como regla general y aceptar con limitaciones, sólo en los asuntos originados en la Zona, a antes no estatales, estableciendo para ello una postura favorable a la creación de un tribunal especial para los fondos marinos<sup>104</sup>.

El delegado Lupinacci (Uruguay), declaró que correspondía establecer el principio de obligatoriedad en la propia convención, resguardando la libertad de las partes en la selección del procedimiento y su eventual solución ante la falta de acuerdo. El funcionario agregó que el sistema debía ser flexible, completo y dinámico con plazos determinados cuya estructura, de base jurisdiccional, culmine, según sus palabras "(...) con el sometimiento de la controversia, que no ha podido ser resuelta por procedimientos diplomáticos o conciliatorios, a la decisión judicial". En relación a las excepciones, sostuvo que:

"De nada vale establecer un sistema técnicamente completo si después, mediante reservas a la aplicación de determinados procedimientos jurisdiccionales o respecto de determinadas categorías de controversias que entrañan grave riesgo para la paz, se le transforma en un sistema ineficaz. Deben permitirse algunas reservas, aunque sólo sea para hacer políticamente factible que el mayor número posible de Estados ratifique las disposiciones de que se trata... Dentro de este marco, podrán excluirse del sometimiento... aquellas controversias que surjan del ejercicio de facultades discrecionales por parte de un Estado costero en virtud de la convención"<sup>105</sup>.

Akrum (Surinam), prestó su satisfacción general al texto del borrador y apoyó la creación de un tribunal de derecho del mar que actúe, preferentemente, en caso de no presentarse acuerdo entre las partes de una controversia<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Ídem.

<sup>105</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 62nd Plenary meeting, p. 43, para. 88-90. A/CONF.62/SR.62.

<sup>106</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 63rd Plenary meeting, p. 43, para. 2-6. A/CONF.62/SR.63.

La delegación de Egipto se expresó, mediante Abul-Kheir, a favor de la negociación, la conciliación y el arbitraje, aunque aceptó la constitución de un tribunal especial para las controversias relativas al patrimonio común de la humanidad y la actuación de la C.I.J. en las “cuestiones tradicionales abarcadas por el derecho internacional”, sin perjuicio de los posibles procedimientos especiales en materia de pesquerías, contaminación e investigación científica<sup>107</sup>.

Sibadhi (República Árabe Siria) destacó la necesidad de un sistema de arreglo flexible que privilegie una preeminencia de las negociaciones y la conciliación previas a la solución jurisdiccional. No obstante, reconoció la posible necesidad de recurrir a órganos especializados en asuntos concretos sobre pesquerías, contaminación e investigación científica; y apoyó la idea de un tribunal de derecho del mar, debido a que “(...) las controversias que probablemente surjan abarcarán consideraciones técnicas y científicas, además de jurídicas, y, por lo tanto, se requiere que los jueces tengan ambos tipos de competencia”<sup>108</sup>.

El examen de Malla (Nepal) atribuyó gran importancia al sistema que, en opinión de su delegación, debía formar parte integrante de la convención. En ese sentido, promovió un esquema en el que, fracasada la negociación o conciliación, se disponga de un “(...) juego de procedimientos, que podría ser de carácter general o residual y especializado o funcional, para la solución obligatoria...”. Asimismo, manifestó su aprobación al establecimiento de un tribunal del mar como órgano jurídico de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. En relación a las excepciones, previstas en el artículo 18 del borrador, sostuvo que eran “(...) demasiado amplias y absolutas y, de conservarse en su forma actual, harían que la solución obligatoria de controversias fuese ineficaz, socavando con

---

<sup>107</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 63rd Plenary meeting, p. 44, para. 7-10. A/CONF.62/SR.63.

<sup>108</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 63rd Plenary meeting, p. 45, para. 12-15. A/CONF.62/SR.63.

ello la convención en su conjunto. Los derechos no son jurídicos sino cuando están jurídicamente protegidos”<sup>109</sup>.

Dedicado a la reducción de controversias, Mahmood (Pakistán) alegó por una mayor claridad posible del sistema, a fin de evitar multiplicidad de conceptos que provoquen incertidumbres para los Estados y los órganos judiciales. En lo que respecta a los fondos marinos, apoyó la creación de un tribunal especializado, pero afirmó que las controversias relacionadas a la jurisdicción del Estado ribereño deben quedar comprendidas en el sistema judicial de dicho Estado proponiendo, para las demás, aprovechar la existencia de la C.I.J. y establecer en su composición una sala especializada que podría recibir, en asuntos complejos, el asesoramiento de expertos especializados. Culminó su declaración afirmando la necesidad de su obligatoriedad, sea la C.I.J. o el tribunal de derecho del mar como requisito de eficacia<sup>110</sup>.

Resulta ilustrativo, en muchos aspectos, la declaración de Arvid Pardo, en representación de Instituto Geográfico Internacional, quien abogó por un sistema amplio, flexible y obligatorio, fundamental para el nuevo orden de los mares y océanos. De hecho, observó la esencia de la Convención y su naturaleza negociadora, al sostener que se trata de una “(...) transacción de carácter político entre los distintos intereses nacionales que se perciban, traducida al lenguaje jurídico. Puesto que existen divergencias fundamentales... en torno a cierto número de cuestiones de importancia, a veces sólo será posible llegar a esas soluciones de transacción mediante una deliberada ambigüedad de redacción”<sup>111</sup>.

Sin embargo, afirmó que la excesiva vaguedad del documento y sus disposiciones podrían resultar demasiado avanzadas para el contexto en que iban a aplicarse, al punto de provocar en si mismo posibles controversias e

---

<sup>109</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 63rd Plenary meeting, p. 45, para. 17-18. A/CONF.62/SR.63.

<sup>110</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 63rd Plenary meeting, p. 45, para. 19-21. A/CONF.62/SR.63.

<sup>111</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 63rd Plenary meeting, p. 46, para. 23. A/CONF.62/SR.63.

incluso, impedir la aplicación cabal e imparcial de la futura convención. En relación a las excepciones, sostuvo que los Estados debían reconciliar sus enfoques básicos ya que:

“El documento A/Conf.62/WP.8 tiene también serias lagunas. Las actividades militares realizadas exclusivamente con fines pacíficos en el medio marino ejercen interacciones con otros tipos de utilización del espacio oceánico. Quizá fuera posible evitar, en parte, una categoría peligrosa de posibles controversias introduciendo ciertas aclaraciones acerca de la situación jurídica de las actividades militares extranjeras en zonas de jurisdicción nacional”<sup>112</sup>.

Para Kwon Min Jun (República Democrática Popular de Corea) las controversias planteadas en zonas sometidas a la jurisdicción del Estado costero deben sujetarse a este y sólo corresponde su decisión por un tribunal internacional mediante acuerdo de partes voluntario que le habilite su competencia<sup>113</sup>.

La adopción de procedimientos obligatorios simples y, al mismo tiempo globales, fue la meta declarada por Costello (Irlanda) quien expresó, además, su satisfacción de contar con medios diplomáticos previos a la judicialización de la controversia. Afirmó que el abanico de oportunidades que brinda el texto del borrador resulta positivo, sin perjuicio de la necesidad de disponer con procedimientos especiales para el arreglo de ciertas categorías de disputas, en especial, las referidas a pesquerías, contaminación, investigación científica o la exploración y explotación de los fondos marinos internacionales. En relación a la legitimación, se expresó favorable al acceso de personas, tanto naturales como jurídicas, en los procesos que se encuentren involucradas. En materia de excepciones, opinó que las disposiciones del artículo 18 del documento eran demasiado amplias por lo que convenía asegurar, en consecuencia, el establecimiento de procedimientos “equitativos” para el arreglo de controversias<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*, pp. 46-47, para. 27-32.

<sup>113</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 64th Plenary meeting, p. 47, para. 2-3. A/CONF.62/SR.64.

<sup>114</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 64th Plenary meeting, pp. 47-48, para. 5-12. A/CONF.62/SR.64.

Por su parte, Al-Adhami (Iraq) manifestó que el documento es producto de delicadas negociaciones y que merece culminar en un procedimiento de arreglo dentro de la propia convención, aunque manteniendo la libertad de opción de medios para las partes y sin perjuicio de disponer un tribunal obligatorio como mecanismo principal en caso de desacuerdo<sup>115</sup>.

El Mekki (Sudán) señaló la oposición de muchas delegaciones al tribunal del derecho del mar y que las opciones de la fórmula Montreux obligan "(...) a un Estado a determinados procedimientos", representando una injerencia en sus asuntos internos limitando, asimismo, las libertades que otorga el artículo 33 de la Carta<sup>116</sup>.

La obligatoriedad de los procedimientos, el establecimiento del tribunal del mar y su inserción como parte integrante de la convención resulta determinante a criterio de Nandan (Fiji), aunque su delegación manifestó objeciones al párrafo 2º del artículo 18 del texto, toda vez que las excepciones allí contenidas "(...) son demasiado amplias y ambiguas... podrían surgir muchos desacuerdos en cuanto a la medidas de las exclusiones....[y eximir] controversias que por su índole debieran ser objeto de un rápido arreglo obligatorio. Las excepciones, en caso de haberlas, deberán restringirse a un mínimo absoluto y ser claras"<sup>117</sup>.

Al-Mour (Emiratos Árabes Unidos) manifestó apoyo a la creación de un tribunal permanente único encargado de todas las controversias derivadas de la aplicación e interpretación de la convención, aunque expresó preocupación por las posibles contradicciones entre el tribunal del mar y la C.I.J., sin perjuicio de aceptar el establecimiento de procedimientos

---

<sup>115</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 64th Plenary meeting, p. 48, para. 17-19. A/CONF.62/SR.64.

<sup>116</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 64th Plenary meeting, p. 48, para. 20. A/CONF.62/SR.64.

<sup>117</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 64th Plenary meeting, pp. 48-49, para. 21-24. A/CONF.62/SR.64.

especiales para casos concretos. En materia de excepciones consideró que el párrafo 2° del artículo 18 proyectado, se encuentra plenamente justificado<sup>118</sup>.

La extensa declaración de MacEachen (Canadá) puso de manifiesto la posición de su gobierno a favor de un sistema comprendido en la propia convención, toda vez que la adopción de un protocolo facultativo en la materia significaría, en sus palabras, el “fracaso de la Conferencia”. No obstante, reconoció la necesidad de prever un sistema global de arreglo obligatorio “(...) no sólo en la zona económica exclusiva, sino también en la alta mar y otros sectores...” agregando que, “Los derechos de los Estados ribereños, en cuanto a su medio ambiente y seguridad, deben estar igualmente protegidos”<sup>119</sup>.

En ese sentido evidenció la conformidad del gobierno canadiense respecto del borrador sometido a opinión y la libertad de elección allí reconocida a los Estados, toda vez que les permite optar por el procedimiento que mejor se ajuste a sus necesidades frente a una solución obligatoria. Sin embargo adujo que, salvo en casos excepcionales enunciados específicamente, ningún Estado se debería encontrar facultado para elegir los asuntos y sectores que desee someter al procedimiento obligatorio, ya que ello equivaldría a eliminar toda eficacia al sistema<sup>120</sup>.

Tampoco omitió referirse al posible y destacado rol de un tribunal de derecho del mar. Manifestó que el mismo era innecesario si se disponía a la C.I.J. y los procedimientos arbitrales. Por otra parte, criticó la adopción de procedimientos especiales al considerar que aquellos no constituyen una

---

<sup>118</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 64th Plenary meeting, p. 49, para. 26-32. A/CONF.62/SR.64.

<sup>119</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 65th Plenary meeting, pp. 49-50, para-5. A/CONF.62/SR.65.

<sup>120</sup> En ese sentido, destacó que uno de los principales problemas es determinar en qué medida las controversias derivadas del ejercicio de normas y reglamentos del Estado costero deben ser sometidas a procedimientos obligatorios, toda vez que requiere especial cuidado no limitar indebidamente sus competencias, así como tampoco impedir que toda disputa originada en la ZEE se vea privada de un arreglo obligatorio. Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 65th Plenary meeting, pp. 50-51, para. 6 y 10. A/CONF.62/SR.65.

panacea universal y que, asimismo, no podrían sustituir en ningún caso los procedimientos generales. En materia de acceso afirmó que aceptaría conceder, en casos concretos, otorgar calidad de partes a las empresas privadas en relación a actividades contractuales en los fondos marinos internacionales<sup>121</sup>.

Respecto a las excepciones en el sistema, sostuvo que correspondía limitarlas a aquellas generadas en la ZEE y los estrechos internacionales, salvo en situaciones de evidente abuso del usuario de estos espacios, incluyendo al Estado costero. En ese sentido, propuso:

“(…) estipular que no correspondería arreglo obligatorio de controversias salvo en el caso en que el Estado ribereño obstaculice el ejercicio de determinados derechos específicos de otros Estados... como la libertad de navegación... investigación científica... [y en el supuesto] de un abuso del derecho de navegación que cause perjuicios al Estado ribereño...”<sup>122</sup>.

Krispis (Grecia), a pesar que su gobierno no adoptara una posición definitiva en este tema, declaró ser, en principio, partidario de una jurisdicción con carácter obligatorio que garantizara el respeto por el derecho del mar debido a los divergentes puntos de vista que presentan las controversias, no sólo sobre cláusulas y condiciones de un acuerdo, sino también respecto del sometimiento a un tercero. En ese sentido, estimó que la C.I.J. constituye la solución más propicia aunque declaró aceptar una competencia simultánea del tribunal del mar, si la III Conferencia decidiera, finalmente, crearlo. Ante la eventual multiplicidad de opciones, la delegación griega no presentó objeciones a la elección por parte del demandado, siempre “(…) que el interesado exprese su preferencia en el momento que ratifique la convención”<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 65th Plenary meeting, p. 50, para. 7-9. A/CONF.62/SR.65.

<sup>122</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 65th Plenary meeting, p. 51, para. 11. A/CONF.62/SR.65.

<sup>123</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 65th Plenary meeting, p. 51, para. 14-16. A/CONF.62/SR.65.

Respecto a las excepciones al sistema su deseo fue no aceptarlas. No obstante, en el supuesto que la Conferencia las incluya, estimó conveniente que la C.I.J. (y de crearse, el tribunal de derecho del mar) posea competencia obligatoria para decidir si determinado asunto constituye o no, una excepción. En otras palabras, que pueda analizar la “competencia de su propia competencia”<sup>124</sup>.

En la declaración de Diop (Senegal), este sistema constituye “la piedra angular de la estructura jurídica que está erigiendo la Conferencia” y alegó por un sistema flexible, con competencia residual del tribunal de derecho del mar en caso que las partes no opten por el arbitraje o la C.I.J.. Asimismo, opinó que:

“(…) el procedimiento de arreglo de controversias debería estar determinado en función de la naturaleza de los litigios y de las zonas marítimas de que se trate. En otras palabras, toda controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la convención o derivada del ejercicio por un Estado ribereño de la competencia exclusiva que le confiere la convención en sus aguas territoriales o en su zona económica exclusiva debería depender de las autoridades competentes del Estado ribereño, en la inteligencia, sin embargo, de que podrían preverse excepciones si se comprobase que el Estado ribereño hubiera obstaculizado deliberadamente la libertad de navegación o de sobrevuelo...”<sup>125</sup>.

Finalmente Baroody (Arabia Saudita), en sintonía con la mayoría de los Estados árabes, destacó la inconveniencia de un sistema obligatorio para la solución de controversias en la propia convención, proponiendo las negociaciones como método y, en caso de desacuerdo, someterlas a la C.I.J. de acuerdo a un esquema de tres o cuatro tratados o bien, un tratado único compuesto por cuatro secciones distintas, abiertas y simultáneamente a la firma, entendiéndolo su conveniencia en la flexibilidad ante los cambios radicales de las posiciones estatales “según el capricho de los gobiernos o en función de la coyuntura”<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, para. 17.

<sup>125</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 65th Plenary meeting, p. 51, para. 19-21. A/CONF.62/SR.65.

<sup>126</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 65th Plenary meeting, pp. 51-52, para. 23-25. A/CONF.62/SR.65.

### III. Las actividades militares en el mar como excepción facultativa en la Sección 3 de la Parte XV de la Convención

Siguiendo las reglas de interpretación dispuestas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, resulta necesario analizar esta excepción conforme al sentido corriente y recurrir a los trabajos preparatorios que he señalado, complementándolo con las circunstancias de su celebración<sup>127</sup>. Para cumplir con la tarea, se abordará un examen de las nociones “actividades militares” y “fines pacíficos” para, posteriormente relacionarlas y, finalmente, referirnos a los casos propuestos.

#### *III.1) Examen del concepto “actividades militares”:*

El problema de su determinación comienza con la propia Convención, toda vez que ella no dispone normas sustanciales sobre las actividades militares y ni siquiera se refiere, si se quiere, a la aplicación del derecho internacional humanitario en este ámbito<sup>128</sup>. El motivo de ello se encuentra, posiblemente, en la resistencia sistemática de los Estados Unidos y la entonces URSS, potencias navales indiscutibles de la época, a negociar este asunto, tal como lo dejó evidente el delegado norteamericano Learson, durante el 67° debate Plenario de la III Conferencia, en 1976, al referirse al alcance del término “fines pacíficos”, en íntima vinculación a las actividades militares<sup>129</sup>, limitando el debate de un asunto que trataré más adelante.

La hipótesis anterior permitió a Rauch, entre otros autores, sostener que los usos militares han sido uno de los aspectos “deliberadamente

---

<sup>127</sup> Cfr. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1155, arts. 31 y 32.

<sup>128</sup> Para un estudio del derecho internacional humanitario, incluyendo la aplicación de sus normas en los distintos espacios marítimos, incluyendo los “bloqueos navales” ver GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 117-125 y 164-166.

<sup>129</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 62, para. 81. A/CONF.62/SR.67.

omitidos” durante el desarrollo de la III Conferencia, por tratarse de asuntos excesivamente políticos o delicados<sup>130</sup>.

De hecho, lo anterior parece confirmado al advertir que la expresión “actividades militares” sólo aparece expresamente una vez en el texto de la Convención, incluyendo sus anexos, en el artículo 298 (1) (b), al enumerar las excepciones facultativas a los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias del sistema de solución de controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención, dispuestas en la Parte XV, en los siguientes términos: “(...) Las controversias relativas a actividades militares, incluidas las actividades militares de buques y aeronaves de Estado dedicados a servicios no comerciales...”<sup>131</sup>.

No obstante, algunas disposiciones de la Convención se refieren –indirectamente– a ciertos usos del mar que presentan, esencialmente, una naturaleza militar. Por ejemplo, al ocuparse del paso inocente a través del mar territorial el artículo 19 menciona –entre las actividades perjudiciales para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño–, todo ejercicio o práctica con armas de cualquier clase; el acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño...; el lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves; y el lanzamiento, recepción o embarque de dispositivos militares<sup>132</sup>.

Según Vukas, la Convención no aclara el significado del término “actividades militares” y aquellas se limitan, en su interpretación, a un solo propósito: aumentar la preparación de un Estado para la guerra, mediante

---

<sup>130</sup> Cabe destacar que las actividades militares fueron incluidas por Arvid Pardo, Representante Permanente de Malta ante la O.N.U., en una lista de siete temas que fueron posteriormente descuidados durante la III Conferencia. Sin embargo, para Rauch, la omisión no se trató de un descuido, sino que tuvo un rol determinante en negociaciones oficiosas y confidenciales. Cfr. RAUCH, Elmar, “Military uses of the oceans”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 28, 1985, pp. 230-231.

<sup>131</sup> Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 30 de abril de 1982, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1833, art. 298 (1) (b). Para mayor análisis ver JANIS, Mark W., “Dispute Settlement in the Law of the Sea Convention: The Military Activities Exception”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 4, Issue 1, 1977, pp. 51-65.

<sup>132</sup> Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 30 de abril de 1982, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1833, art. 19.

buques de guerra o aeronaves militares o por buques y aeronaves del Estado destinados a fines no comerciales<sup>133</sup> .

En consecuencia, la idea de Vukas parece orientarse a una distinción en los tiempos de paz y cuyos posibles usos fueron enumerados por Wolfrum, agrupándolos en las siguientes categorías:

- 1) Navegación sobre la superficie o en la columna de agua, incluyendo toda actividad conexas a la navegación, maniobras preparatorias (tanto para la navegación como para la realización de ejercicios navales), cooperación entre fuerzas navales, aéreas y terrestres de dos o más Estados, control de los mares, presencia naval y tareas de disuasión, entre otras;
- 2) Instalación de misiles en el fondo del mar con propósitos estratégicos;
- 3) Emplazamiento de dispositivos de vigilancia en el fondo del mar, como por ejemplo los sistemas acústicos de detección;
- 4) Colocación de sistemas de armas en el fondo del mar con fines estratégicos o tácticos como por ejemplo minas magnéticas destinadas a buques de superficie o submarinos; e,
- 5) Investigación militar, incluyendo la prueba de armas en la superficie, la columna de agua o el lecho y su subsuelo marino<sup>134</sup> .

La enumeración señalada resulta enunciativa, no sólo por el carácter dinámico del derecho internacional, sino también por las posibilidades que brinda el progreso tecnológico destinado a la guerra naval, especialmente el desarrollado por las potencias con intereses marítimos, como el caso de los Estados Unidos, la Federación de Rusia y China, entre otros<sup>135</sup> .

No obstante, la Convención sí distingue entre las actividades militares y aquellas destinadas a garantizar el cumplimiento de ésta, en

---

<sup>133</sup> VUKAS, Budislav, "Military Uses of the Sea and the United Nations Law of the Sea Convention", en Budislav Vukas, *Essays on the New Law of the Sea 2*, Zagreb, Sveucilisna Naklada Liber, 1990, p. 405.

<sup>134</sup> Cfr. WOLFRUM, Rüdiger, "Restricting the Use of the Sea to Peaceful Purposes: Demilitarization in Being?", *German Yearbook of International Law*, Vol. 24, 1981, pp. 205-206.

<sup>135</sup> Cfr. BOSCO, Joseph A., "The International Law Implications of China's Military and Missile Exercises in the Taiwan Strait under the 1982 United Nations Law of the Sea Convention and the United Nations Charter", *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, Vol. 16, 1997-1998, pp. 50-58.

particular respecto de las normas de ejecución. En efecto, el artículo 298 ya referido, faculta en su párrafo 1° las declaraciones de los Estados, formuladas por escrito, tendientes a no aceptar uno o varios de los procedimientos previstos en la sección anterior, es decir, las previstas en el artículo 287, respecto de “(...) las controversias relativas a actividades encaminadas a hacer cumplir las normas legales respecto del ejercicio de los derechos soberanos o de la jurisdicción excluidas de la competencia de una corte o un tribunal con arreglo a los párrafos 2 o 3 del artículo 297”<sup>136</sup>.

En otras palabras, los párrafos señalados establecen límites a los procedimientos obligatorios de arreglo en aquellos casos referidos, por ejemplo, a la pesca o la investigación científica marina de modo que, cuando el Estado ribereño ejerce su competencia para hacer cumplir la Convención y sus disposiciones dictadas de conformidad con ella, ello no podría ser considerado como una actividad militar, incluso cuando la realice mediante buques de guerra o aeronaves militares.

*III.2) La contribución de la noción “utilización del espacio oceánico con fines pacíficos” en auxilio de una comprensión del significado “actividades militares”:*

La insuficiencia de la Convención en relación a las actividades militares, obliga a realizar una lectura de aquellas normas referidas a la “utilización del espacio oceánico con fines pacíficos” que, indirectamente, pueden aportar mejores indicios sobre su significado, sin perjuicio de auxiliar a comprender el peligro que representaban estas para el mantenimiento del consenso.

En otras palabras, comprender el uso convencional de las actividades militares en el mar no puede atribuirse, solamente, a la Convención de 1982. En efecto, existen importantes antecedentes vinculados a los “fines pacíficos” que, “transpolados” y con algunas adaptaciones necesarias al momento de su interpretación, permiten aproximarnos a una correcta calificación de actividades militares. A

---

<sup>136</sup> Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 30 de abril de 1982, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1833, art. 298 (1) (b). Cabe destacar que las declaraciones se encuentran permitidas con los alcances previstos en el artículo 310 de la Convención.

continuación recordaremos, cronológicamente, algunos de los precedentes que consideramos más relevantes, para luego dedicarnos a las contribuciones realizadas sobre este tema por las delegaciones presentes en la III Conferencia.

### III.2.a) Las cláusulas sobre “fines pacíficos” en instrumentos internacionales anteriores a la Convención:

El concepto “fines pacíficos” fue empleado en distintos acuerdos internacionales como el Tratado Antártico (en vigor, desde 1961)<sup>137</sup> que, en su artículo 1 (1), declara a la Antártida como un territorio utilizado exclusivamente para fines pacíficos, entendiéndoselo a la manera de una prohibición de toda medida de naturaleza militar como, por ejemplo, el establecimiento de bases, la realización de maniobras militares e incluso, el ensayo con toda clase de armas<sup>138</sup>. Según Boczek, su redacción permite concluir que el término “exclusivamente con fines pacíficos” significa una total desmilitarización de la Antártida<sup>139</sup>. En otras palabras, la expresión “fines pacíficos” en este tratado excluye toda actividad militar y no sólo aquellas que sean manifiestamente violatorias del artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas.

Otro acuerdo internacional que contiene la noción “fines pacíficos” es el *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes*, en vigor desde 1967<sup>140</sup>. Esta convención prohíbe, en su artículo IV, la disposición en órbita y el emplazamiento de armas nucleares u otros tipos de armas de destrucción masiva, incluyendo el

---

<sup>137</sup> Tratado Antártico, adoptada el 1° de diciembre de 1959, *United Nations Treaty Series*, Vol. 402.

<sup>138</sup> La norma referida dispone, textualmente: “La Antártida se utilizará exclusivamente para fines pacíficos. Se prohíbe, entre otras, toda medida de carácter militar, tal como el establecimiento de bases y fortificaciones militares, la realización de maniobras militares, así como los ensayos de toda clase de armas”. Cfr. Tratado Antártico, adoptada el 1° de diciembre de 1959, *United Nations Treaty Series*, Vol. 402, art. 1 (1).

<sup>139</sup> Cfr. BOCZEK, Boleslaw A., “The peaceful reservation of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, en Elisabeth Mann Broghese, *Peace in the Oceans. The Proceedings of Pacem in Maribus XXII*, Paris, Unesco, 1997, pp. 54-55.

<sup>140</sup> Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, adoptado el 19 de diciembre de 1966, *United Nations Treaty Series*, Vol. 610.

establecimiento de bases, instalaciones y fortificaciones militares o efectuar ensayos con fines militares<sup>141</sup>.

Sin embargo, en el ámbito del derecho del mar la noción “fines pacíficos” aparece contenida, por primera vez, en la “Declaración de Principios que regulan los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional”, adoptada mediante Resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General, en 1970. La misma representó una base de progreso en el intento de determinar el concepto de “usos pacíficos”, al consagrar aquellas zonas y sus recursos como “patrimonio común de la humanidad”, reservados con fines pacíficos. A pesar que esta noción se consolidó y desarrolló con el tiempo, dejó pendiente medidas a adoptar dentro de las negociaciones de desarme que luego fueron abandonadas.

Justamente, a finales de 1970 y también bajo los auspicios de la O.N.U., se adoptó el “Tratado sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo” (en vigor desde 1972) que carece, en su parte operativa, de referencias expresas a fines pacíficos y sólo se refiere a aquellos en su preámbulo al afirmar que estas áreas quedarán reservadas, toda vez que “(...) la prevención de la carrera de armamentos nucleares en los fondos marinos y oceánicos favorece la causa del mantenimiento de la paz mundial, reduce las tensiones internacionales y refuerza las relaciones amistosas entre los

---

<sup>141</sup> La norma expresa, de modo textual: “Los Estados Partes en el Tratado se comprometen a no colocar en órbita alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares ni de ningún otro tipo de armas de destrucción en masa, a no emplazar tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma. La Luna y los demás cuerpos celestes se utilizarán exclusivamente con fines pacíficos por todos los Estados Partes en el Tratado. Queda prohibido establecer en los cuerpos celestes bases, instalaciones y fortificaciones militares, efectuar ensayos con cualquier tipo de armas y realizar maniobras militares. No se prohíbe la utilización de personal militar para investigaciones científicas ni para cualquier otro objetivo pacífico. Tampoco se prohíbe la utilización de cualquier equipo o medios necesarios para la exploración de la Luna y de otros cuerpos celestes con fines pacíficos”. Cfr. Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, adoptado el 19 de diciembre de 1966, *United Nations Treaty Series*, Vol. 610, art. IV.

Estados... constituye un paso hacia la exclusión de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo de la carrera de armamentos...”<sup>142</sup>.

Este tratado, dispuesto en la Resolución 2660 (XXV) de la Asamblea General, prohibió la instalación de armas nucleares y armas de destrucción en masa en la Zona, sin perjuicio de comprometer a los Estados a negociar nuevas medidas para impedir la carrera armamentística en este espacio. Las tratativas fueron abandonadas y demostró, poco tiempo después, ser insuficiente al carecer de aplicación en la columna de agua y su superficie suprayacente, además de ser inaplicable el mar territorial. Si bien el tratado prohíbe emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción masiva en fondos marinos y oceánicos –incluyendo su subsuelo– así como el despliegue de minas nucleares amarradas y transportes nucleares móviles en contacto único con el fondo marino, permite el estacionamiento temporario de submarinos que contengan proyectiles nucleares o la instalación de artefactos no destinados a la destrucción masiva, como reactores nucleares para el abastecimiento de energía a estaciones submarinas militares. En otras palabras, el tratado prohíbe aspectos que resultan improbables para limitar los usos militares de los fondos marinos y oceánicos, como así tampoco afecta las operaciones de submarinos equipados con armamento convencional no-nuclear, ni otros sistemas de uso bélico no contemplados expresamente.

Sobre este preámbulo, Boczek observa que una interpretación unificada nos convencería de que el último tratado sólo constituye un paso hacia la exclusión del lecho y el subsuelo marino en la carrera armamentista, obligándonos a concluir, respecto de los “fines pacíficos”, que este aspecto sólo se proyecta como una meta hacia el futuro<sup>143</sup>. Con distinto criterio, Wolfrum afirma que esta expresión es utilizada en diversos tratados internacionales sin brindar una respuesta clara en cuanto a su significado para la Convención de 1982<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Tratado sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, adoptado el 7 de diciembre de 1970, *United Nations Treaty Series*, Vol. 955.

<sup>143</sup> Cfr. BOCZEK, Boleslaw A., “Peaceful purposes provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *Ocean Development & International Law*, Vol. 20, Issue 4, 1989, p. 363.

<sup>144</sup> Cfr. WOLFRUM, Rüdiger “Military Activities on the High Seas: What Are the Impacts of the U.N. Convention on the Law of the Sea”, en Michael N. Schmitt & Leslie C. Green (eds.),

De este modo, no surgen antecedentes de una clara interpretación de la noción “finés pacíficos”, al menos en el contexto y las circunstancias de los instrumentos señalados<sup>145</sup>, obligando a afirmar que la III Conferencia se encontró ante el polémico desafío de definir, a través del desarrollo progresivo, el concepto “usos pacíficos” de modo que concilie las necesidades e intereses de la comunidad internacional.

### III.2.b) Los debates sobre los “finés pacíficos” en la III Conferencia:

La desmilitarización en un contexto de guerra fría constituyó un asunto delicado durante la III Conferencia, tal como se evidencia en los intentos de limitar la utilización del espacio marítimo y oceánico para fines pacíficos a pesar de que pocos, pero importantes Estados, no compartían este criterio e interpretaban que el tema pertenecía a distintos foros y mecanismos internacionales, como los señalados anteriormente.

En sentido estricto, la relación entre la Conferencia y los “finés pacíficos” tiene su base en la Resolución 2467 (XXIII) de la Asamblea General de la O.N.U., que creó la Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional, cuyo mandato fue reafirmado en la Resolución 2750 C (XXV) que contiene la decisión de convocar a la III Conferencia. Posteriormente, la Resolución 3067 (XXVIII) decidió que su fin, finalmente aprobado, fuera:

“(…) aprobar una convención en que se traten todas las cuestiones relacionadas con el derecho del mar, tomando en consideración los temas enumerados en el párrafo 2 de la resolución 2750 C (XXV) de la Asamblea

---

*International Law Studies*, 71, *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, Newport, RI, Naval War College, 1998, p. 503.

<sup>145</sup> Cfr. BOCZEK, Boleslaw A., “The peaceful reservation of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, en Elisabeth Mann Borgese (ed.), *Peace in the Oceans*, IOC Technical Series No. 47, Paris, UNESCO, 1997, pp. 53-70. Otros instrumentos, como el “Tratado de No Proliferación de armas nucleares” de 1968, o el Estatuto del Organismo Internacional de la Energía Atómica, aprobado el 23 de octubre de 1956 por la Conferencia sobre el Estatuto del Organismo Internacional de Energía Atómica, celebrada en la Sede de las Naciones Unidas. Entró en vigor el 29 de julio de 1957 y utiliza el concepto de “usos pacíficos”, aunque sin explicar su significado. En el orden regional, el Tratado para la Prohibición de Armas Nucleares en América Latina y el Caribe (más conocido como Tratado de Tlatelolco), de 1967, limita el uso de armas nucleares en América Latina y el Tratado de Raratonga, de 1985, establece una zona libre de armas nucleares en el pacífico sur.

General y la lista de temas y cuestiones relacionados con el derecho del mar que la Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional aprobó oficialmente el 18 de agosto de 1972, y teniendo presente que los problemas del espacio oceánico están estrechamente interrelacionados y deben considerarse como un todo”<sup>146</sup>.

Según Bavand (Irán), los debates de la III Conferencia en relación a la utilización del espacio oceánico con fines pacíficos presentan tres tendencias: a) interpretarla como una prohibición de todas las actividades militares, incluyendo las actividades realizadas por personal militar en el lecho marino; b) considerarla como una veda de toda actividad militar con propósitos ofensivos aunque no aplicable a su utilización como medio de comunicación militar o científico-militar; c) suponerla pacífica si concuerda con los preceptos de la Carta y otras obligaciones del derecho internacional. Asimismo afirmó que, para mantener eficazmente el principio de los usos pacíficos del espacio, se debía tener en cuenta:

“(…) el paso de buques extranjeros, especialmente de guerra, a través de aguas territoriales, incluyendo los estrechos; debe estar sujeto al principio del paso inocente (...) las instalaciones militares extranjeras deben ser excluidas de las zonas económicas y las plataformas continentales de los Estados ribereños y cualquier actividad al respecto debe contar con su consentimiento (...) el aspecto no civil del principio de los usos pacíficos del espacio oceánico será considerado en un foro internacional apropiado (...) [las] negociaciones sobre la futura desmilitarización del fondo marino... que examinen, cuidadosamente, la relación entre el Tratado y la futura convención (...) [la] internacionalización de la investigación científica militar para disminuir las sospechas sobre el propósito ofensivo de ésta (...) [que] la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, en cooperación con el Organismo Internacional de Energía Atómica... [regule y controle] la descarga de desechos nucleares y biológicos y de agentes químicos en los fondos marinos...”<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 66th Plenary meeting, p. 54, para. 1. A/CONF.62/SR.66.

<sup>147</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 68th Plenary meeting, pp. 65-66, para. 24 y 26. A/CONF.62/SR.68.

Sobre este punto, Amerasinghe afirmó que el estudio de la “Utilización con fines pacíficos del espacio oceánico; zonas de paz y de seguridad” debía vincularse a las negociaciones realizadas en la esfera del desarme y demás medidas adoptadas por la O.N.U. en relación a la carrera armamentista, particularmente la nuclear, y evitar su extensión. En ese sentido, concluyó que:

“En la medida en que los Miembros de las Naciones Unidas se han comprometido a seguir ciertas líneas de acción relativas al desarme, la desnuclearización y la desmilitarización de los fondos marinos y la creación de zonas de paz, ellos mismos han impuesto ciertas limitaciones a su acción en la Conferencia sobre el Derecho del Mar”<sup>148</sup>.

Por su parte, Bákula (Perú) recordó que en relación a la utilización de mares y océanos, distintas actividades pueden afectar la paz y la seguridad de los Estados, así como las disposiciones reservadas a la Zona y el altamar, que debían ser, a su criterio, destinadas a fines pacíficos. En el desarrollo de la declaración oficial de Perú afirmó la competencia de la III Conferencia “(...) por el mandato que le confió la Asamblea General y su propia decisión de incluir el tema en su programa” y su obligación de prever disposiciones que aseguren la conducción pacífica entre Estados en zonas internacionales y en espacios sometidos a jurisdicción nacional ya que “(...) la convención sería incompleta si a los objetivos de la justicia, el desarrollo y el bienestar no se agregaran los de la paz y la seguridad internacionales... y nunca habrá paz... si se guarda silencio sobre las obligaciones que tienen los Estados de evitar actividades que puedan impedir el disfrute de todos los derechos previstos...”<sup>149</sup>.

El delegado culminó sus palabras remarcando lo indispensable que era incluir, en la futura convención, disposiciones adecuadas para establecer un mundo pacífico, libre de amenazas, temores y conflicto, toda vez que, hasta el momento:

“(...) en ciertos sectores se asiste a un ostensible despliegue de fuerzas navales y a la instalación de nuevas bases militares, con los peligros que eso comporta... cada vez que se trata de dar contenido al

---

<sup>148</sup> Ibidem, para. 2-4.

<sup>149</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 66th Plenary meeting, pp. 54-55, para. 5-9. A/CONF.62/SR.66.

principio de la utilización pacífica del espacio oceánico, se tropieza con la mala voluntad de ciertos Estados”<sup>150</sup>.

Durante el desarrollo de la III Conferencia, las grandes potencias sostenían que el derecho internacional vigente no prohibía la utilización del espacio oceánico con propósitos militares, siempre que la misma se realice con miras a cumplir las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de la O.N.U.<sup>151</sup>.

Valencia Rodríguez (Ecuador) sostuvo que la futura convención debía definir, claramente, el concepto de usos pacíficos y establecer que la expresión “usos legítimos” contenga un significado “pacífico”, que descarte los usos militares<sup>152</sup>.

Por otra parte, Gliga (Rumania), destacó que la utilización de mares y océanos, con fines pacíficos, constituye un corolario del progreso y prosperidad para los pueblos, particularmente los Estados en desarrollo. Asimismo, en su declaración advierte las peligrosas tendencias y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales con una ilustrativa descripción de la carrera armamentística en estos espacios, al sostener que:

“En los últimos 15 años... ha habido una intensificación general de las actividades militares en los mares. Dicha tendencia es incompatible con los esfuerzos en pro de la distensión internacional, fomenta la política imperialista de que la fuerza prevalece sobre la justicia, así como la injerencia en los asuntos internos de los Estados, y exacerba las tensiones”<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 66th Plenary meeting, p. 55, para. 8-11. A/CONF.62/SR.66.

<sup>151</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 56, para. 3. A/CONF.62/SR.67.

<sup>152</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, pp. 56-57, para. 5. A/CONF.62/SR.67.

<sup>153</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 57, para. 7. A/CONF.62/SR.67.

En definitiva, los artículos de la futura convención, afirmó Gliga, debían garantizar la protección de los derechos sujetos a jurisdicción de los Estados ribereños velando, además, por la no utilización de la fuerza o presión de cualquier índole en el arreglo pacífico de las controversias, manteniendo relaciones pacíficas y amistosas entre los Estados<sup>154</sup>.

Según Rabetafika (Madagascar), los conceptos de ZEE y “patrimonio común de la humanidad” provocaron una nueva dimensión e importancia a la tarea de la III Conferencia, evidenciando cuestiones políticas vinculadas al empleo del espacio oceánico con fines pacíficos. En ese sentido, recuerda que no siempre fue así utilizado, ya que distintas potencias dedicaron considerables recursos para asegurar su “supremacía marítima” en el marco de una rivalidad que aún persiste. Por ello propuso que se examinara el asunto con el objeto de definir un criterio unificado respecto de todas las cuestiones incluidas en el nuevo orden que la Conferencia pretendía crear, de modo que se constituya un instrumento para la participación inclusiva de los Estados, sin dejar de preservar y salvaguardar su soberanía, su integridad y su seguridad<sup>155</sup>.

Cabe destacar que este funcionario incluyó a los usos pacíficos como el objetivo de evitar no sólo “(...) todas las actividades que puedan producir conflictos en el mar, sino [también]... todos los preparativos para una situación de conflicto violento”. En ese sentido, propuso incluir en las negociaciones cuestiones que entiende aplicables, como: a) el derecho de paso y los servicios portuarios a buques de guerra extranjeros, particularmente los que porten armas nucleares, químicas o de destrucción en masa; b) la prohibición de todas las maniobras navales y ensayos de misiles en la Zona; c) la internacionalización o el uso multinacional de plataformas o instalaciones en gran escala; d) la prohibición de desechos radiactivos o químicos en el mar; y, e) las bases navales extranjeras<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 57, para. 10. A/CONF.62/SR.67.

<sup>155</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 57, para. 11-15. A/CONF.62/SR.67.

<sup>156</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 58, para. 26-27. A/CONF.62/SR.67.

Posiblemente, la explicación del “porqué” las actividades militares no posean un mayor desarrollo en la III Conferencia pueda sintetizarse en la discreta evasiva ensayada por Kozyrev (URSS), para quien:

“Es evidente que el problema de la utilización del espacio oceánico con fines pacíficos y del establecimiento de zonas de paz y seguridad en él no puede considerarse aisladamente de los muchos otros problemas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, al cese de la carrera de armamentos y al desarme general y completo. Por tal razón, la solución de cuestiones tan complejas e importantes relacionadas con el espacio oceánico en el contexto del robustecimiento de la paz en los mares, la creación de zonas de paz y seguridad en ellos, la eliminación de bases navales, etc., se encuentra fuera del alcance de la labor de la Conferencia sobre el Derecho del Mar. Sólo será posible encontrar soluciones completas y constructivas a esas cuestiones dentro del marco de los órganos apropiados de las Naciones Unidas o de otros foros y conferencias internacionales que traten los problemas del desarme, la seguridad internacional y la paz mundial”<sup>157</sup>.

La declaración de Al-Saadi (Iraq), se inicia con un reconocimiento a la existencia de otros órganos de la O.N.U. con competencia en la esfera del desarme. No obstante contrasta con la opinión soviética al considerar que la III Conferencia posee derecho para examinar las cuestiones de paz y seguridad en un contexto de utilización de los espacios marinos y oceánicos con fines pacíficos, declarando que su resultado debe ser “(...) una convención de paz, ya que su formulación está guiada por preocupaciones

---

<sup>157</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 59, para. 38. A/CONF.62/SR.67. A idéntica solución arriba Yankov (Bulgaria), para quien la III Conferencia no puede desentenderse del problema de la utilización con fines pacíficos del mar, debido a las resoluciones 2750 C (XXV) y 3067 (XXVIII) de la Asamblea General, así como del Tratado de Moscú (1963), que prohíbe los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua, que se relaciona directa o indirectamente con los usos de mares y océanos. Sin embargo, sugirió que se afirme en el preámbulo de la futura convención la utilización del espacio oceánico con fines pacíficos, propuesta que fue apoyada por Torras de la Luz (Cuba). *Ibidem*, pp. 60-61, para. 63-66 y 71.

esencialmente humanas, y ha de reafirmar el principio de la utilización del espacio oceánico con fines pacíficos”<sup>158</sup>.

Por otra parte, llaman la atención aquellas declaraciones de Lai Ya-li (China) sobre la “política soviética basada en el uso de la fuerza respecto de derechos marítimos”, referida al intento de aquel Estado en “(...) dominar por sí sola los océanos... [y] realizar actividades militares”<sup>159</sup>. Asimismo, realiza una serie de consideraciones adicionales, que adquieren mayor importancia si se consideran las actuales controversias en el Mar de China<sup>160</sup>, al expresar que su propio gobierno, actualmente potencia “(...) ha apoyado las luchas de todos los pueblos contra la agresión, la intimidación, la injerencia y la prepotencia de las superpotencias, apoyan firmemente las propuestas de establecer zonas de paz y las demandas de muchos países de que se retiren las tropas y las bases militares”. Asimismo, condenó prácticas como maniobras militares en las ZEE de otros Estados, interfiriendo en la vida económica normal; el paso arbitrario de buques de guerra sin autorización; el espionaje militar y las actividades realizadas con estos fines bajo la apariencia de investigación científica; la realización de actividades militares; el establecimiento de instalaciones militares en la Zona y las actividades de submarinos nucleares en ella<sup>161</sup>.

Las esperanzas de muchas delegaciones terminaron con las declaraciones de Learson (Estados Unidos), quien puso de manifiesto el peligro (o la sutil amenaza) que presentaba abordar la cuestión para la

---

<sup>158</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 59, para. 42. A/CONF.62/SR.67.

<sup>159</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 60, para. 53. A/CONF.62/SR.67.

<sup>160</sup> Al respecto, ver BOUCHAT, Clarence J., “Dangerous Ground: The Spratly Island and U. S. Interests and approaches”, *Strategic Studies Institute and U.S. Army War College Press*, December 2013. También se han presentado controversias entre EE.UU. y China, en la zona económica exclusiva de este último. Cfr. YAO-DONG, Yu & WEN-JIN, Piao, “Legal Study on Military Activities in the EEZ: With a Focus on Foreign Military Activities in the EEZ of P. R. China”, *KMI International Journal of Maritime Affairs and Fisheries*, Vol. 3, 2011, pp. 163-181.

<sup>161</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1973-1982. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 60-63, para. 54 y 90. A/CONF.62/SR.67.

construcción del consenso –y aquí la vinculación con el tema central del trabajo–, toda vez que el término ‘fines pacíficos’ no excluye en su interpretación, las actividades militares en general y agregó que su gobierno:

“(…) sostuvo siempre que la realización de actividades militares con fines pacíficos está totalmente de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional. Cualquier limitación concreta de las actividades militares requerirá la negociación de un acuerdo detallado sobre el control de armamentos. La Conferencia no tiene ese fin y no está preparada para ese tipo de negociaciones. Cualquier intento de desviar la atención de la Conferencia hacia una tarea tan compleja pondrá fin rápidamente a los actuales esfuerzos...”<sup>162</sup>.

Idéntico criterio, aunque algo más limitado desde el ámbito de aplicación, fue el adoptado por Ingles (Filipinas), para quien el derecho del mar debe permitir “(…) toda actividad militar en alta mar o en las zonas... fuera de la jurisdicción nacional de los Estados”<sup>163</sup>.

Una postura conciliadora fue la adoptada por Arias Schreiber (Perú), quien convino que la III Conferencia no era el foro adecuado para un debate sobre desarme aunque instó a establecer disposiciones tendientes a que los Estados se abstengan de amenazar la paz y la seguridad de otros<sup>164</sup>.

Al-Mour (Emiratos Árabes Unidos), alegó que si el mar era considerado un medio de comunicación, el mismo debía ser accesible a todos sin discriminación y dentro de los límites de sus intereses legítimos sin permitir a ninguna nación su interrupción mediante explosiones nucleares, el uso de los fondos marinos emplazar armamentos que amenacen la seguridad de la humanidad, los experimentos con proyectiles que afecten las rutas marítimas, la realización de demostraciones de poderío

---

<sup>162</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 62, para. 81. A/CONF.62/SR.67.

<sup>163</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 68th Plenary meeting, p. 65, para. 18. A/CONF.62/SR.68.

<sup>164</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 67th Plenary meeting, p. 63, para. 88. A/CONF.62/SR.67.

marítimo en espacios de tensión y su agravamiento mediante el ejercicio de derechos de modo que amenace a los intereses y el progreso de los Estados en desarrollo<sup>165</sup>.

En conclusión, la utilización del mar con fines pacíficos significa el uso de sus recursos para el bien de la humanidad, el mantenimiento del medio marino, la prevención de cualquier daño a su biodiversidad, el intercambio de información científica, el aprovechamiento de los recursos marinos y la cooperación para adoptar las más convenientes medidas de administración de esos recursos para una explotación responsable. No obstante, ello no impidió que la Convención finalmente disponga, según Vukas:

“(...) [de] pocas y ambiguas disposiciones sobre los usos militares del mar... [debido] a la actitud de la gran mayoría de los participantes de la Tercera Conferencia que... trataron de minimizar las diferencias en esa cuestión. Sin embargo... muchas de las disposiciones de la Convención... se aplican a un número de actividades, independientemente de su carácter civil o militar”<sup>166</sup>.

### *III.3) La relación entre “fines pacíficos” y “actividades militares” en las disposiciones finales de la Convención a la luz de la Carta de la O.N.U.:*

En una suma de lo desarrollado hasta este punto y como cara opuesta, de la misma medalla referida a las “actividades militares”, la propia Convención contiene varias disposiciones relativas al uso de los mares y océanos con fines pacíficos que permiten aproximarme a una idea más acabada de lo que podría considerarse como “actividades militares permitidas”.

Si bien muchos de los asuntos tratados de la Convención de 1982 poseen antecedentes en las Convenciones de Ginebra de 1958 y 1960, ninguna de éstas contiene referencia alguna a los fines o usos pacíficos del mar. A pesar de ello, y tal como he adelantado, la idea sí estuvo presente, al menos inicialmente, desde el comienzo del proceso de reforma completo e

---

<sup>165</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 68th Plenary meeting, p. 64, para. 4. A/CONF.62/SR.68.

<sup>166</sup> Cfr. VUKAS, Budislav, *op. cit.*, p. 402.

integral, del régimen de mares y océanos que condujo a la convocatoria de la III Conferencia.

Ya en 1967, con fundamento en la iniciativa de Arvid Pardo, se incorporó el examen de la “Cuestión de la reserva exclusiva para fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos y de su subsuelo en alta mar fuera de los límites de la jurisdicción nacional actual y del empleo de sus recursos en beneficio de la Humanidad” al temario básico de debates. Como resultado del trabajo de dos comités establecidos por la Asamblea General para estudiar esta cuestión, en 1967 y 1968, ésta adoptó en 1970 la Resolución 2749 (XXV) que, como señalara con anterioridad, declaró a los fondos marinos y oceánicos, junto a su subsuelo, reservados para fines pacíficos.

Uno de los tópicos de la lista sometida a la III Conferencia fue el ítem N° 22, denominado “Utilización con fines pacíficos del espacio oceánico, zonas de paz y seguridad”, que se asignó al Plenario de la Conferencia. Allí, tal como he señalado al recordar los debates, tuvo lugar en 1976 la prevalencia de considerar a los problemas de los usos pacíficos del mar y su desmilitarización en otro foro<sup>167</sup>. No obstante, varias delegaciones propusieron su inclusión mediante un párrafo sobre usos pacíficos en el Preámbulo que, finalmente, fue redactado en 1980 e incorporado al texto definitivo de la Convención de 1982<sup>168</sup>. En efecto, el cuarto párrafo del Preámbulo, reconoce la conveniencia de establecer por medio de la Convención un orden jurídico que “(...) promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos”<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, Vol. V, 15th meeting of the General Committee, p. 81, para. 14 y 39. A/CONF.62/BUR/SR.15.

<sup>168</sup> Cfr. UNITED NATIONS, *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Concluded at Montego Bay, Jamaica on 10 December 1982. Documents of the Conference, “Report of the President on the work of the informal plenary meeting of the Conference on the preamble”, Vol. XIII, pp. 78-82. A/CONF.62.L.49 y add. 1 y 2. En sentido estricto, fue Arias Schreiber (Perú), quien incentivara el debate y, posteriormente Yankov (Bulgaria) propuso que en el Preámbulo figurase un párrafo reconociendo la utilización del espacio oceánico con fines pacíficos como principio fundamental a regir las actividades de los Estados en la utilización de los mares y en la exploración y explotación de sus recursos.

<sup>169</sup> Cfr. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 30 de abril de 1982, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1833.

Luego de la adopción del texto, encontramos que el mismo posee varios artículos que regulan los usos pacíficos aplicables a zonas y actividades marítimas específicas, a saber: a) el artículo 88, al disponer que la alta mar será utilizada exclusivamente con fines pacíficos; b) el artículo 58 (2) que aplica, *mutatis mutandi*, al artículo anterior a la ZEE; c) el artículo 141, al reconocer que la Zona Internacional de los Fondos Marinos estará abierta a la utilización exclusivamente con fines pacíficos por todos los Estados; d) el artículo 143 al señalar que la investigación científica marina en la Zona referida anteriormente se realizará también, exclusivamente, con fines pacíficos; e) el artículo 147 (2) (d), que regula las condiciones y los fines pacíficos a las que estarán sujetas las instalaciones utilizadas para realizar actividades en la Zona; f) el artículo 155 (2) por cuanto reconoce a la Conferencia de Revisión de la Parte XI, el velar por el mantenimiento del principio de utilización pacífico de la Zona<sup>170</sup>; g) el artículo 240 (a), destinado a enumerar los principios generales para la realización de la investigación científica marina; y, h) el artículo 246 (3), al establecer que los Estados ribereños, en circunstancias normales, otorgarán su consentimiento para que otros Estados u organizaciones internacionales realicen proyectos de investigación científica en su ZEE o en su plataforma continental “exclusivamente con fines pacíficos”.

Además de las normas precedentes, aplicables a zonas y actividades marítimas específicas, el artículo 301 de la Convención<sup>171</sup>, referido a la utilización del mar con fines pacíficos, e incluido en la Parte XVI bajo el título “Disposiciones Generales”, regula que:

“Al ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones de conformidad con esta Convención, los Estados Partes se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”.

---

<sup>170</sup> Al respecto, cabe destacar que el “Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982” (AGNU, Res. 48/623), aprobado el 28 de julio de 1994 (en vigor desde el 28 de julio de 1996, actualmente con 141 ratificaciones o adhesiones), declaró no aplicable la Conferencia de Revisión pero mantener los principios del artículo 155 (2), para el caso de reformas.

<sup>171</sup> La norma posee su origen en una propuesta oficiosa presentada por Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Pakistán, Perú, Portugal, Senegal, Somalia y Uruguay.

Al respecto, cabe recordar que, como disposición general, el ámbito de aplicación del artículo señalado comprende todos los espacios y actividades marítimas, aunque el mismo texto contiene una remisión a la Carta de las Naciones Unidas y los principios de derecho internacional incorporados a ésta en los términos del artículo 2 (4) y concordantes de la Carta<sup>172</sup>.

De lo anterior es posible afirmar que, en principio, el artículo 301 de la Convención podría ser entendido como una prohibición de toda actividad militar o cuanto menos, de los actos comprendidos en el artículo 2 (4) de la Carta.

Por su parte, Wolfrum se encarga de analizar los alcances de la norma y considera que, debido a la vaguedad del artículo 2 (4) de la Carta, resulta difícil interpretar su “exacto” contenido. El autor se pregunta por el significado de la expresión “incompatible con los principios de derecho internacional incorporados a la Carta de las Naciones Unidas”, el significado de “amenaza o uso de la fuerza” y su relación con “amenaza para la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” en los artículos 39 y 51 de la Carta. En esencia, concluye que ninguna de estas cuestiones ha sido aclarada en la definición de agresión, adoptada por la Asamblea General en 1974<sup>173</sup>, ya que esta última sólo contempla la prohibición de los ataques en los mares territoriales, mientras que la ZEE y la plataforma continental, sujetas a derechos de soberanía, quedarían sin protección<sup>174</sup>.

No obstante, la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General enumera algunos actos que serían calificados como agresión, por ejemplo: el bloqueo de puertos o costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro (art. 3.c) y el ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas terrestres, marítimas o aéreas de otro (art. 3.d), aunque interpretamos que, sobre este punto deberá tenerse en consideración el Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados en el Mar de 1994, junto con la práctica de los Estados en la materia, por ejemplo, la

---

<sup>172</sup> Cfr. KLEIN, Natalie, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 283-292.

<sup>173</sup> Cfr. Res. AG 3314 (XXIX), del 14 de diciembre de 1974.

<sup>174</sup> WOLFRUM, Rüdiger, “Restricting the Use of the Sea to Peaceful Purposes: Demilitarization in Being?”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 24, 1981, pp. 205-206.

realizada por las fuerzas navales de los Estados Unidos y detalladas en el *Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, del año 2007<sup>175</sup>.

En definitiva, considero que el alcance del artículo 2 (4) de la Carta se refiere, solamente, a los propósitos de la O.N.U., mientras que el texto del artículo 301 de la Convención resulta más amplio: no sólo incluye los principios reconocidos en el Capítulo I de la Carta, sino también los principios de derecho internacional que se encuentren en otras disposiciones como, en particular, el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva, según el caso, reconocido a favor de los Miembros de la O.N.U. en el artículo 51 de la Carta. La consecuencia, en coincidencia con Rauch, es que “todas las actividades navales en los océanos [realizadas] en preparación para la defensa individual o colectiva son compatibles con la Convención y deben considerarse como ‘uso pacífico’...”<sup>176</sup>.

#### IV. Conclusión

En el presente trabajo, he intentado aclarar algunos aspectos que presenta la expresión “actividades militares” en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, advirtiendo que estas pueden involucrar, en casos puntuales, acciones habilitadas por el derecho internacional como la navegación de buques de guerra y el sobrevuelo de aeronaves con idéntica naturaleza, la investigación científica marina realizada por personal militar, ejercicios y maniobras militares que pueden incluir pruebas de armamentos, entre otros.

No obstante, otras situaciones de “actividades militares” requieren de una mirada más detallada, dependiendo de cada caso, al menos en cuanto al derecho del mar se refiere, a partir de la consideración de los “usos pacíficos” y su vinculación con el artículo 2 (4) de la Carta.

---

<sup>175</sup> Sobre bloqueos navales ver VON HEINEGG, Wolf H., “Naval Blockade”, en Michael N. Schmitt, *International Law Across the Spectrum of Conflict: Essays in Honor of Professor L. C. Green on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Newport, Naval War College, 2000, pp. 203-230.

<sup>176</sup> RAUCH, Elmar, *op. cit.*, pp. 241-242.

El éxito de la diplomacia multilateral, en ocasión de la III Conferencia con el método del consenso como herramienta de negociación, permitió una mejor previsibilidad para los Estados Parte en relación a un sistema de arreglos global y constructivo de gran importancia. Su verdadero premio se encuentra no sólo en el equilibrio alcanzado, sino también en la solución arribada en la *Fórmula Montreux*, especialmente si se considera la determinación de quienes conformaron las delegaciones.

En otras palabras, con seguridad quedan enfoques y críticas pendientes, pero a pesar de sus defectos el sistema de solución de controversias constituye uno de los puntos más sobresalientes de una convención que resultó, finalmente, ampliamente aceptada por la comunidad internacional, especialmente si consideramos lo poco que había avanzado este instituto desde la época de la Sociedad de las Naciones.

Sin embargo, controversias como *The Arctic Sunrise Case*, entre los Países Bajos y la Federación de Rusia ante el Tribunal de Hamburgo, en 2013<sup>177</sup>; y particularmente, al laudo emitido por el Tribunal Arbitral del Anexo VII de la Convención, en el asunto entre Filipinas y China, del 12 de julio 2016<sup>178</sup>, evidencian que la noción “actividades militares” aún merece un estudio más detallado, al margen del propio artículo 298 (1) (b) de la Convención y su debate en la III Conferencia.

En relación a este último asunto, la experiencia reciente en el mar de china ha demostrado que, cuando están en juego los intereses de las grandes potencias, las protestas y objeciones suelen no ser suficientes para cambiar el curso de los acontecimientos, aunque las críticas anteriores pierden intensidad si se considera que un buen sistema de solución de controversias tiene, como principal objetivo, brindar herramientas apropiadas para la conducción de éstas sin perder de vista el fin de la justicia que, en el caso de la Convención, no es otro que equilibrar los derechos de todos los Estados, cualquiera sea su tamaño, su estructura social o su ubicación geográfica. Su evaluación debe realizarse no sólo

---

<sup>177</sup> Cfr. *The Arctic Sunrise Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 22 November 2013.

<sup>178</sup> PCA Case Nº 2013-19 - *The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China)*, Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Award of 12 July 2016.

respecto del comportamiento de los Estados, sino también en relación a su contribución para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, garantizando la primacía del derecho sobre la fuerza en las relaciones internacionales.

Independientemente de no contar con una definición de “actividades militares” en la Convención, resulta evidente que su contenido no se puede alejar del de una comunidad internacional interdependiente, en la cual ninguno de sus miembros recurra a la amenaza o el uso de la fuerza. Asimismo, sin “fines pacíficos”, todos los Estados se encontrarían insertos en controversias y adoptarían medidas unilaterales para afirmar sus intereses o defender una voluntad caprichosa.

A pesar de reconocer que a la Convención (y a la III Conferencia), se le perdonan algunas deudas como parte de las concesiones del consenso, posiblemente deba plantear una crítica a una cuestión que, estimo, no le habría hecho peligrar: las normas referidas a la “utilización del espacio oceánico con fines pacíficos” se encuentran dispersas entre las demás disposiciones de la Convención y, de este modo, se dificulta advertir su importancia fundamental, resultando insuficiente el reconocimiento realizado en el Preámbulo como contribución de ésta a la consolidación de la paz y la seguridad internacionales.

# EL ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS CON RELACIÓN A LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

*Marcos N. Mollar & Paula M. Vernet\**

**SUMARIO:** I. Introducción; II. Justicia internacional penal y seguridad colectiva; III. Relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional: III.1) Facultad de provocar la iniciación de los procedimientos de investigación o de enjuiciamiento ante la corte; III.2) Facultad de solicitar la suspensión del procedimiento; III.3) El crimen de agresión; III.4) Otras cuestiones que hacen a la relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional; IV. Observaciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

A partir del 1° de enero de 2017 los Estados Partes podrán decidir activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (C.P.I.) respecto del crimen de agresión, que fue definido en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, en Kampala. Gran parte del debate respecto del crimen de

---

\* Marcos N. Mollar, es Abogado (U.B.A.). Profesor de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales (U.C.A.). Se desempeña también como Jefe de Trabajos Prácticos en la asignatura de Derecho Internacional Público y es profesor adjunto (i) en la asignatura Desastres naturales y derecho internacional (U.B.A.). Miembro del Instituto de Derecho Internacional del C.A.R.I.

Paula M. Vernet es Abogada (U.C.A.). Profesora de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales (U.C.A.). Profesora adjunta regular (U.B.A.) para las materias: Derecho Internacional Público y Las fuentes del derecho Internacional. En la Escuela Superior de Guerra Naval, es Profesora adjunta, por concurso, del curso de Comando y Estado Mayor Naval, en la materia Elementos de Derecho Internacional Público Aplicado, además es profesora de la Especialización en Intereses marítimos del Instituto Universitario Naval, en la materia Derecho Internacional del Mar. Es miembro del Instituto de Derecho Internacional del C.A.R.I.

agresión se centró en torno al alcance de la participación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (C.S.) tanto en la definición de la situación como agresión, como en el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Resulta, por lo tanto, interesante reevaluar la relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional.

Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma y posteriores Resoluciones del Consejo de Seguridad que suspendieron los procedimientos ante la Corte Penal Internacional para casos que involucraran cascos azules o personal de Estados no Parte, por actos relacionados con operaciones de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.)<sup>1</sup>, se abrió una discusión acerca de los límites de las facultades del Consejo y del grado de independencia con que la Corte Penal Internacional ejercería sus funciones. Esas discusiones auguraban el fracaso de la Corte en su función de lograr justicia en el ámbito internacional, comprometiendo en última instancia el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, dado que no hacer frente a los crímenes podría dar lugar a nuevos ciclos de violencia.

Tras la Conferencia de Revisión de Kampala, Uganda (31 de mayo al 11 de junio de 2010) y el primer fallo de la Corte –*The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, del 14 de marzo de 2012<sup>2</sup>– el escenario inicialmente esperado se vio modificado.

Los tempranos temores que vaticinaban una constante interferencia del Consejo de Seguridad en los procesos de la Corte y una virtual paralización del Tribunal, *vis a vis* la otrora parálisis del Consejo de Seguridad durante la guerra fría, resultaron exagerados.

El objetivo del presente trabajo es determinar en qué medida la autonomía de la Corte se ve comprometida por el amplio poder de actuación reservado al Consejo en el Estatuto de Roma y en las enmiendas aprobadas en Kampala. Nos centraremos, entonces, en el análisis de las facultades otorgadas al Consejo para intervenir en el procedimiento de la Corte Penal Internacional.

---

<sup>1</sup> Resoluciones CS 1422 (2002) y CS 1487 (2003).

<sup>2</sup> I.C.C., *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, texto disponible en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf> (14 de julio de 2016).

A tal fin, examinaremos la facultad de provocar la iniciación de los procedimientos de investigación o de enjuiciamiento ante la Corte, expondremos además el alcance de la facultad de solicitar la suspensión del procedimiento y estudiaremos el rol del Consejo de Seguridad en el crimen de agresión, de conformidad con las conclusiones arribadas en Kampala. Ello nos permitirá luego verificar el grado de independencia de la Corte respecto del órgano primordial responsable del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y presentar algunas observaciones a modo de conclusión.

## II. Justicia internacional penal y seguridad colectiva, algunos antecedentes

En la década del noventa, el Consejo de Seguridad adoptó en el marco del Capítulo VII decisiones sin precedentes, que levantaron dudas acerca de la posibilidad de encuadrarlas en ese apartado. Se trata de la constitución de tribunales penales internacionales *ad hoc*<sup>3</sup>, órganos jurisdiccionales para la persecución de violaciones graves del derecho internacional humanitario, con fundamento en que el enjuiciamiento de los presuntos responsables haría cesar tales violaciones, lo que conduciría al restablecimiento de la paz.

Tales decisiones fueron blanco de duras críticas, debido a que un órgano político creaba un órgano jurisdiccional con el objeto de juzgar a individuos por crímenes de guerra, crimen de genocidio y crímenes contra la humanidad<sup>4</sup>. A más de ello eran tribunales creados *ex post facto* y en aparente violación al principio *nullum crimen nulla pena sine lege praevia*<sup>5</sup>.

Así pues, la participación del Consejo de Seguridad en la creación de Tribunales Jurisdiccionales para la investigación y el enjuiciamiento de los

---

<sup>3</sup> Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (Res. CS/808, 19 de febrero 1993) y para Ruanda (Res. CS/955, 8 de noviembre 1994).

<sup>4</sup> La competencia material del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia está establecida en los Arts. 2, 3, 4 y 5 de su estatuto y la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en los Arts. 2, 3 y 4 de su propio estatuto.

<sup>5</sup> Véase *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case Nro. IT-94-1-A, Judgement*, 15-VII-1999.

autores de crímenes internacionales, fue uno de los temas más polémicos en las negociaciones que precedieron la adopción del Estatuto de Roma, el 17 de julio de 1998.

La existencia de una Corte Penal Internacional permanente evitaría tener que adoptar medidas en el marco del Capítulo VII, tales como las señaladas anteriormente. Toda vez que un órgano permanente, con su propio estatuto y una tipificación de los crímenes y sus elementos, garantizaría el resguardo de los principios del debido proceso y la independencia de todo órgano de carácter político, tal como el Consejo de Seguridad.

Sin embargo, la forma en que la vinculación entre el Consejo de Seguridad y el nuevo órgano permanente jurisdiccional fue resuelta en el Estatuto no satisfizo ni a los partidarios de una injerencia más acentuada del Consejo en los procedimientos penales internacionales, ni a los defensores más decididos de una Corte totalmente autónoma, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional<sup>6</sup>.

### III. Relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional

El Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>7</sup> establece la vinculación existente entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, sin definir acabadamente los lineamientos sobre los que dicha vinculación habría de establecerse. Ello se dejaba librado a un acuerdo que, de conformidad con el artículo 2, debía aprobar la Asamblea de los Estados Partes establecida por el art. 112<sup>8</sup>. El Acuerdo de Relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, aprobado por la Asamblea de

---

<sup>6</sup> PAOLILLO, Felipe H., "El Consejo de Seguridad en los procedimientos de la Corte Penal Internacional", *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José María Ruda*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 247.

<sup>7</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1º de julio de 2002, texto disponible en [<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>] (14 de julio de 2016).

<sup>8</sup> PAOLILLO, Felipe, H., *op. cit.*, p 247.

Estados Partes de la C.P.I. el 7 de septiembre de 2004<sup>9</sup> y por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2004<sup>10</sup>, fue firmado por las Naciones Unidas y la Corte el 4 de octubre de 2004, fecha en la que entró en vigor.

Específicamente el artículo 17 del citado Acuerdo establece las acciones de cooperación entre el Consejo de Seguridad y la Corte, de conformidad con las facultades reservadas al primero en el Estatuto de Roma<sup>11</sup>.

Esta cuestión está vinculada con los límites de la competencia del Consejo de Seguridad y el grado de independencia con que la Corte ejercerá sus funciones.

En esta relación “(...) el Consejo retiene dos llaves, una que le permite activar la jurisdicción de la Corte. Otra, más controvertida aún, que le permite desactivar tal jurisdicción al menos temporariamente”<sup>12</sup>.

### ***III.1) Facultad de provocar la iniciación de los procedimientos de investigación o de enjuiciamiento ante la Corte:***

Conforme el artículo 13 b) del Estatuto, el Consejo de Seguridad tiene la facultad de promover la iniciación de los procedimientos de investigación y enjuiciamiento ante la Corte mediante la remisión al Fiscal de una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes descritos en el artículo 5 (crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión).

---

<sup>9</sup> ICC-ASP/3/Res.1, texto disponible en [[http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3EBEECA5-0EAC-4685-950F-1488CF56BE64/0/ICCASP3Res1\\_Spanish.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3EBEECA5-0EAC-4685-950F-1488CF56BE64/0/ICCASP3Res1_Spanish.pdf)] (14 de julio de 2016).

<sup>10</sup> Resolución de AG 58/318 sobre Cooperación entre las Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional, A/RES/58/318, texto disponible en:

[<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/514/97/PDF/N0351497.pdf?OpenElement>] (14 de julio de 2016).

<sup>11</sup> KAUL, Hans-Peter, “International Criminal Court”, en Rüdiger Wolfrum (Ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009, para. 104, edición online, [www.mpepil.com] (4 de agosto de 2009).

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia, “La Creación de la Corte Penal Internacional”, *Revista del Instituto de Relaciones Internacionales*, año 9, N° 19, La Plata, junio-noviembre 2000, p. 94.

Esta remisión, que el Estatuto establece que debe ser con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, tendría fundamento en el artículo 41 de ésta, que habilita al Consejo de Seguridad a tomar medidas coercitivas que no impliquen el uso de la fuerza. En consecuencia cabe afirmar que la remisión de una situación por el C.S. a la C.P.I. tiene dos bases convencionales, por una parte las potestades conferidas al Consejo por el artículo 41 y, por otra, lo establecido en el artículo 13 b) del Estatuto de Roma<sup>13</sup>.

Esta forma de activar los procedimientos ante la Corte presenta el inconveniente, según algunos críticos, de estar excesivamente condicionada por factores políticos, ya que la decisión de remitir la situación al Fiscal está sujeta al veto de cualquiera de los miembros permanentes del C.S. Sin embargo, se ha argumentado de manera más pragmática que el Consejo ya se había considerado competente para crear tribunales especiales con jurisdicción sobre crímenes de competencia similar a los de la C.P.I. y otorgarle entonces la posibilidad de someter estos crímenes a la Corte evitaría la creación de nuevos tribunales *ad hoc*<sup>14</sup>.

Asimismo, el Consejo podría llamar la atención de la Corte sobre situaciones que los Estados Partes prefieren no denunciar por razones políticas. La experiencia en el dominio de los derechos humanos ha demostrado que, en general, las autoridades de los Estados son reticentes a denunciar las violaciones que se han cometido en el territorio de otros Estados<sup>15</sup>.

En el artículo 13 del Estatuto se siguió la idea establecida en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI)<sup>16</sup>, de que tanto el Consejo como los Estados Partes, no remitirían al

---

<sup>13</sup> QUIROGA, Tamara G., “Relación del Consejo de Seguridad de la O.N.U. y la Corte Penal Internacional. Darfur y Libia: ¿Intervenciones sumamente selectivas en derecho internacional penal?”, *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año VI, Número 8, 2012, p. 127.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia, *op. cit.*, p. 94.

<sup>15</sup> PAOLILLO, Felipe H., *op. cit.*, p. 256.

<sup>16</sup> La AG en 1946 le encargó a la CDI la formulación de los principios de Núremberg y un proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, que se pospuso hasta que se definió la agresión en 1974 (Res. AG 3314 (XXIX)). En 1991 la CDI aprobó un

Fiscal denuncias referidas a crímenes específicos o acusaciones contra los autores de los mismos, sino la información sobre una situación en cuyo contexto se hubieran cometido dichos crímenes o se sospechara que habían sido cometidos<sup>17</sup>; preservándose así la autonomía de la Corte, pues es ésta quien lleva adelante la investigación y queda en sus manos determinar si en la situación denunciada se cometieron, o no, los crímenes respecto de los cuales es competente, y de ser así, la identificación de sus autores y la determinación de la existencia de responsabilidad penal.

Sin embargo, mientras el Consejo de Seguridad sólo podrá actuar “con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta”, es decir únicamente si la “situación” que se remite a conocimiento del Fiscal constituye una de las hipótesis previstas en el artículo 39 de la Carta (amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión), un Estado Parte puede poner en conocimiento del fiscal cualquier situación, si tiene la certeza o la sospecha de que se ha cometido alguno de los crímenes enumerados en el art. 5 del Estatuto.

Aun más, de acuerdo con el Estatuto, nada impide que un Estado Parte remita al fiscal o que el fiscal investigue, una situación que el Consejo de Seguridad está considerando con arreglo al Capítulo VII. La fórmula que se incorporó en el Estatuto con respecto a este punto representa una clara mejora con respecto a las fórmulas que se proponían en el Proyecto de la CDI. En este último, la Corte no podía asumir competencia respecto a un crimen que se hubiera cometido en una situación de la que el Consejo de Seguridad se estuviera ocupando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, a no ser que el Consejo decidiera otra cosa.

De esta manera, en el Estatuto se asegura que la C.P.I. no quede subordinada a la voluntad del Consejo. En un doble sentido la Corte mantiene su independencia con relación al Consejo. Por un lado, el hecho de que el Consejo se esté ocupando de una situación no le impide a la Corte asumir competencia con respecto a los crímenes que se hayan cometido en el contexto de esa situación. Por el otro, la Corte no está obligada a asumir

---

proyecto de código, cuyo texto definitivo se adoptó en 1996, véase al respecto DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, undécima edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1997, pp. 709-710.

<sup>17</sup> PAOLILLO, Felipe H., *op. cit.*, pp. 247 y ss.

competencia cuando el Consejo refiere una situación al fiscal para que éste inicie una investigación. Las denuncias del Consejo pasan por el filtro de un examen preliminar que realiza el fiscal y, eventualmente, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte. Si en una situación remitida a la Corte por el Consejo, el Fiscal entiende que hay razones para iniciar el juicio, la Corte ejercerá su competencia. Tal competencia puede ser ejercida independientemente de que los Estados involucrados en los crímenes sean partes o no del Estatuto. Ello significa que el Consejo de Seguridad puede hacer obligatoria la competencia de la Corte respecto a Estados que no son parte del Estatuto, con sólo adoptar la decisión dentro del marco del capítulo VII de la Carta, estableciendo así una “jurisdicción compulsiva”. Esto implica una importante distinción con los procedimientos iniciados por los Estados Partes o el Fiscal, en los que se requiere que uno de los Estados involucrados sea un Estado Parte del Estatuto o haya aceptado la competencia de la Corte (Art. 12.2)<sup>18</sup>.

“Esta disposición fue severamente criticada, porque algunos Estados entendían que al imponer obligatoriamente un instrumento internacional a Estados que no habían dado su consentimiento en obligarse por él, se estaría violando uno de los principios básicos del derecho internacional y de la Convención sobre el Derecho de los Tratados. Lo que resultaba particularmente inaceptable era el hecho de que miembros del Consejo de Seguridad que no fueran partes del Estatuto –y que por lo tanto no están obligados por sus disposiciones– pudieran, votando por la remisión de una situación al Fiscal, hacer obligatoria la competencia de la Corte para otros Estados no partes”<sup>19</sup>.

Esto mismo ocurriría para los Estados que han realizado la declaración que permite el artículo 124, con el objeto de sustraer de la competencia de la Corte, durante un período de siete años, a los crímenes de guerra que hubieran sido cometidos por sus nacionales o en su territorio, si la investigación es comenzada a instancias del Consejo y el Fiscal concluye que en ese territorio se han cometido crímenes.

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 259. Véase también KAUL, Hans-Peter, *op. cit.*, para. 75.

<sup>19</sup> PAOLILLO, Felipe H., *op. cit.*, p. 260.

Hasta la fecha el C.S. ha remitido sólo dos situaciones a la Corte y en ambos casos se trata de situaciones ocurridas en Estados no Parte: una es la situación de Darfur, en Sudán, remitida a la C.P.I. en marzo de 2005 y la otra es la situación de Libia remitida en febrero de 2011<sup>20</sup>.

Con respecto a esta última remisión, Rusia ha llamado a la C.P.I. para que investigue posibles crímenes de guerra cometidos por fuerzas de la OTAN durante los bombardeos en Libia. Algún autor<sup>21</sup> ha afirmado que la Corte no podría investigar en virtud del artículo 6 de la resolución del CS 1970 que establece:

“*Decide* que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado que no sea la Jamahiriya Árabe Libia y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional quedarán sometidos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado respecto de todos los presuntos actos u omisiones derivados de operaciones en la Jamahiriya Árabe Libia establecidas o autorizadas por el Consejo o relacionados con ellas, a menos que ese Estado haya renunciado expresamente a la jurisdicción exclusiva”.

Sin embargo, otra posición entiende que el intento del C.S. de limitar la jurisdicción *ratione personae* de la Corte en la mencionada resolución es inconsistente con el artículo 13 del Estatuto de Roma que se refiere específicamente a “situaciones en las que se han cometido crímenes internacionales”. Es claro que la Corte investigará situaciones y no individuos o casos individuales, el Estatuto no habilita a la Corte a revisar su jurisdicción *in media res*. Esto no es nuevo, en el caso de Darfur se había dado una redacción similar en la Resolución CS 1593. Ninguna de estas Resoluciones puede enmarcarse en el artículo 16 del Estatuto, que se explica en el próximo apartado de este trabajo, pues la redacción, si bien menciona

---

<sup>20</sup> Resoluciones CS 1593 (2005) y 1970 (2011), respectivamente. En esta última se ha hecho mención a la aplicación del artículo 41 de la Carta, mientras que en la primera sólo se menciona que la remisión se hace con arreglo al Capítulo VII de dicho instrumento (ver QUIROGA, Tamara G., *op.cit.*, p. 127). En enero de 2013, Suiza, junto a 56 Estados, incluyendo el Reino Unido y Francia, solicitó al CS tratar la posibilidad de remitir a la C.P.I. la situación en Siria a partir marzo de 2011, pero EE.UU., China y Rusia rechazaron la remisión propuesta. Ver al respecto JONES, Annika, “Seeking International Criminal Justice in Syria”, *International Law Studies*, 89, 2013, p. 806.

<sup>21</sup> La afirmación la realiza David Bosco, citado por HELLER, Kevin J., “Can the ICC Prosecute NATO for War Crimes Committed in Libia?”, *Opinio Iuris*, Blog Archive, [<http://opiniojuris.org/2012/05/19/can-the-icc-prosecute-nato-for-war-crimes-committed-in-libya/>] (14 de julio 2016).

el artículo 16, no suspende expresamente la jurisdicción de la Corte por un periodo determinado. Consecuentemente, si bien el párrafo 6 de la Resolución CS 1970 puede haber hecho sentir más tranquilos a los Estados miembros de la OTAN que no son parte del Estatuto, ésta no impide a la Corte investigar y juzgar a sus nacionales<sup>22</sup>.

### ***III.2) Facultad de solicitar la suspensión del procedimiento:***

De acuerdo con el artículo 16 del Estatuto de Roma, el Consejo de Seguridad puede pedir la suspensión de los procedimientos “de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII”, en cuyo caso la Corte “debe” proceder a la suspensión.

Dicha facultad es muy amplia. El Consejo no necesita justificar el pedido de suspensión y puede referirse a procedimientos, hayan sido éstos activados por su propia iniciativa, por la iniciativa de los Estados Partes o por iniciativa del Fiscal.

El pedido de suspensión puede hacerse en cualquier etapa en la que se encuentre el proceso, y por “un plazo que no podrá exceder de doce meses”, pero podrá ser renovado indefinidamente.

La suspensión podrá ser solicitada cuando, a juicio del Consejo, la continuación de los procedimientos ante la Corte pueda interferir con su responsabilidad primaria de mantener la paz y la seguridad internacionales. De ello podría deducirse que la realización de la justicia –objetivo de la Corte– y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales –objetivo del Consejo de Seguridad– puedan llegar a ser, en ciertas ocasiones, propósitos incompatibles, o por lo menos, el reconocimiento de que la realización de uno de ellos puede afectar adversamente la realización del otro<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> HELLER, Kevin J., *op. cit.*

<sup>23</sup> PAOLILLO, Felipe H., *op. cit.*, p. 262.

De tal manera, la amplísima facultad del Consejo de Seguridad de suspender las investigaciones y juicios contra los autores de crímenes horrendos, comprometería la autonomía de la Corte.

Unos días después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, el 12 de julio de 2002, el Consejo de Seguridad aprobó por unanimidad la Resolución CS 1422<sup>24</sup> mediante la cual, invocando el artículo 16 del Estatuto de Roma, requería que la C.P.I. se abstenga durante doce meses, comenzando el 1º de julio de 2002, de iniciar investigaciones o procedimientos en casos en los que se vean involucrados oficiales o personal de Estados no parte del Estatuto, por actos u omisiones relacionados con operaciones autorizadas o establecidas por las Naciones Unidas.

De esta manera fueron concretados los esfuerzos de los Estados Unidos por dejar al margen de la Corte Penal Internacional, al menos por doce meses, a sus nacionales que participaran de las operaciones de Naciones Unidas, como las de mantenimiento de la paz desplegadas en varios puntos del globo<sup>25</sup>. Así, intentó ganar tiempo a fin de lograr concretar los acuerdos contemplados en el artículo 98 del Estatuto, que establece que la Corte no puede solicitar a un Estado que entregue a un individuo, si existe un acuerdo internacional entre el Estado requerido y el Estado a cuya jurisdicción ese individuo está sujeto, que establezca que se necesita el consentimiento de este último para entregar al individuo.

Por Resolución CS 1487, el 12 de junio de 2003, el Consejo de Seguridad renovó por igual período, la suspensión establecida en la Resolución CS 1422. Pero ello no fue nuevamente renovado en el año 2004.

Fuertes críticas merecieron las mencionadas Resoluciones, en cuanto a que se refieren a hechos de carácter general y futuros, mientras que el artículo 16 del Estatuto parecería aplicarse a situaciones concretas y actuales al momento del pedido de la suspensión y que deberían tratarse

---

<sup>24</sup> Los textos de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la O.N.U. pueden consultarse en [<http://www.un.org/es/sc/documents/resolutions/>] (14 de julio 2016).

<sup>25</sup> Estados Unidos se opuso cuando se intentó ampliar la misión de paz en Bosnia-Herzegovina (UNMIBH), temiendo que sus nacionales involucrados en dicha misión pudieran verse alcanzados por la jurisdicción de la Corte.

caso por caso y no a la manera de estas Resoluciones en las que se confiere un manto de inmunidad respecto de la C.P.I.<sup>26</sup>. El artículo 16 no debería utilizarse como una cláusula para eximir una clase de personas de la jurisdicción de la Corte, en estos casos fuerzas de operaciones de paz de Naciones Unidas, sino que se trata de un mecanismo para solicitar la suspensión caso por caso<sup>27</sup>.

Por otra parte, a favor de las antedichas Resoluciones, podría decirse que de conformidad con el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, la obligación de cumplir con una resolución del Consejo de Seguridad tomada en el marco del capítulo VII parecería prevalecer para los Estados Partes del Estatuto de Roma sobre los derechos y obligaciones que derivan de dicho Estatuto. Tal jerarquía resulta de fundamental importancia, toda vez que podría darse el caso de que el C.S. tuviera que tomar decisiones que resultaran incompatibles con el art. 16 del Estatuto. Un ejemplo de ello sería que el C.S. considerara necesario a los fines del cumplimiento de sus objetivos otorgar amnistía a un líder acusado de genocidio, para que éste entregue el poder y así facilitar el restablecimiento de la paz. Este líder estaría interesado en la propuesta del C.S. sólo si se le garantizara la efectividad de dicha medida mediante la inmunidad ante la C.P.I. y que esta inmunidad fuera permanente y no sólo por el plazo de doce meses que establece el artículo 16 del Estatuto. El C.S. podría decidir otorgar tal inmunidad en forma permanente. Podría cuestionarse la conveniencia y oportunidad de una decisión de este tipo, pero es claro que quedaría dentro del marco de discrecionalidad concedido al Consejo de Seguridad en la Carta de la O.N.U.<sup>28</sup>.

En el mismo sentido, se ha expresado que el poder adicional del C.S. de suspender las investigaciones y enjuiciamientos fue formalmente entendido como un mecanismo de salvaguarda para balancear la justicia con los críticos intereses de la comunidad internacional para garantizar la

---

<sup>26</sup> MACPHERSON, Bryan, "Authority of the Security Council to Exempt Peacekeepers from International Criminal Court: Proceedings", [en línea], *ASIL Insights*, Volume 7, Issue 9, July 11, 2002. Disponible en Internet en:

[<https://www.asil.org/insights/volume/7/issue/9/authority-security-council-exempt-peacekeepers-international-criminal>] (14 de julio de 2016).

<sup>27</sup> JAIN, Neha, "A separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, April 2005, p. 247.

<sup>28</sup> Ídem.

paz y la seguridad, pero en realidad se quería lograr un contrapeso entre la independencia de la Corte y el alcance de su jurisdicción. Otorgar poder al C.S. con autoridad suspensiva, por un lado, reconoce explícitamente los límites del procedimiento judicial frente a las altas expectativas que los Estados depositaron en la C.P.I.. Por otro lado, el C.S. es un foro que funciona bajo sus propias reglas políticas, las que podrían ocasionalmente prevalecer según diferentes estrategias, aunque la entrada en escena del derecho de veto junto con un fuerte apoyo a la credibilidad de la Corte podría en la práctica actuar como un elemento disuasorio para la adopción de una resolución suspensiva del procedimiento judicial. Así, los poderes reconocidos al C.S. por los Estados Partes del Estatuto de Roma son el resultado del rol peculiar que la C.P.I. es llamada a desempeñar en el marco de la paz y seguridad internacional<sup>29</sup>.

A pesar de que según algunos autores, la C.P.I. no fue creada como una herramienta internacional de reconciliación, sino como un tribunal internacional, teniendo –como cualquier otra jurisdicción penal– una función de enjuiciamiento<sup>30</sup>, la Corte ha demostrado su impacto disuasivo sobre la perpetración de atrocidades sistemáticas y generalizadas, contribuyendo a la reconciliación de los conflictos que involucran los peores crímenes internacionales y alentando a las partes a negociaciones de paz en Uganda, la República Democrática del Congo y la República Central Africana, a la implementación de los acuerdos de paz en Sudán<sup>31</sup> y la solución de la crisis en Libia.

Los primeros pasos de la C.P.I. en el ejercicio real de su jurisdicción han demostrado que la mayoría de las críticas radicales sobre el riesgo de que sus actividades fuesen politizadas son infundadas.

Cabe por último referirse a una situación *sui generis* que se dio por primera vez en la Resolución CS 1497, adoptada en respuesta al conflicto en

---

<sup>29</sup> BELLELLI, Roberto, “The Establishment of the System of International Criminal Justice”, Roberto Bellelli (ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Farnham, Routledge, 2010, pp. 40-41 y p. 45.

<sup>30</sup> LATTANZI, Flavia, “Concurrent Jurisdictions between primacy and complementarity”, Roberto Bellelli (ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, Farnham, Routledge, 2010, p. 205.

<sup>31</sup> BELLELLI, Roberto, *op. cit.*, p. 62.

Liberia. Se trata de una situación diferente, puesto que no se hace referencia al artículo 16. La Resolución, de manera similar a la Resolución CS 1970 comentada en el apartado anterior, establece la jurisdicción exclusiva de los Estados que contribuyen con fuerzas, y que no son Parte del Estatuto de Roma, sobre los actos de sus oficiales. Puede decirse que en esta situación no se suspende la jurisdicción de la Corte, sino que se la excluye totalmente, al establecer jurisdicción exclusiva para los Estados que no son parte del Estatuto sobre los actos de su personal. Cabe destacar que no existe la obligación para los Estados no parte de ejercer la jurisdicción sobre su personal, es decir, que podrían elegir no hacerlo. En consecuencia, esta decisión resulta paradójica, puesto que, con la intención de excluir la jurisdicción de la C.P.I. –cuyo objetivo es el de expandir las bases de la jurisdicción y que los crímenes más serios no queden impunes– esta Resolución lleva a una situación en que los mecanismos tradicionales para el ejercicio de jurisdicción se ven restringidos<sup>32</sup>.

### *III.3) El crimen de agresión:*

La posibilidad de una tercera forma de participación del C.S. había sido ya considerada al analizar la definición y condiciones bajo las cuales se juzgaría el crimen de agresión, cuestión que había sido diferida por voluntad de los Estados Partes al momento de aprobar el Estatuto en 1998 (art. 5.2). En efecto, el Estatuto asigna a la Corte competencia con respecto al crimen de agresión, pero el ejercicio de su competencia había quedado suspendido hasta tanto se definieran los actos que constituyen dicho crimen y se enunciaran las condiciones en las cuales la competencia sería ejercida y dicho acuerdo entrara en vigor.

Mucho se ha discutido también acerca de las diversas posibilidades de vinculación entre el C.S. y la C.P.I. con relación al crimen de agresión.

A pesar de que “la agresión” fue definida por la resolución AG 3314 (XXIX), ésta se refiere a actos de los Estados sin tener en cuenta la conducta de los individuos y está dirigida a facilitar al Consejo de Seguridad la definición de la agresión en supuestos del artículo 39 de la Carta de la

---

<sup>32</sup> JAIN, Neha, *op. cit.*, p. 249.

O.N.U., por lo que no se consideraba –en principio– útil para un órgano jurisdiccional.

La nueva definición y condiciones bajo las cuales se juzgaría dicho crimen serían adoptadas mediante “una disposición” sujeta a la aprobación de la Asamblea de Estados Partes del Estatuto, siete años luego de la entrada en vigor del mismo. Dicha cláusula debía ser compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de Naciones Unidas.

Así las cosas, se sostenía que el Consejo de Seguridad no debería participar en la tarea de definir el crimen de agresión. Se argumentó que el Estatuto, no le atribuye al Consejo ninguna intervención diferente de la que tiene con relación a los otros crímenes, a no ser que la referencia a la Carta fuera una remisión al artículo 39 e implicara entonces la necesidad de que el Consejo de Seguridad declarara la existencia de un acto de agresión en forma previa a la posibilidad de que la Corte ejerciera su competencia. Una condición semejante hubiese equivalido a relativizar el principio de legalidad y de seguridad jurídica, introduciendo un elemento político dentro del proceso judicial, que hubiera reducido la autonomía de la Corte y podría haber tornado ilusorio todo intento de administrar justicia cuando se tratara de la comisión de este crimen, sobre todo si la agresión fuera cometida por alguno de los Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad<sup>33</sup>.

En este estado de la cuestión, la Asamblea de Estados Partes del Estatuto decidió crear en 2002 un Grupo Especial de Trabajo sobre el Crimen de agresión –conformado por Estados Partes y no Partes del Estatuto– con el fin de elaborar una propuesta de disposición sobre dicho crimen para ser presentada en la Conferencia de Revisión del Estatuto<sup>34</sup>.

Entre los días 31 de mayo y 11 de junio de 2010, alrededor de 2000 representantes de Estados, de organizaciones internacionales y de organizaciones no gubernamentales participaron de la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto, que tuvo lugar en Kampala. En dicha oportunidad

---

<sup>33</sup> PAOLILLO, Felipe H., *op. cit.*, p. 255.

<sup>34</sup> Resolución ICC-ASP/1/Res.1, Continuidad del trabajo respecto del crimen de agresión, disponible en [[https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/ICC-ASP-ASP1-Res-01-SPA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-ASP1-Res-01-SPA.pdf)] (14 de julio de 2016).

se aprobaron varias enmiendas al mencionado tratado, entre las que se incluyen las relativas al crimen de agresión<sup>35</sup>.

La Conferencia fundó la definición del crimen de agresión en el concepto de agresión establecido por la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1974, y en ese contexto convino en calificar como crimen de agresión al acto de agresión cometido por un líder político o militar que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas; enumerándose también las acciones que caracterizan el acto de agresión<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria del 11 de junio de 2011 de la Conferencia de Revisión. Las enmiendas estarán sujetas a ratificación o aceptación y entrarán en vigor de conformidad con lo dispuesto en párrafo 5 del art. 121 del Estatuto. Disponible en [<http://crimeofaggression.info/documents/6/RC-Res6-SPA.pdf>] (14 de julio de 2016).

<sup>36</sup> Resolución RC/Res.6 Anexo I “Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión”, “Artículo 8 bis Crimen de agresión. 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por ‘acto de agresión’ se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que

Aunque la definición de crimen de agresión alcanzó un rápido consenso durante la Conferencia de Revisión, ello no fue así en lo concerniente a las circunstancias o condiciones bajo las cuales la C.P.I. ejercería jurisdicción respecto de dicho crimen.

En lo referente al ejercicio de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión, la Conferencia convino –arts. 15bis y 15ter del Estatuto– mantener los tres “mecanismos de activación” de la competencia establecidos en el art. 13 del Estatuto: a) remisión por un Estado, b) remisión por el Consejo de Seguridad y c) iniciación de oficio por el Fiscal<sup>37</sup>.

En el supuesto de una remisión por el C.S., la Corte podría ejercer su competencia sobre el crimen de agresión con independencia del consentimiento del Estado en cuestión. Ello se sigue del art. 13 b) del Estatuto, de las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión y de los entendimientos respecto de la interpretación de las mencionadas enmiendas<sup>38</sup>.

De esta manera el Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, podría remitir a la Corte una “situación” en la que presuntamente se habría producido un acto de agresión,

---

sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.”

<sup>37</sup> La Corte podrá ejercer su competencia, únicamente respecto de crímenes de agresión que se hayan cometido después de que una decisión haya sido adoptada de conformidad con los párrafos 3eros. de los artículos 15 bis y 15ter, según el caso, y un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes, si esta última fecha fuera posterior (Resolución RC/Res.6 Anexo III “Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión”, para. 1).

<sup>38</sup> Así también lo ha entendido claramente el Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión. Véase al respecto el informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión, de febrero de 2009, en *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la CPI, primera y segunda continuaciones del séptimo período de sesiones, Nueva York, 19 a 23 de enero y 9 a 13 de febrero de 2009* (publicación de la Corte Penal Internacional ICC-ASP/7/20/Add.1), capítulo II, anexo II, para. 28 y 29. Disponible en [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ICC-ASP-7-20-Add.1-SWGA%20Spanish.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ICC-ASP-7-20-Add.1-SWGA%20Spanish.pdf) (14 de julio de 2016).

independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto<sup>39</sup>.

En contraste, cuando un Estado refiere una situación de agresión o el Fiscal inicia la investigación de agresión, la Corte debe determinar si el crimen de agresión es resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte que no haya declarado previamente –mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario– que no acepta la competencia del Tribunal. Asimismo, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales o sobre el territorio de un Estado no Parte del Estatuto<sup>40</sup>.

Si bien reconoció la función que desempeña el C.S. en la determinación de la existencia de un acto de agresión, la Conferencia convino también en autorizar al Fiscal, cuando no se haya realizado dicha determinación, a iniciar una investigación de oficio o a petición de un Estado Parte. No obstante, el Fiscal tendría para ello que obtener la autorización previa de la Sección de Cuestiones Preliminares de la Corte.

En efecto, el Fiscal, si llegase a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el C.S. ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate y notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. Cuando el C.S. haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión<sup>41</sup>.

Cuando dicha determinación no se realice en el plazo de seis (6) meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación al respecto, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares haya autorizado el inicio de la investigación sobre el crimen en cuestión y el C.S. no haya decidido lo contrario de

---

<sup>39</sup> Resolución RC/Res.6 El crimen de agresión, Anexo III, *doc. cit.*, para. 2.

<sup>40</sup> Resolución RC/Res.6 El crimen de agresión, Anexo I, *doc. cit.*, artículo 15bis, para. 4 y 5.

<sup>41</sup> Resolución RC/Res.6 Anexo I, *doc. cit.*, artículo 15bis, para. 6 y 7.

conformidad con el artículo 16 del Estatuto (suspensión del procedimiento)<sup>42</sup>.

La determinación de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no será vinculante para ésta, garantizando la independencia judicial en la aplicación del derecho sustantivo; y ningún requisito particular para la investigación de un crimen de agresión surtirá efecto sobre las investigaciones de cualquiera de los otros tres crímenes de competencia de la Corte<sup>43</sup>.

Como habíamos adelantado, la cuestión relativa a las condiciones bajo las cuales la Corte ejercería su competencia respecto al crimen de agresión no fue fácil de resolver. En la Conferencia de Revisión los debates se centraron en los informes previos del Grupo de Trabajo Especial sobre el crimen de agresión en los que se habían presentado las diferentes propuestas al respecto, que finalmente se redujeron a dos alternativas.

Algunas delegaciones<sup>44</sup> se manifestaron a favor de la primera alternativa, que presentaba a su vez dos opciones: disponía que el Fiscal únicamente podría proceder a una investigación respecto de un crimen de agresión cuando el Consejo de Seguridad hubiese emitido una determinación de agresión o cuando el Consejo de Seguridad, mediante una resolución en virtud del Capítulo VII de la Carta, hubiese solicitado al Fiscal que inicie la investigación respecto de un crimen de agresión<sup>45</sup>.

Se expresó que el C.S., en virtud del artículo 39 de la Carta, tenía competencia exclusiva a la hora de determinar que se había cometido un acto de agresión. El párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma requiere que las enmiendas relativas al crimen de agresión estén en concordancia

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, artículo 15bis, para. 8.

<sup>43</sup> *Ibidem*, artículo 15bis, para. 9.

<sup>44</sup> El Reino Unido y Francia, por ejemplo.

<sup>45</sup> El Consejo de Seguridad podría remitir una situación a la Corte sin efectuar una determinación de agresión. Podría existir la apariencia de que sólo se habían perpetrado otros crímenes a tenor del artículo 5 del Estatuto o podrían existir otros motivos para que el CS no efectuara la determinación de un acto de agresión. Documentos oficiales de la Conferencia de Revisión, RC/11, Anexo III, Informe del Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, párrafo 18. Disponible en [[https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/RC-11-Annex.III-SPA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-11-Annex.III-SPA.pdf)] (14 de julio de 2016).

con la Carta. Por lo tanto, se interpretaba que era esencial una relación constructiva entre la Corte y el Consejo de Seguridad, especialmente respecto del crimen de agresión, puesto que unas conclusiones divergentes en cuanto a la existencia de un acto estatal de agresión podrían socavar la legitimidad de ambos. En el marco de las negociaciones, se sugirió también que esta primera alternativa era acorde con el objetivo de lograr la ratificación universal del Estatuto de Roma<sup>46</sup>.

En otro sentido, se argumentó que la falta de acción por parte del C.S. respecto de la determinación de un acto de agresión no debería impedir la investigación de un crimen de agresión. Se recordó que el C.S. siempre podría suspender una investigación o un proceso en virtud del art. 16 del Estatuto de Roma y que ello abordaba suficientemente cualquier posible inquietud del Consejo. También se argumentó que la asignación de ese derecho prioritario al Consejo de Seguridad podría tener como resultado procesamientos unilaterales, esto es, procesamientos de los crímenes de una sola parte del conflicto (por ejemplo, crímenes de guerra cometidos durante el transcurso de una guerra contra un agresor), mientras que la otra parte quedaría impune respecto del acto de agresión<sup>47</sup>.

En tal entendimiento, otras delegaciones reiteraron su preferencia por una segunda alternativa, que permitiría al Fiscal actuar, en determinadas condiciones, sin necesidad de la determinación de agresión por parte del Consejo de Seguridad. Se manifestó un fuerte apoyo a favor de esta alternativa, que otorgaría, además, la función de filtro jurisdiccional a la Sala de Cuestiones Preliminares. Las delegaciones a favor de este filtro judicial interno recalcaron la necesidad de que la Corte pudiera actuar de forma independiente y evitara la politización, a los efectos de poner fin a la impunidad. Se expresó asimismo la opinión de que el procedimiento sobre

---

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Véase el informe de Reunión oficiosa entre períodos de sesiones sobre el crimen de agresión, acogida por el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, en el Club Princeton, New York, del 8 al 10 de junio de 2009, en *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la CPI del Octavo período de sesiones, La Haya, 18 a 26 de noviembre de 2009* (publicación de la Corte Penal Internacional ICC-ASP/8/INF.2), párrafo 49. Disponible en [<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/39B127C3-71FC-4703-9690-15796BEB76C1/0/ICCASP8INF2SPA.pdf>] (14 de julio de 2016).

el crimen de agresión no debería ser diferente de los procedimientos ya existentes respecto de los otros tres crímenes<sup>48</sup>.

De esta manera, la remisión a la Sala de Cuestiones Preliminares parecía cambiar la primacía del Consejo de Seguridad en la determinación de la existencia de un acto de agresión de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, al permitirse mantener una investigación por agresión ante la C.P.I. cuando el C.S. no se hubiera pronunciado al respecto, despojándolo así de una autoridad que hasta el momento le era exclusiva<sup>49</sup>.

Sin embargo, después de varios debates intensivos en el seno del Grupo Especial de Trabajo sobre el crimen de agresión y luego en la Conferencia de Kampala, se decidió garantizar la supremacía del C.S. al mantener la facultad de este órgano principal de Naciones Unidas de suspender la investigación o enjuiciamiento que se haya iniciado ante la Corte por un crimen de agresión, en los mismos términos que para el resto de los crímenes competencia de la Corte, conforme lo establece el artículo 16 del Estatuto y según fue analizado oportunamente en el apartado anterior del presente trabajo. Ello es conteste, además, con las previsiones del artículo 5.2 del Estatuto y el artículo 103 de la Carta de la O.N.U. que establece la supremacía de las obligaciones que de ella se derivan sobre todo otro convenio internacional celebrado por los Estados miembros.

Resulta muy interesante lo logrado por el consenso de Kampala en pos de la justicia internacional; es cierto que el C.S. puede suspender un procedimiento relativo a un crimen de agresión, pero si desea hacerlo deberá realizar un acto positivo, no será su silencio o inacción lo que impida que se inicie una investigación para juzgar a los individuos ante la Corte<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Documentos oficiales de la Conferencia de Revisión, RC/11, Anexo III, *doc. cit.*, para. 19. Disponible en [[https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/RC-11-Annex.III-SPA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-11-Annex.III-SPA.pdf)] (14 de julio de 2016).

<sup>49</sup> SCHEFFER, David, "States Parties Approve New Crimes for International Criminal Court", *ASIL Insight*, Volume 14, Issue 16, June 22, 2010. Disponible en [<https://www.asil.org/insights/volume/14/issue/16/states-parties-approve-new-crimes-international-criminal-court>] (14 de julio de 2016).

<sup>50</sup> VERNET, Paula M., "El éxito del consenso internacional", entrevista en Informe Especial Corte Penal Internacional: Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, *Agenda Legislativa*, Centro Cultural Pontificia Universidad Católica Argentina, julio 2010, p. 20.

En el documento oficioso presentado por el Presidente de la Conferencia de Kampala se sugería que una cláusula de revisión podría resultar útil a fin de tomar en consideración las inquietudes de algunas delegaciones<sup>51</sup>, se señaló que el período de revisión debía ser relativamente largo con el fin de permitir una valoración adecuada del ejercicio por la Corte de su competencia respecto del crimen de agresión. Otras delegaciones, en cambio, subrayaron que no consideraban que esta cláusula fuera necesaria, pero que podría ser aceptable si resultaba de ayuda a la hora de obtener el consenso<sup>52</sup>. Finalmente y conforme lo sugerido, la Conferencia decidió revisar las enmiendas relativas al crimen de agresión siete años después del inicio del ejercicio de la competencia de la Corte<sup>53</sup>.

Las enmiendas adoptadas por consenso entrarán en vigor únicamente para los Estados Partes que la hayan aceptado un año después de la fecha del depósito del instrumento de ratificación o aceptación (art. 121.5 del Estatuto). Sin embargo, las disposiciones de los artículos 15 bis y 15 ter del Estatuto expresan que la Corte no podrá ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión hasta que: a) al menos 30 Estados Partes hayan ratificado o aceptado las enmiendas y b) siete octavos de los Estados Partes hayan adoptado una decisión para activar la jurisdicción en cualquier momento después del 1º de enero de 2017. Con fecha 23 de septiembre de 2016, Países Bajos y Chile se convirtieron en el trigésimo primero y segundo Estado, respectivamente, en ratificar las enmiendas al Estatuto de Roma sobre el crimen de agresión<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Documento oficioso del Presidente de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma: Elementos adicionales para una solución respecto del crimen de agresión (RC/WGCA/2 del 25 de mayo de 2010). Disponible en [[http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/RC-WGCA-2-SPA.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-WGCA-2-SPA.pdf)] (14 de julio de 2016).

<sup>52</sup> Documentos oficiales de la Conferencia de Revisión, RC/11, Anexo III, Informe del Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, para. 28. Disponible en [[http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/RC-11-Annex.III-SPA.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-11-Annex.III-SPA.pdf)] (14 de julio de 2016).

<sup>53</sup> Resolución RC/Res.6, Decisión 4.

<sup>54</sup> Los Estados que han depositado los instrumentos de ratificación de las enmiendas adoptadas en Kampala sobre el crimen de agresión son: Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Botswana, Chile, Costa Rica, Croacia, Chipre, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Georgia, Islandia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Palestina, Polonia, República Checa, República de Macedonia, Samoa, San Marino, Suiza, Trinidad y Tobago y Uruguay. Consultar en

### *III.4) Otras cuestiones que hacen a la relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional:*

Asimismo el Estatuto prevé los siguientes supuestos en lo relativo a la relación entre el C.S. y la C.P.I.:

i) Cuando el Fiscal decide no proceder a la investigación de una situación que le ha sido remitida por el Consejo de Seguridad, éste podrá dirigirse a la Sala de Cuestiones Preliminares y solicitarle que examine la decisión del Fiscal. Dicha Sala puede pedirle al Fiscal que reconsidere su decisión (art. 53.3 del Estatuto).

ii) Conforme lo establecen los artículos 15.2 y 64.6 del Estatuto el Consejo deberá presentar la información, documentos y pruebas que la Corte le solicite.

iii) Cuando un Estado parte del Estatuto, o un Estado que no sea parte, pero que haya celebrado con la Corte un acuerdo de asistencia judicial, se nieguen a cooperar, la Corte debe informar sobre esta circunstancia al Consejo de Seguridad si se trata de un asunto que éste le ha remitido (arts. 87.5 y 87.7)<sup>55</sup>.

## **IV. Observaciones finales**

La solución adoptada en Roma por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión de Kampala parecen comprometer la autonomía de la Corte Penal Internacional al conferirle al Consejo de Seguridad un amplio poder para iniciar los procedimientos y suspenderlos, siendo la única condición la actuación en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas e introduciendo así un elemento político dentro del proceso judicial.

Se evidencia de esta manera que las funciones específicas de la C.P.I., organismo de naturaleza jurisdiccional, que debe asegurar independencia e imparcialidad para alcanzar la justicia, pueden verse

---

[[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&tmdsg\\_no=XVIII-10-b&tchapter=18&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&tmdsg_no=XVIII-10-b&tchapter=18&lang=en)] (14 de julio de 2016).

<sup>55</sup> Ver SLUITER, Göran, "Obtaing Cooperation from Sudan-Where is the Law?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, pp. 871 y ss.

amenazadas por la realización del propósito principal del Consejo de Seguridad, esto es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, dado que los objetivos de paz y justicia no siempre resultan compatibles en la realidad internacional.

Los primeros pasos de la C.P.I. han demostrado que, además de otros mecanismos extrajudiciales muy utilizados en el pasado –como las comisiones de la verdad y reconciliación, las reparaciones y las amnistías–, la búsqueda de la justicia penal es un mecanismo viable para el logro de la paz internacional.

Queda todavía un largo camino por recorrer en la construcción del binomio “paz y justicia”. Académicos, investigadores, mediadores y demás protagonistas en los conflictos y en la justicia internacional deberán procurar un ejercicio de reflexión que permita comprender mejor cómo obtener una paz más duradera mediante la justicia, meta reconocida en la Declaración de Kampala de 2010<sup>56</sup>.

El ejercicio real de la competencia de la C.P.I. respecto del crimen de agresión está sujeto a una decisión a adoptarse después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. El juego de las relaciones entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad en esa cuestión, y la responsabilidad de sus protagonistas de desarrollar una relación constructiva, será lo que determinará en definitiva el alcance de las facultades aquí analizadas y se podrá entonces terminar de delinear la relación entre el binomio “paz y justicia”.

---

<sup>56</sup> Declaración RC/Decl.1, aprobada por consenso en la cuarta sesión plenaria el 1 de junio de 2010. Disponible en [[https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Decl.1-SPA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Decl.1-SPA.pdf)] (14 de julio de 2016).

## LA COMPETENCIA DE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES PENALES

*Tamara G. Quiroga\**

“The instinct of self-preservation in human society, acting almost subconsciously, as do all drives in the human mind, is rebelling against the constantly refined methods of annihilation and against the destruction of humanity”. *Bertha von Suttner (1843-1914)*

**SUMARIO:** I. Introducción; II. El Derecho Internacional Penal y su ámbito de aplicación; III. El juzgamiento del individuo y su responsabilidad penal internacional; IV. La jurisdicción universal; V. Los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y Tokio como antecedentes históricos de jurisdicciones internacionales penales; VI. Los Tribunales Penales Internacionales creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Tribunales Internos Internacionalizados; VII. La Corte Penal Internacional como Jurisdicción Internacional Permanente; VIII. Conclusión.

### I. Introducción

Con la intención de abordar el análisis del tema del artículo –la competencia de los tribunales internacionales penales, los tribunales internos internacionalizados y la Corte Penal Internacional–, en primer lugar se estudiarán las nociones básicas del proceso de desarrollo del Derecho Internacional Penal. A la luz de la definición que la doctrina ha dado al concepto de esta rama autónoma del Derecho Internacional se intentará establecer la vinculación existente entre uno y otro ordenamiento jurídico.

---

\* Abogada (U.C.A.); Magister en Relaciones Internacionales con orientación en Derecho Internacional Público (U.B.A.); Miembro del Instituto de Derecho Internacional del C.A.R.I.; *Visiting Research Fellow* en el *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (2014). Profesora Asistente en Derecho Internacional Público (U.C.A. y U.B.A.).

A partir de conceptos básicos del Derecho Internacional se examinan los puntos más relevantes del constante proceso de desarrollo del Derecho Internacional Penal a través de breves síntesis históricas que permiten trazar el camino para una comprensión actualizada de la temática. Se hace, además, una breve descripción del encuadre que da la doctrina del Derecho Internacional a los ilícitos internacionales y a la distinción entre delitos y crímenes internacionales.

En base a esta distinción y teniendo en consideración la materia principal de la investigación, se analiza particularmente el proceso de desarrollo del Derecho Internacional Penal en materia de crímenes internacionales, considerándose, además, la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional, el juzgamiento de las personas acusadas de haber incurrido en ella, la jurisdicción penal universal y los distintos tipos de ejercicio de la jurisdicción internacional penal para recorrer así el camino que condujo al establecimiento de una jurisdicción penal permanente de las características que tiene la Corte Penal Internacional.

## II. El Derecho Internacional Penal y su ámbito de aplicación

Kelsen, al referirse a la naturaleza del Derecho Internacional y, específicamente a los actos ilícitos internacionales y las sanciones internacionales, hace especial mención a que todo orden social induce a los hombres a abstenerse de ciertos actos que por una u otra razón se consideran perjudiciales en la sociedad y a realizar otros que, por una u otra razón, son reputados como útiles a la sociedad. El concepto de derecho remite a la idea de un orden social y la función de todo orden social es lograr cierta conducta recíproca de los hombres. Se puede tratar de alcanzar esa meta de dos maneras fundamentalmente diferentes: con o sin la amenaza del uso de la fuerza<sup>1</sup>.

Si se considera al Derecho Internacional como un orden social o un sistema jurídico internacional resulta claro advertir que en su órbita

---

<sup>1</sup> Ver en este sentido: Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Td. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1965, p. 6.

también existe la idea de la abstención de ciertos actos que por una u otra razón podrían considerarse perjudiciales. En esta línea de pensamiento resulta básico recurrir primeramente a la definición de Derecho Internacional Público para comprender algunos de los planteamientos que se expresarán a continuación. Los juristas Podestá Costa y Ruda sostienen que el Derecho Internacional Público es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también la de éstos con ciertas entidades que sin ser Estados poseen personalidad jurídica internacional. Además, el derecho internacional comprende las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de las organizaciones internacionales y sus relaciones entre sí.<sup>2</sup>

El desarrollo del derecho internacional ha sido influenciado por las exigencias de la vida internacional de modo tal que el concepto de sujetos de derecho internacional ha ido mutando a lo largo de los años, siendo relevante el concepto de “atribución de la subjetividad internacional” al individuo –persona humana– como punto de análisis del derecho internacional actual y la importancia que este concepto adquiere en el desarrollo del Derecho Internacional Penal. En consecuencia se advierte que en la realidad y práctica internacionales interactúan no sólo los Estados sino también otros sujetos de derecho internacional; esto es, otras entidades titulares de derechos y obligaciones internacionales.

Si las normas del Derecho Internacional se aplican a los hombres, resulta lógico que sea contra los hombres que ellas provean sanciones. Esta afirmación permite advertir que el derecho positivo internacional reconoce la subjetividad internacional del individuo como entidad titular de derechos y obligaciones internacionales. Este reconocimiento se originó en el desarrollo del derecho internacional, luego de las dos guerras mundiales del siglo XX, y en la creación de la Sociedad de las Naciones (1919) y de la Organización de las Naciones Unidas (1945, en adelante O.N.U.). La idea de la subjetividad internacional del individuo se observa como un elemento fundamental del Derecho Internacional Penal y esta idea será posteriormente analizada al evaluar detenidamente el concepto de la responsabilidad penal individual.

---

<sup>2</sup> PODESTÁ COSTA, Luis A. - RUDA, José M., *Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Buenos Aires, Editorial TEA, 1985, p. 3.

El Derecho Internacional entró en un profundo proceso de desarrollo luego de la Segunda Guerra mundial. Este proceso tuvo dos pilares fundamentales: a) el reconocimiento de la existencia y la necesidad de protección de derechos humanos fundamentales, cuya violación no podría ser más considerada como una problemática doméstica sino como una problemática internacional, y b) la concepción del empleo descentralizado de la fuerza como conducta generadora de desaprobación universal –y no como un atributo del poder soberano de un Estado– que debía condenarse a través de un proceso de control y prohibición.

De la desaprobación universal de la utilización descentralizada del empleo de la fuerza y de la necesidad de protección de los derechos humanos, surge un cambio profundo en la matriz del derecho internacional tradicional en relación con la subjetividad internacional. La incorporación del individuo como sujeto de este ordenamiento jurídico en calidad de ente susceptible de adquirir derechos –cuyo reconocimiento y tutela correspondería ya al derecho internacional– y de contraer obligaciones –ante cuyo incumplimiento aquél resultaría eventualmente responsable en el ámbito internacional– constituye uno de los mayores cambios del derecho internacional clásico. A la posibilidad de imputar por la comisión de delitos y crímenes del derecho internacional a los transgresores de obligaciones jurídicas internacionales –tal como ocurría desde mediados del siglo XIX– se adiciona a partir del siglo XX la noción del reconocimiento y la protección de derechos que tiene el individuo en el ámbito del derecho internacional.

Han sido tres las circunstancias que han condicionado al ordenamiento jurídico internacional luego de la II Guerra Mundial<sup>3</sup>: 1) La distinción de una categoría especial de normas; las normas imperativas o de *ius cogens*; 2) El establecimiento del principio a través del cual el individuo que viola obligaciones internacionales que le corresponde cumplir –independientemente de lo que pudiesen establecer ordenamientos jurídicos internos– debe ser considerado personalmente punible de conformidad con normas de derecho internacional penal y, 3) El hecho de que la Carta de las

---

<sup>3</sup> RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *Delitos de Derecho Internacional*, Barcelona, Editorial Bosch, 2001, p. 64.

Naciones Unidas atribuya consecuencias especialmente determinadas a la violación de ciertas obligaciones internacionales.

Resulta dable determinar cuáles son esas obligaciones, cómo opera la responsabilidad internacional penal individual, y cuáles son las sanciones previstas por el derecho internacional para poder establecer el objeto material del Derecho Internacional Penal.

Existen tensiones entre aproximaciones “internacionalistas” y “penalistas” dando lugar a problemas de interpretación del Derecho Internacional Penal. Para aclarar las confusiones terminológicas que puedan suscitarse es dable mencionar que ciertos Estados conservan en sus ámbitos internos la denominación *derecho penal internacional* definiéndolo como un conjunto de leyes y principios de derecho que resultan del hecho de que actos delictivos caigan o parezcan caer bajo el imperio de leyes penales de Estados políticamente independientes unos de otros<sup>4</sup>: El objeto del *derecho penal internacional* es por regla general encarar las acciones punibles de los individuos que por una u otra razón posean elementos de carácter internacional, siendo un derecho elaborado en casi su totalidad por el ordenamiento interno de un Estado cuando establece sus propias leyes represivas y la consideración de la ley penal foránea; constituyendo un conjunto de normas que determinan los límites recíprocos de las distintas competencias nacionales en el orden penal y en la obligación de asistencia y auxilio en la represión de la delincuencia que mutuamente acuerdan entre sí diversos Estados.

En síntesis, el *derecho penal internacional* tiene como objeto indicar la ley penal aplicable, determinar los efectos extraterritoriales de las leyes represivas de los diferentes Estados, y fijar las reglas de colaboración de las autoridades de diferentes países a los efectos del ejercicio de la represión. Sería una ramificación del derecho público internacional que determina las infracciones, establece las penas y fija las condiciones de responsabilidad penal internacional de los Estados y de los individuos<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> FIERRO, Guillermo, *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma 1977, p. 6.

<sup>5</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Segunda Edición, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Losada, 1956, p. 1104.

Eugenio Zaffaroni, jurista argentino, argumenta que si el Derecho Internacional Penal tiene por objeto la tipificación internacional –mediante las fuentes propias del derecho internacional– de los llamados delitos o crímenes internacionales y su correspondiente represión; el *derecho penal internacional* decide la competencia legislativa y jurisdiccional respecto de delitos tipificados en las leyes nacionales de cada Estado y de sus autores<sup>6</sup>. Se advierte entonces que el *derecho penal internacional* tiene como objeto la regulación del ámbito espacial de la ley penal, ocupándose de la ley penal aplicable en el caso de presentarse conflicto de leyes penales aplicables y de resolver conflictos de jurisdicción.

Estos conceptos sobre *derecho penal internacional* son profundizados por el jurista Guillermo Fierro, quien identifica cuatro principios generales para evaluar el ámbito de validez espacial de la ley penal: 1) *principio de territorialidad*: referido a que ley penal rige en todo el territorio de un Estado y en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2) *principio de personalidad*: consiste en que se aplique la ley penal del Estado del cual es nacional el sujeto activo del delito –principio de personalidad activa– o del Estado del cual es nacional el sujeto pasivo del delito –principio de personalidad pasiva– sin que importe lugar de comisión del delito; 3) *principio de defensa o real*: se aplica la ley penal del Estado donde se produzcan los efectos del delito sin importar el de su comisión; y 4) *principio de justicia mundial, cosmopolita y de jurisdicción universal*: consiste en que el Estado que detenga a una persona sobre la que existe presunción de haber cometido delitos internacionales, le aplique su ley, sin importar el lugar de la comisión del delito, la nacionalidad del sujeto activo, la nacionalidad de la víctima o si se han lesionado bienes jurídicos de ese país<sup>7</sup>.

Con la intención de clarificar la posible ambigüedad entre uno y otro ordenamiento jurídico –derecho penal internacional y derecho internacional penal– cabe ahora analizar la definición del Derecho Internacional Penal. Se ha afirmado que el Derecho Internacional Penal es aquel ordenamiento jurídico positivo en el que se tipifican conductas como

---

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, p. 186.

<sup>7</sup> FIERRO, Guillermo, *op. cit.*, p. 62 y ss. El autor refiere únicamente a delitos internacionales cuando se refiere al principio mencionado en el punto 4).

ilícitas, imputando responsabilidad por su comisión a individuos, previendo la efectividad de la sanción a aquéllos que hubieran violado la norma establecida. En razón de tratarse de una rama del Derecho Internacional, participando de sus características, las normas que lo regulan provienen de fuente convencional o consuetudinaria y, dada su especificidad penal, las fuentes que lo originan deben ser precisas; debiendo contener la descripción del acto ilícito, la intención y el conocimiento de la ilicitud que debe tener el individuo que lo lleve a cabo; todo ello sea que se trate de una norma violada de naturaleza dispositiva o de naturaleza imperativa<sup>8</sup>.

Se debe considerar como elemento esencial en el concepto de Derecho Internacional Penal, la noción de coacción, ínsita en la sanción penal. Este elemento, al igual que la jurisdicción –capacidad de conocer en relación a un determinado comportamiento–, es atributo de los Estados soberanos que, en principio, sólo a ellos correspondería ejercer. Sobre esta idea se ahondará más adelante, analizado previamente cuál es el ámbito material de este ordenamiento jurídico.

De acuerdo al derecho internacional clásico, las conductas ilícitas que generan responsabilidad penal individual son los llamados delitos contra el derecho de gentes siendo aquellas conductas delictivas que transforman un peligro general en un peligro interestatal. La noción de delitos contra el derecho de gentes proviene de la lucha solidaria de la comunidad civilizada contra la criminalidad, no obstante esta noción penal del derecho internacional ha mutado y evolucionado luego de la Segunda Guerra Mundial, configurándose la existencia de dos clases de ilícitos internacionales: los *delicta iuris gentium* y los crímenes internacionales.

El ámbito material del Derecho Internacional Penal estaría constituido tanto por los delitos internacionales como por los crímenes internacionales; esto es: las violaciones de normas del ordenamiento jurídico internacional de fuente convencional y consuetudinaria que tipifican conductas como ilícitas, imputando una responsabilidad de naturaleza penal a los individuos que con intención y conocimiento incurran en ellas. Estas reglas, creadas en el ámbito internacional, en

---

<sup>8</sup> GUTIERREZ POSSE, Hortensia, D. T., *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires, Editorial de los Cuatro Vientos, 2006, p. 17.

ocasiones podrán incluir disposiciones referidas a la jurisdicción o jurisdicciones habilitadas para conocer, las formas que puede asumir esa responsabilidad, las penas que correspondería aplicar, la eventual extradición o entrega de imputados u otras formas de cooperación y asistencia jurídicas. Sin embargo, la distinción entre delitos y crímenes internacionales no radica en estos aspectos de la norma que tipifica el ilícito sino que está directamente vinculada con su naturaleza jurídica. Esto es, con los intereses o valores que a través de ellas se intente tutelar. En el primer supuesto –los delitos internacionales– se tratará de normas dispositivas que generan derechos y obligaciones entre los Estados que se encuentren vinculados por tales reglas de derecho. En el segundo –los crímenes internacionales– las normas, reconocidas y aceptadas por la comunidad de Estados en su conjunto, tendrán el carácter de imperativas, comportando obligaciones oponibles *erga omnes*<sup>9</sup>.

Los delitos contra el derecho de gentes, entre los que se pueden mencionar como ejemplos la difusión de publicaciones obscenas, la falsificación de monedas, el tráfico ilegal de estupefacientes y la piratería, tutelan intereses pertenecientes a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Teniendo en cuenta la materia de análisis de esta investigación, interesará dirigir la exploración del tema a los crímenes internacionales. En este caso, si se intentara hacer una enumeración de estos últimos –los crímenes internacionales– se podría apelar a la órbita de competencia que ha sido atribuida a la Corte Penal Internacional. Entonces, entre los crímenes internacionales que se pueden mencionar se advierte la existencia de categorías tales como: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio y crimen de agresión. Si bien esta enumeración puede no resultar completa, resulta sin lugar a dudas una idea directriz en la enumeración de crímenes internacionales<sup>10</sup>.

Ahora bien, si se considera al derecho internacional general como un ordenamiento jurídico descentralizado y de coordinación, se advierte que los Estados son sujetos originarios de este ordenamiento con soberanía

---

<sup>9</sup> GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., *op. cit.*, p. 83.

<sup>10</sup> El artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional enumera taxativamente la competencia material de la Corte limitándola a cuatro categorías de crímenes internacionales, los que son considerados como aquéllos de más grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

hacia el interior de sus fronteras y con igualdad jurídica fuera de ellas; es decir, en el ámbito internacional. En ese criterio, al analizar los elementos de los crímenes internacionales y la represión de las conductas que los tipifican, ha de tenerse presente que si los Estados soberanos así lo deciden, la represión de los crímenes internacionales y principalmente la competencia para entender en los mismos puede darse no sólo a través de tribunales nacionales, sino en la órbita de tribunales internacionales, creados directamente por acuerdo convencional de los Estados o bien a través de decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, órgano en el que los Estados delegaron la función primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, conforme lo expresa la Carta de las Naciones Unidas<sup>11</sup>. En diferente sentido y si bien ambos conceptos –delitos contra el derecho de gentes –*delicta iuris gentium* y crímenes de derecho internacional– contemplan la protección de bienes que los Estados consideran merecedores de tutela jurídica, los delitos contra el derecho de gentes amparan intereses que en primer lugar aparecen tutelados en forma directa por los ordenamientos internos de los Estados, pero que por alguna razón, circunstancia o motivo particular tienden a producir efectos en el ámbito internacional y, eventualmente, perturbar sus relaciones recíprocas. En consecuencia y, en principio, los *delicta iuris gentium* son objeto de represión sólo por tribunales nacionales.

La diferencia sustancial entre ambas categorías estriba en que los crímenes de derecho internacional protegen bienes jurídicos supremos de la comunidad internacional en su conjunto, la paz y la seguridad internacionales y la dignidad del ser humano<sup>12</sup>; mientras que los *delicta iuris gentium* son delitos de derecho común que constituyen una infracción contra intereses generales protegidos por el Derecho Internacional.

Al analizar los elementos constitutivos de los crímenes de derecho internacional se contempla particularmente el impacto general que tienen sobre la humanidad, la entidad del daño producido en la historia de la comunidad internacional, los valores afectados que daña el crimen internacional y aquello que potencialmente la conducta criminal pueda producir a futuro.

---

<sup>11</sup> Carta O.N.U., artículo 24.

<sup>12</sup> FIERRO, Guillermo, *op. cit.*, p. 13.

Ya se ha argumentado que para enumerar las categorías de crímenes internacionales podría resultar importante la competencia de la Corte Penal Internacional. Ahora bien, para la doctrina y ciertos autores<sup>13</sup> en particular, esa enumeración puede ser más amplia. Se advierte además que las fuentes de ambas categorías de ilícitos internacionales también resultan diversas. Durante el siglo XIX, la fuente normativa de los *delicta iuris gentium* era de carácter consuetudinario, mientras que actualmente –en su gran mayoría– es de carácter convencional, razón por la cual es imprescindible que los Estados incorporen en el ámbito interno la tipificación que se da en el ámbito internacional para la efectividad y, por ende, la sanción de esa conducta ilícita.

La comisión de delitos internacionales está directamente relacionada con la violación de normas dispositivas del ordenamiento jurídico internacional que generan derechos y obligaciones entre quienes se encuentren vinculados por ellas. Su adopción suele estar motivada por la voluntad de los Estados Parte de perseguir ilícitos que perturban en algún modo sus relaciones recíprocas<sup>14</sup>.

En el caso de los crímenes de derecho internacional su fuente de regulación son tanto las normas consuetudinarias como las normas convencionales, siguiendo el principio general de derecho internacional que reconoce a la costumbre como una práctica aceptada como derecho, esto es, una práctica o conducta realizada con conciencia de la obligatoriedad o convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse, porque es jurídicamente obligatorio. En tal criterio, el proceso de creación de los crímenes internacionales asume un doble carácter: convencional y consuetudinario.

Otra diferencia sumamente relevante entre ambos tipos de ilícitos internacionales –esto es, delitos y crímenes– se advierte al analizar la aplicación de la institución procesal de la prescripción. En los delitos con trascendencia internacional, la eventual aplicación de esta institución será conforme el derecho interno de los diferentes sistemas jurídicos de los

---

<sup>13</sup> Crimen de agresión, crímenes de guerras, empleo de armas, genocidio y crímenes contra la humanidad. Ver para ampliar CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *op. cit.*, p. 95.

<sup>14</sup> GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., *op. cit.*, p. 85

Estados. En la órbita de los crímenes de derecho internacional, resultaría jurídicamente ineficaz un orden interno que no tuviera concordancia con el derecho internacional y con las obligaciones y compromisos que un Estado hubiera asumido internacionalmente. En este criterio, los Estados están obligados a perseguir aquellas conductas criminales establecidas en el ámbito internacional penal sin límite temporal alguno, debiendo aplicar principios del derecho internacional; más aún, si hubieran manifestado su voluntad al ser parte de instrumentos jurídicos convencionales que previeran la imprescriptibilidad de ciertos crímenes. En ese sentido, el 26 de noviembre de 1968 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, la que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970 de conformidad con lo previsto en el artículo octavo de su texto. El preámbulo de la referida Convención expresa que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo. Además, refiere que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales. El instrumento advierte que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes<sup>15</sup>.

Lo expresado sobre delitos y crímenes del derecho internacional podrá servir de base para comprender con mayor nitidez el concepto del Derecho Internacional Penal como rama del Derecho Internacional y la íntima relación existente entre las normas de naturaleza penal de origen internacional y las medidas internas de cada Estado para llevar adelante compromisos internacionales a los que voluntariamente se hubieran obligado para sancionar dichas conductas criminales.

---

<sup>15</sup> Resolución Asamblea General O.N.U. 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968.

En la traducción que se ha hecho de la obra de Cherif Bassiouni, se ha definido al Derecho Internacional Penal como la rama del sistema jurídico internacional que configura una de las estrategias empleadas para alcanzar –respecto de ciertos intereses mundiales de prevención del delito– protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes. El objeto de las prescripciones normativas del Derecho Internacional Penal consiste, por tanto, en delimitar las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de trascendencia mundial dado, para cuya protección parece necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales; sanciones impuestas por los Estados miembros de la comunidad, a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación<sup>16</sup>. Pareciera que esta definición iguala el significado de un “interés social de trascendencia mundial” al de “valores de trascendencia mundial”.

En consecuencia, resultaría apropiado referirse al Derecho Internacional Penal como un ordenamiento jurídico positivo, rama del Derecho Internacional Público, que tiene por objeto la incriminación de conductas que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional como la paz, la seguridad y la dignidad humana, así como intereses de trascendencia mundial, estableciendo sanciones penales y un sistema de comprensión que explique y oriente a los jueces competentes en el juzgamiento de la conducta, bajo qué hipótesis y tipos penales y condiciones relativas a la responsabilidad penal individual se debe formular el requerimiento punitivo y cómo se puede responder.

### III. El juzgamiento del individuo y su responsabilidad penal internacional

Cabe ahora analizar el régimen de responsabilidad penal que se da en ambos tipos de ilícitos internacionales –es decir, en el ámbito material del derecho internacional penal– para establecer el sustento a un eventual juzgamiento y sanción de quien pudiera resultar acusado de haber incurrido en una conducta ilícita. La represión internacional en los casos de los delitos contra el derecho de gentes –*delicta iuris gentium*– procede por parte del Estado siempre que exista una fuente que así lo determine o que dicho

---

<sup>16</sup> CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, *op.cit.*, p. 49.

Estado haya adoptado en su legislación la tipificación penal que permita la punición de la conducta. En materia de crímenes de derecho internacional los Estados deben cumplir con obligaciones de carácter *erga omnes* que tienen su fuente tanto en el derecho convencional como en el consuetudinario; y el incumplimiento de estas obligaciones podría constituir –a su turno– un hecho internacionalmente ilícito que comprometería la responsabilidad del Estado.

Si se analiza desde un punto de vista histórico, se advierte que la comunidad internacional contempló la necesidad de dar origen a un sistema de represión internacional directo en virtud de la gravedad y peligrosidad de los crímenes de derecho internacional y la poca actividad de represión doméstica de este tipo de crímenes. Surgió así la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad penal de aquella persona que cometiera crímenes tan graves, independientemente de la existencia de una fuente convencional que previera la obligatoriedad de su represión. Esta idea se confirma al analizar el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El artículo 13 inciso b) del instrumento habilita el ejercicio de la jurisdicción por la Corte cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas –actuando de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de la Organización– remite un caso a la Fiscalía del Tribunal por la presunta comisión de crímenes de derecho internacional de la competencia del Tribunal. En este supuesto, el Estatuto determina la posibilidad de juzgar y castigar a los responsables de estos crímenes, aún si sus sujetos activos son o no nacionales de un Estado parte al Estatuto de la Corte, o si el crimen se cometió o no en el territorio de un Estado parte<sup>17</sup>.

No obstante, debe señalarse que la Corte tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales; punto sobre el que se volverá en el capítulo siguiente. Por ahora baste señalar que aún con anterioridad a la instauración de la Corte Penal Internacional, la necesidad de dar castigo a aquellas conductas que afectaran valores internacionales protegidos como bienes jurídicos por la comunidad internacional en su conjunto fue el umbral para dar origen al funcionamiento de tribunales que

---

<sup>17</sup> Esta atribución ha sido ejercida por el órgano en dos situaciones, la primera el 31 de marzo del año 2005 en relación a la situación de Darfur, Sudán, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1593; y la segunda en referencia a la situación de Libia adoptando la Resolución nº 1970 el 26 de febrero de 2011.

habrían de analizar, juzgar y eventualmente condenar a aquéllos que pudieran resultar penalmente responsables por la comisión de un crimen internacional.

Así, a fines de la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles firmado el 28 de junio de 1919 reconoció la existencia del concepto de responsabilidad penal individual en el ámbito internacional, al señalarse en sus artículos 227, 228 y 229 el derecho de las Potencias Aliadas a enjuiciar y castigar a los individuos responsables de violación de las leyes y las costumbres de la guerra<sup>18</sup> y de la autoridad sagrada de los tratados.

La Segunda Guerra Mundial fue fundamental para el concepto actual del Derecho Internacional Penal. A partir de los procesos judiciales de Núremberg, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó –en un instrumento adoptado el 11 de diciembre de 1946– los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y la sentencia dictada por ese Tribunal. A más, a través de éste, daba instrucciones a la Comisión de Derecho Internacional para que tratase como un asunto de importancia primordial los planes para la formulación en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad; un Código Criminal Internacional<sup>19</sup>.

El 29 de julio de 1950 la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas los redactó como los “Principios de Núremberg”, adoptándolos en su segunda sesión en 1950, y remitiéndolos a la Asamblea General para su tratamiento como parte del informe de la Comisión sobre el trabajo que se había realizado en esa sesión<sup>20</sup>. En razón de haber sido confirmados esos principios por la comunidad internacional en su conjunto,

---

<sup>18</sup> GREPPI, Edoardo “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional”. *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 835, pp. 531-554.

<sup>19</sup> Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg. Resolución 95 (I) de la Asamblea General O.N.U. de fecha 11 de diciembre de 1946. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas fue también establecida en el instrumento.

Ver texto completo en: [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_ph\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf) (consulta el 14/10/2016).

<sup>20</sup> Se puede obtener el texto completo en:

<https://conf.unog.ch/esportal/sites/default/files/Work-II.C-7th%20Ed-07-Vol%20I-S.pdf> (consulta el 14/10/2016).

en virtud del consenso que se evidenciara en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946, se advierte claramente una idea sobre la criminalización de ciertas conductas que hacen al interés de toda la humanidad; un interés idéntico en querer amparar y tutelar jurídicamente ciertos valores, por lo que en materia de crímenes internacionales la responsabilidad recae en los individuos que hayan llevado a cabo el acto punible.

Los “principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto y la sentencia del Tribunal de Nüremberg” comienzan con el principio de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional. Este principio –principio I– fue piedra angular en la construcción del concepto actual de responsabilidad penal individual en el derecho internacional.

El principio I se basa fundamentalmente en el fallo del Tribunal según el cual los delitos contra el derecho internacional son cometidos por los hombres y no por entidades abstractas y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional<sup>21</sup>.

Los principios restantes afirman: a) que existe responsabilidad penal conforme al derecho internacional, incluso si el derecho interno no prevé la sanción del acto criminal para el derecho internacional (principio II), b) que se deniega la inmunidad a toda persona que haya actuado como Jefe de estado o funcionario a cargo de departamentos de Gobierno (principio III); c) que el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción (principio IV); d) que existe un derecho a un juicio imparcial para el acusado (principio V); e) que los crímenes se codifican en tres categorías: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (principio VI) y f) que la complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, o un crimen de

---

<sup>21</sup> Cfr. CASSESE, Antonio, “Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg”. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. 2009. Disponible en [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-1/ga\\_95-1\\_s.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-1/ga_95-1_s.pdf) (consulta 14/10/2016).

guerra o un crimen contra la humanidad –enunciados en el principio IV– constituye asimismo un crimen de derecho internacional.

Sin lugar a dudas, los principios de Nüremberg confirmados por la Asamblea General en 1946 influyeron considerablemente en la evolución jurídica del Derecho Internacional Penal. A más, en los instrumentos internacionales que han establecido tribunales penales internacionales, estos principios han estado contenidos de una manera quizá más elaborada.

La responsabilidad penal individual, como principio del derecho internacional penal, encuentra su fuente material en la preocupación de la comunidad internacional ante la ocurrencia de ciertas conductas lesivas de valores que trascienden las fronteras de un Estado, dando lugar a la adopción de tratados y a la formación de normas consuetudinarias tendientes a tipificarlas como ilícitas, estableciendo mecanismos para su prevención, juzgamiento y sanción.

Se puede afirmar que el principio de responsabilidad penal individual en el plano internacional es actualmente un principio consagrado en el Derecho Internacional Penal. Este principio quedó incluido naturalmente en los estatutos de los tribunales penales internacionales instituidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas –Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>22</sup>– así como también en el Estatuto<sup>23</sup> de la Corte Penal Internacional.

Debe analizarse la necesidad de enjuiciamiento y sanción punitiva de las personas acusadas de haber incurrido en responsabilidad internacional penal; esto es, de los autores o partícipes de esas conductas ilícitas para el derecho internacional. La práctica permitiría distinguir tres

---

<sup>22</sup> El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue instituido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución n° 808 adoptada el 25 de mayo de 1993 y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue instituido mediante Resolución n° 955 el 8 de noviembre de 1994.

<sup>23</sup> El artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda se titulan Responsabilidad Penal Individual. El artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en español se titula: Responsabilidad Penal Individual.

instancias para cumplir con la obligación de sancionar los crímenes internacionales: la justicia de un Estado, los Tribunales Penales Internacionales y los Tribunales Internos Internacionalizados.

Todo Estado soberano tiene el poder de crear su propio ordenamiento jurídico y aplicarlo y en caso de que éste fuera transgredido, juzgar y eventualmente tomar medidas coactivas. En numerosas ocasiones las medidas coactivas adoptadas para sancionar conductas que configuran crímenes internacionales se tornan ineficaces y la persecución de esos crímenes no resulta conducente si lo que se persigue es la punición de aquél que resulte penalmente responsable en el ámbito internacional. Esta problemática se evaluó al incorporar el principio de complementariedad, enunciado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Si bien se analizará el principio de complementariedad al hacer referencia a la Corte Penal Internacional, por ahora basta con mencionar que en relación a las jurisdicciones penales nacionales, este principio –establecido en el preámbulo y en el artículo 1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional– es un claro incentivo para que los Estados reconcilien su sistema judicial con los estándares internacionales intentando el proceso y la sanción judicial de aquellos individuos que resultaran responsables por la comisión de crímenes internacionales.

Determinada la responsabilidad penal internacional del individuo, es importante la sanción de la conducta ilícita para lo cual el hecho ha de ser juzgado. Los Estados, como entidades soberanas, determinan conductas que consideran punibles así como los criterios en base a los cuales conocerán en ellas, ejerciendo su jurisdicción. Por ende, tanto el juzgamiento de los delitos como el de los crímenes internacionales les corresponde, pero en el caso de los crímenes internacionales podrían encontrarse habilitados para entender tribunales internacionales, independientemente de lo que dispusiesen los derechos internos, puesto que prevenir, juzgar y sancionar su comisión es trascendente para la comunidad internacional en su conjunto y puede constituir una vía de pacificación luego de conflictos o, aún, de situaciones de grave tensión interior<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *op. cit.*, p. 181.

Es dable hacer mención a la idea de poder punitivo como una idea que se ha ido transformando con el transcurso histórico de la humanidad. Desde el punto de vista clásico, el poder de punir o castigar penalmente respondía a un exclusivo atributo de la soberanía de los Estados, sin embargo si bien esto sigue siendo un atributo de los Estados soberanos, los Estados pueden pactar delegar dicha atribución.

La comisión de actos que tuvieran como consecuencia un daño que afectó a la comunidad internacional y a la dignidad humana, llevó a tener en consideración la necesidad de establecer una importante cooperación y solidaridad interestatal en materia de castigo de esos actos, dando origen a la existencia de un sistema internacional penal. Esta idea fue recogida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado durante la Conferencia de Roma de 1998<sup>25</sup>.

Entre los doctrinarios de Derecho Penal, existe el concepto de criminalización primaria y secundaria. La primera está referida al acto y el efecto de sancionar una ley penal que tiene por objeto incriminar conductas y proyectar el ejercicio del poder punitivo sobre ciertas personas y la segunda consiste en el ejercicio mismo del poder punitivo sobre personas concretas<sup>26</sup>. Se puede intentar trazar un análisis comparativo del juzgamiento de la responsabilidad internacional penal individual partiendo de estos conceptos y afirmar que en la órbita del Derecho Internacional Penal se puede advertir: a) como criminalización primaria: la enumeración y tipificación penal de ciertas conductas que por lesividad afectan a bienes jurídicos protegidos y valores tutelados de la comunidad internacional y, b) como criminalización secundaria: la instauración de un régimen de represión de carácter internacional con jurisdicción y competencia para juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales, sin perjuicio del ejercicio de la jurisdicción doméstica de cada Estado.

Estos mecanismos tienen como fin primordial hacer efectiva la responsabilidad penal individual de todo aquél que haya cometido un ilícito internacional. Así, el interés por el enjuiciamiento y la aplicación de sanciones penales a los responsables de ilícitos internacionales es de toda la

---

<sup>25</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional. Adoptado en la Conferencia de Roma el 17 de julio de 1998, artículo 1º.

<sup>26</sup> Ver para ampliar ZAFFARONI, Eugenio E., *op.cit.*, p. 4.

humanidad, independientemente de los Estados en los que la comunidad internacional se organiza, dando esta idea núcleo vital al concepto de Derecho Internacional Penal.

#### IV. La Jurisdicción Penal Universal

Establecido el ámbito material del Derecho Internacional Penal, la responsabilidad internacional penal individual en la que puede incurrir quien viole los límites instituidos por ese ordenamiento jurídico y analizada la necesidad de juzgar dicha conducta con la intención de sancionar tal violación; se debe analizar quién puede decir que efectivamente esa conducta resulta violatoria de normas del Derecho Internacional Penal. Para ello puede resultar relevante señalar un concepto elemental como “jurisdicción”. El término deriva del latín “*iuris dicere*” que significa “decir el derecho”. Entonces, la jurisdicción es el poder de decir el derecho. Todo juez por el hecho de serlo, tiene jurisdicción. La medida de la jurisdicción está dada por la competencia, que limita ese poder de “decir el derecho” a determinadas materias, personas, territorio y tiempo; siendo estos límites los que fijan los ámbitos de validez de un ordenamiento jurídico determinado.

Aproximadamente desde el siglo XIX, la idea que antecede al concepto de una jurisdicción penal de tipo internacional se relaciona con la concordancia de las voluntades de Estados soberanos en relación a la determinación de que ciertas conductas específicas no pueden dejar de ser penalizadas por el hecho de que ocurran fuera de los espacios en los que aquéllos tienen jurisdicción, ya que lesionan las vinculaciones que existen entre ellos<sup>27</sup>. Si se limita el concepto de jurisdicción a la descripción de una prerrogativa estatal para hacer uso de un ejercicio exclusivo del poder soberano de ese Estado sobre su territorio, el Estado que extiende su poder hacia un territorio o hacia personas bajo el poder soberano de otro, potencialmente entra en conflicto con este último; más aún, si de lo que se trata es de juzgar y eventualmente sancionar una conducta delictiva.

Ahora bien, si se analiza la operatividad del término “jurisdicción del Estado” del Derecho Internacional se concluye que la jurisdicción de cada Estado es una lógica consecuencia del principio de igual soberana de

---

<sup>27</sup> Esto, por ejemplo, sucedía con la piratería.

los Estados<sup>28</sup>. En esta línea de pensamiento, cada Estado entonces resulta libre de regular las materias en el ejercicio de su poder legislativo y judicial del modo que encontrara más conveniente –aún fuera de su propio territorio– siempre que no sobrepase los límites prohibitivos que establecen los principios de Derecho Internacional. Este concepto de “jurisdicción del Estado” podría generar conflicto e interferir en la soberanía de terceros Estados si hubiera un elemento internacional en la conducta delictiva analizada conduciendo a potenciales conflictos de leyes o jurisdicciones si se considera el hecho de que cada Estados es soberano y, por ende, tiene capacidad de regular las conductas en sus ámbitos internos. Sin embargo, en materia de crímenes internacionales son los Estados a través de un accionar coordinado quienes acuerdan modalidades sobre materias específicas<sup>29</sup>.

Ahora bien, esta idea se modifica cuando el Estado en forma autónoma y no coordinada con otros sujetos de la comunidad internacional pretende extender su poder sobre hechos internacionalmente ilícitos perpetrados por no nacionales, en contra de no nacionales fuera de sus límites territoriales<sup>30</sup>. El ejercicio de la jurisdicción universal de tipo penal se ha fundamentado a partir del siglo XIX en normas consuetudinarias del Derecho Internacional que permitían la persecución de actos de piratería cometidos en espacios desligados del ejercicio de la soberanía de los Estados. Con posterioridad la Corte Permanente de Justicia Internacional aplicó dicha norma consuetudinaria, señalando la aceptación de esta costumbre en el caso *Lotus*<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Carta de las Naciones Unidas, artículo 2 Párrafo 1º.

<sup>29</sup> Fundamenta esta afirmación el objeto de los siguientes instrumentos internacionales: a) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes/ b) Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas/ c) Convenio sobre las Infracciones y otros Actos cometidos a Bordo de una Aeronave/ d) Convenio para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima.

<sup>30</sup> SIMON, Jan, Michael, “Jurisdicción Universal. La Perspectiva del Derecho Internacional Público”. *Revista Electrónica Estudios Internacionales n° 4, Año 2002*. Publicación disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org) (consulta el 14/10/2016).

<sup>31</sup> Ver fallo completo “*The case of the S.S “Lotus”* en [www.worldcourts.com](http://www.worldcourts.com) (consulta el 14/10/2016). La Corte Permanente de Justicia Internacional, en 1927, expresó que el escenario de las acciones de piratería es altamar, y sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, se niega al pirata la protección de la bandera que lleve y

Se desprende la idea de que todos los Estados tienen el deber de garantizar la protección de intereses comunes a todos los Estados, y de no permitir una violación que afecte y lesione dichos intereses que les resultan idénticos, teniendo la facultad de celebrar tratados internacionales o concordar prácticas cumplidas con conciencia de obligatoriedad, que establezcan la extensión de su jurisdicción fuera de sus límites territoriales –en espacios ajenos toda jurisdicción estadual– para proteger tales intereses.

Ahora bien, en materia de crímenes internacionales –específicamente en relación con los crímenes de guerra– la identificación de valores comunes a todos los Estados puede advertirse con posterioridad a la Primera Guerra Mundial. Con anterioridad, la sanción a violaciones a las leyes y costumbres de la guerra estaba prevista en disposiciones convencionales relativas a la jurisdicción de los Estados, optándose por la fórmula que impone la obligación de legislar por parte de cada Estado Parte sin establecer una obligación directa de reprimir en casos particulares. Finalizada la Primera Guerra Mundial, las Potencias Aliadas decidieron reglamentar los términos de la paz a través de una Conferencia de Paz que, celebrada en Francia, concluyó con la firma del Tratado de Paz en Versalles el 28 de junio de 1919. La Paz de Versalles constituye uno de los primeros tratados internacionales en el cual se establecen las bases para la aplicación del principio de responsabilidad individual por crímenes cometidos durante la guerra por miembros de una fuerza beligerante en contra de las personas o de los bienes de otra<sup>32</sup>.

Merece una especial mención el Tratado de Washington de 1922 relativo a la utilización de Submarinos y Gases Nocivos en Operaciones Militares. El contenido de este tratado internacional resulta interesante de destacar al advertir que en el artículo 3 se establecía que cualquier persona en servicio de cualquier Potencia que violase cualquiera de las reglas allí establecidas era considerada como violadora de las leyes de la guerra, y su

---

se le trata como un delincuente, como a un enemigo de toda la humanidad –*hostis humani generis*– a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar.

<sup>32</sup> El Tratado de Versalles recoge la aplicación de lo dispuesto por el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, éste establecía que la parte beligerante que violase las disposiciones relativas a estas leyes era responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.

juzgamiento y sanción sería como si se tratase de un acto de piratería, pudiendo ser llevada ante un tribunal civil o militar de cualquier Potencia dentro de la jurisdicción en la cual esa persona se encontrase. Al parecer, esta norma receptaba el principio de la jurisdicción universal mediante la aplicación analógica de las normas de la piratería como acción punible fuera de la jurisdicción del Estado, y pretendía extender su aplicación más allá de las partes contratantes. Sin embargo, esta fórmula no logró el consentimiento necesario de las partes contratantes para su entrada en vigor y tampoco fue utilizada posteriormente como modelo en tratados y convenios internacionales sobre la materia<sup>33</sup>.

Luego de la Segunda Guerra Mundial el Derecho Internacional experimentó un proceso de desarrollo que tuvo por resultado la percepción de un valor que debía ser tutelado por el derecho, la dignidad de la persona humana<sup>34</sup>. En pos de proteger ese valor legal compartido por todos los Estados, un Estado podría intervenir para perseguir la sanción de crímenes internacionales fundamentando su intervención en la naturaleza de la norma violada.

Así, la justicia de los Estados como primera instancia señalada para cumplir con la obligación de sancionar crímenes internacionales, adopta un

---

<sup>33</sup> Ver para ampliar BARIFFI, Francisco J., “Jurisdicción Universal sobre crímenes de guerra: Evolución histórica y su codificación en el Derecho de Ginebra” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* n° 17. Año 2009, disponible en: [www.reei.org](http://www.reei.org) (consulta el 14/10/2016).

<sup>34</sup> Así se advierte en el Preámbulo de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...)” En el mismo sentido, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la O.N.U. aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. En ese instrumento, el primer considerando resulta relevante al señalar “...que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”. Esta concepción de los derechos humanos, se hace visible también en el segundo considerando del Preámbulo, texto que expresa “...que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de sus creencias...”.

critorio distinto si aquello que se analiza es la aplicación de justicia por parte de un Estado cuando se evidencia un incumplimiento por parte de otro Estado en particular con relación a la sanción de crímenes internacionales cometidos en el ámbito de su jurisdicción, dando la posibilidad de que terceros Estados asuman esta tarea ejerciendo “jurisdicción internacional penal universal”.

La jurisdicción universal se define como la jurisdicción penal que se basa exclusivamente en la naturaleza del crimen sin importar el lugar en el que éste se cometió, ni la nacionalidad del acusado o de la víctima, y sin que requiera otro punto de conexidad con el Estado que ejerza su jurisdicción más allá del que derive de la naturaleza propia de la conducta criminal<sup>35</sup>.

Asimismo, la jurisdicción universal puede distinguirse en dos categorías: jurisdicción universal facultativa y jurisdicción universal obligatoria, siendo ejemplo de ésta última categorización lo dispuesto en los Convenios de Ginebra de 1949<sup>36</sup>. Estas categorizaciones resultan aplicables en materia de Derecho Internacional Humanitario, y en opinión de algunos autores los crímenes internacionales, que pertenecen a la categoría del *Ius Cogens*, constituyen una obligatio *erga omnes* y su represión es inderogable<sup>37</sup>.

A lo expuesto sobre el ejercicio de la jurisdicción penal universal, debe agregarse la importancia que tiene en esta temática y para el Derecho Internacional Penal, el Principio de Imprescriptibilidad. Si bien la prescripción tiene lugar en la gran mayoría de los sistemas penales del mundo, materializándose como una causa de extinción de la responsabilidad penal al impedir el ejercicio del poder punitivo cuando

---

<sup>35</sup> GUEVARA BERMÚDEZ, José A., “La Jurisdicción Universal: una introducción”. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Número 32. Año 2002. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr3.pdf> (consulta el 14/10/2016).

<sup>36</sup> Ver para ampliar página web CICR: [www.icrc.org](http://www.icrc.org). Ref. LG 1999-004d-SPA; conf. Convenios I, II, III.

<sup>37</sup> CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, “La Represión de Crímenes Internacionales: *Ius Cogens* y *Obligatio Erga Omnes*”, en C.I.C.R., *Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario*. Informe de la Reunión de Expertos, Ginebra 23 al 25 de septiembre 1997, Ginebra, CICR, 1997.

transcurrió un plazo de tiempo específico –sea desde la comisión del delito o desde el dictado de la sentencia aún no ejecutada–; en el derecho internacional penal esta idea requiere un análisis diferenciado.

Algunos Estados han concordado la adopción de instrumentos referidos a este principio de imprescriptibilidad cuando se trata de ciertos crímenes de derecho internacional en razón de la lesividad a bienes fundamentales de la humanidad que conlleva la naturaleza de estos crímenes. El límite temporal para el juzgamiento, la represión y la eventual punición de conductas individuales a quien se considere penalmente responsable por tales crímenes resultaría condicionado<sup>38</sup>.

El concepto de imprescriptibilidad de ciertos crímenes internacionales ha sido recogido por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968<sup>39</sup> a través de la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El texto de la Convención enumera en forma taxativa aquellos crímenes imprescriptibles: crímenes de guerra acorde a la definición prevista en el Estatuto de Tribunal Internacional Militar de Nüremberg y crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz –también según la definición dada en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg– así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aún si esos actos no

---

<sup>38</sup> Como antecedentes en esta materia se pueden mencionar las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 170 (II) del 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de *apartheid*; y asimismo las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad. Se observa que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo.

<sup>39</sup> Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

constituyen una violación de las normas del derecho interno del país donde fueron cometidos.

En este mismo sentido el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional recoge la misma idea al expresar que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán una vez entrado en vigor el Estatuto del Tribunal internacional penal permanente.

Se podría quizá advertir que el Derecho Internacional Penal consagra la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y que las limitaciones o restricciones que el derecho interno puede prever para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado –tales como la prescripción de la acción penal– no serían admisibles frente a hechos constitutivos de crímenes internacionales, que se rigen por el Derecho Internacional<sup>40</sup>.

Por ende, en materia de crímenes internacionales existiría una referencia explícita a la obligación de perseguir, investigar y sancionar a quienes resulten penalmente responsables.

En la última década del siglo XX y en la primera del siglo XXI se evidenciaron experiencias de ejercicio de la jurisdicción penal universal<sup>41</sup>, resultando la aplicación de principios de derecho internacional por parte de tribunales nacionales. También se evidenció un proceso de desarrollo e institucionalización de la jurisdicción internacional penal a lo largo de la historia, dando origen a un notable desarrollo de jurisdicciones

---

<sup>40</sup> Artículos II y III de la Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General (aplicación personal de las disposiciones de la Convención y adopción de medidas internas necesarias para perseguir la sanción de los crímenes previstos en el artículo I). Resultaría analizable establecer si el contenido de este instrumento podría ser obligatorio en virtud de ser fuente consuetudinaria de Derecho Internacional. Dado que esto excede el ámbito de análisis del presente trabajo no se analizará la cuestión de la prescripción como norma de derecho consuetudinario.

<sup>41</sup> Se pueden mencionar como ejemplos aquellos casos que están siendo evaluados por la justicia de España por la presunta comisión de crímenes internacionales en los que podría resultar aplicable el principio de jurisdicción universal para el juzgamiento y eventual sanción de las personas acusadas de haber incurrido en responsabilidad internacional penal. El listado de los casos puede ser consultado en el sitio web oficial de la Organización No Gubernamental *Amnesty International*. Información disponible en: <http://www.es.amnesty.org> (consulta el 14/10/2016).

internacionales penales con la finalidad de enjuiciar y eventualmente sancionar a quienes resultaran internacionalmente responsables por la comisión de crímenes internacionales. A esta temática se hará referencia en el siguiente punto.

#### V. Los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y Tokio como antecedentes históricos de jurisdicciones internacionales penales

La institución de jurisdicciones internacionales de naturaleza penal con competencia para conocer en ilícitos cometidos por individuos resultó sustancial en el desarrollo del Derecho Internacional Penal. Si bien el ejercicio de la jurisdicción internacional penal y la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico previsto por el Derecho Internacional resultaría potestad de cada Estado soberano, la comunidad internacional ha propiciado el establecimiento de jurisdicciones internacionales de naturaleza penal con el objetivo de perseguir y eventualmente condenar a aquellos individuos sospechados de haber cometido ilícitos propios del ámbito de competencia de este ordenamiento jurídico.

Estas jurisdicciones se han establecido sea por tratados entre Estados, sea por resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. No obstante, necesariamente, unas y otras se vinculan con las jurisdicciones nacionales aun cuando la relación entre ambas instancias –internacional e interna– no tenga siempre el mismo carácter. Al primer tipo –esto es, las que se establecen por acuerdo de voluntades entre Estados– pertenecieron los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y de Tokio y, al presente, la Corte Penal Internacional. Al segundo, los Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad para la ex-Yugoslavia y para Ruanda<sup>42</sup>.

En los antecedentes de las jurisdicciones internacionales penales se advierte que existió un primer intento histórico para establecer un Tribunal Internacional Penal a fines de la Primera Guerra Mundial. El Tratado de Paz de 1919 establecía en el artículo 227 que los Aliados y las Potencias Asociadas acusaban públicamente al ex Emperador de Alemania, Guillermo

---

<sup>42</sup> GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *op. cit.*, p. 197.

II de Hohenzollern, por ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los Tratados; considerando constituir un tribunal especial para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa; ese Tribunal especial estaría constituido por cinco jueces cada uno designados por los siguientes países: Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia, la República Italiana y Japón. El artículo 227, además, establecía que las decisiones del Tribunal estarían guiadas por las más elevadas razones de la política internacional, con la intención de reivindicar las solemnes obligaciones de los compromisos internacionales asumidos y la validez de la moral internacional. Además, se establecía que sería tarea del Tribunal fijar el castigo que considerara debía ser impuesto. Por último, se disponía que los Aliados y las Potencias Asociadas requirieran al Gobierno de los Países Bajos la rendición y entrega del ex Emperador a fin de poder someterlo a juicio.

En el artículo 228 el Tratado establecía que el gobierno alemán reconocía el derecho de los Aliados y las Potencias Asociadas a llevar ante tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos de violación de las leyes y las costumbres de la guerra. Tales personas en caso de ser halladas culpables deberían ser sentenciadas a castigos fijados por la ley. Esto sería también aplicable aún si se llevaban a cabo procedimientos o acciones judiciales ante tribunales en Alemania o en territorios de naciones aliadas a Alemania. A más, se establecía que el gobierno alemán debía entregar a los Aliados y a las Potencias Asociadas, o a aquel Estado que lo requiriera, las personas acusadas de haber cometido un acto violatorio de las leyes o costumbres de la guerra que estuvieran identificadas por nombre o rango, oficio o empleo, que hubieran actuado bajo la autoridad del gobierno alemán.

El artículo 229 establecía que las personas culpables de actos criminales contra los nacionales de los Aliados y de las Potencias Asociadas serían llevadas ante los tribunales militares de esa Potencia. Agregaba que las personas culpables de actos criminales contra nacionales de más de una Potencia Aliada o Asociada serían llevadas ante tribunales militares compuestos por miembros de tribunales militares de las Potencias involucradas y en todos los casos los acusados estaban facultados a nombrar un defensor propio. Por último, el artículo 230 establecía que el gobierno alemán se comprometía a proporcionar todos los documentos e

información de cualquier tipo, y la producción de los que pudieran ser considerados necesarios para asegurar el conocimiento completo de los actos inculpativos, el descubrimiento de los criminales y la justa apreciación de responsabilidad.

Se advierte que si bien existió un primer intento histórico para establecer un Tribunal Internacional Penal a fines de la Primera Guerra Mundial –toda vez que el Tratado firmado en Versalles en 1919 había reconocido la responsabilidad internacional penal del Kaiser Guillermo II y de quienes hubieran atentado contra las leyes y costumbres de la guerra– la historia se ha encargado de mostrar que esta iniciativa se vio frustrada cuando Holanda negó la solicitud de extradición pedida por Alemania argumentando que el acusado no había violentado norma alguna del derecho internacional vigente al momento de la firma del acuerdo. A más, los Tribunales Militares interaliados, jamás funcionaron, porque los aliados aceptaron que los alemanes culpables de atentados contra las leyes y costumbres de la guerra fuesen juzgados por el Tribunal Supremo de Leipzig, al cual una ley alemana del 17 de diciembre de 1919 había concedido esta competencia<sup>43</sup>.

Luego, en la Segunda Guerra Mundial, el 30 de octubre de 1943, las Naciones Unidas en guerra contra el Eje firmaron la “Declaración de las cuatro naciones en seguridad general”, consensuada durante la Conferencia de Moscú y reconocida posteriormente como “Declaración de Moscú”. Fue firmada por los Ministros de Relaciones Exteriores de Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas y la República Popular China. La Declaración expresaba que estos gobiernos reconocían la necesidad de establecer –dentro del menor plazo posible– una organización general internacional basada en el principio de la igualdad soberana de todos los Estados amantes de la paz, y a la cual pudieran asociarse tales Estados, grandes y pequeños, para mantener la paz y la seguridad internacionales<sup>44</sup>. Esta declaración, en

---

<sup>43</sup> HERZOG, Jaques B., “*Recuerdos del proceso de Nüremberg*”. Conferencia realizada el 3 de mayo de 1949 en la Universidad de Chile, bajo los auspicios del Instituto Chileno-Francés de Cultura. Documento disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/doc/herzog.html> (consulta el 14/10/2016).

<sup>44</sup> Cláusula cuarta de la Declaración de las cuatro naciones en seguridad general ó Declaración de Moscú de 1943.

su última parte –firmada sólo por los presidentes de los Estados Unidos de América, del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas– incluía una “declaración sobre las atrocidades”, previendo un futuro procesamiento y castigo de aquéllos que hubieran resultado responsables por la comisión de matanzas y ejecuciones en el lugar de comisión de la masacre, sin perjuicio de que aquellos criminales cuyas ofensas no tuvieran una localización geográfica específica serían castigados por una decisión conjunta de los gobiernos de los Aliados<sup>45</sup>.

Así, en 1945, se firmó el Acuerdo de Londres entre Francia, Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas. Este documento contenía como Anexo el Estatuto de un Tribunal Militar Internacional, constituyendo el marco normativo aplicable para juzgar a los principales imputados como criminales de guerra. El tribunal se estableció en el Palacio de Justicia de Núremberg y fue mundialmente conocido como “Tribunal Militar Internacional de Núremberg”. El Estatuto sirvió para dar contenido a la consolidación de ciertos principios básicos en materia de la responsabilidad internacional penal individual, lo que fue un hito en el desarrollo del Derecho Internacional Penal. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg<sup>46</sup> estableció la competencia del tribunal para conocer en crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

El 26 de julio de 1945, en la Declaración de Potsdam<sup>47</sup>, las cuatro potencias Aliadas expresaron su intención de perseguir a los oficiales japoneses de mayor rango por los mismos crímenes por los que iban a ser perseguidos los integrantes del gobierno alemán. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente –denominado también “Tribunal de Tokio”– fue instituido por una orden ejecutiva del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en el extremo Oriente, General Douglas Mc Arthur, el 19 de enero de 1946. El Tribunal tenía competencia para conocer en el

---

<sup>45</sup> Texto completo en idioma inglés disponible en <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1943/431000a.html> (consulta el 14/10/2016).

<sup>46</sup> Estatuto Tribunal Militar Internacional de Núremberg, artículo 6.

<sup>47</sup> La Declaración de Potsdam –Alemania– estableció los términos de rendición de Japón luego de la Segunda Guerra Mundial.

juzgamiento de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

La competencia *ratione temporis* del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg no estaba establecida en su Estatuto de creación. Tampoco lo estaba la competencia *ratione loci*. No obstante, se advertía que el tribunal tendría competencia en el juzgamiento de violaciones ocurridas en el territorio de Alemania, y en el de aquellos Estados que hubieran sido ocupados por el régimen nacional socialista. La competencia *ratione materiae* del Tribunal se encontraba establecida en el contenido del artículo 6 incisos a), b) y c). Así, el referido instrumento disponía que se juzgarían los siguientes crímenes: 1) *los crímenes contra la paz*, definidos como el planeamiento, la preparación, o el inicio de una guerra de agresión, o de una guerra que suponía la violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; 2) *los crímenes de guerra*, tales ilícitos definidos –de manera enumerativa y no taxativa– como las violaciones de las leyes o usos de la guerra, entre los que se describía el asesinato, los malos tratos, la deportación contra la población civil, contra prisioneros de guerra o personas en alta mar, la ejecución de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción arbitraria de ciudades o pueblos, y la devastación sin justificativo militar y, por último; 3) *los crímenes contra la humanidad*, enumerando a tal fin los siguientes tipos penales: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes o durante la guerra, y la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos. Resta mencionar la competencia *ratione personae* del Tribunal. Los artículos 1 y 6 del Estatuto establecían la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del eje. En este sentido, el artículo 7 expresamente disponía que la situación oficial de los acusados –como jefes de Estado o como altos funcionarios– no podría ser considerada como motivo de exclusión de la responsabilidad, ni como razón de reducción de la pena, exceptuando que el acusado hubiera actuado bajo “obediencia debida” (en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico). A más, el Estatuto le reservaba al Tribunal la facultad de analizar la procedencia de esta causal de eximición de la responsabilidad de los acusados<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> El artículo 8 del Estatuto de Londres establecía textualmente: “*El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de*

Con relación al Tribunal Internacional para el Lejano Oriente, el Estatuto que establecía su conformación no determinaba su competencia temporal ni su competencia territorial. En tanto, la competencia personal resultaba establecida a través de sus artículos 1 y 5, al disponer que el tribunal podría juzgar a individuos sospechados de haber cometido crímenes de guerra, actuando a título individual o como miembros de asociaciones u organizaciones. Al igual que establecía el Estatuto de Londres con relación a Nüremberg, el Tribunal Internacional para el Lejano Oriente tendría como competencia material sobre crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad<sup>49</sup>.

## VI. Los Tribunales Penales Internacionales creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Tribunales Internos Internacionalizados

El derecho internacional positivo es un sistema de normas jurídicas que no sólo está integrado por un subsistema de coordinación –basado en la igualdad jurídica de los Estados– sino que también comprende un subsistema de cuasi-subordinación, originado en la concordancia de esas voluntades soberanas en reconocer y aceptar valores que merecen ser tutelados jurídicamente. En el marco de este subsistema el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, en ejercicio de las competencias atribuidas por el Capítulo VII de la Carta de la Organización, ha ejercido la capacidad de instituir jurisdicciones penales, de naturaleza obligatoria, con las que los Estados han de cooperar<sup>50</sup>.

---

*responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige.*” Texto completo disponible en: [http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto\\_del\\_tribunal\\_militar\\_internacional\\_de\\_nuremberg.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf) (consulta 14 de octubre 2016).

<sup>49</sup> El texto completo del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oeste puede consultarse en <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/courtdoc/00206653-00206660.pdf> (consulta el 14/10/2016).

<sup>50</sup> GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., *op. cit.*, p. 30.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la historia fue testigo de continuas violaciones al derecho internacional; gravísimo espejo de tal situación se concretó durante el conflicto armado que tuvo lugar a comienzos de la década del noventa del siglo XX, provocando la disolución de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia. En esta oportunidad fue el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas –como órgano de la organización cuya responsabilidad primordial es mantener la paz y la seguridad internacionales– quien decidió crear un Tribunal Internacional Penal *Ad Hoc* para juzgar y sancionar a los principales responsables por las violaciones al Derecho Internacional Humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia, a partir del 1º de enero de 1991<sup>51</sup>.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia, adoptado por Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>52</sup> define un ámbito de competencia material, personal, espacial y temporal para la jurisdicción que se constituyó. Así, se otorga competencia material sobre cuatro tipos de crímenes: a) violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949; b) violaciones a las leyes y usos de la guerra; c) genocidio; d) crímenes de lesa humanidad<sup>53</sup>. El Estatuto establece que el tribunal goza de competencia para el juzgamiento de personas físicas, y determina que la responsabilidad penal será individual<sup>54</sup>. En lo que hace a la competencia espacial, se establece que el tribunal tendrá competencia en aquellos crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, sea en su espacio terrestre, aéreo o marítimo<sup>55</sup>. Por último, en lo que se refiere a la competencia temporal se establece que el Tribunal será competente para entender en aquellos crímenes cometidos a partir del 1º de enero de 1991<sup>56</sup>.

De similares características, y creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con el objetivo de mantener la paz y la seguridad internacionales, el 8 de noviembre de 1994 se estableció el Tribunal Penal

---

<sup>51</sup> Resolución Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas nº 808/1993.

<sup>52</sup> Resolución Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas Nº 827/1993. Las modificaciones del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se encuentran disponibles, en inglés y versión completa actualizada, en el sitio web del Tribunal: <http://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal> (consulta el 14/10/2016).

<sup>53</sup> Estatuto Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 2 al 5.

<sup>54</sup> *Ibidem*, artículos 6 y 7.

<sup>55</sup> *Ibidem*, artículos 1 a 8.

<sup>56</sup> *Ibidem*, artículo 1.

Internacional para Ruanda<sup>57</sup>. La competencia material del tribunal comprende los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>58</sup>. En relación a la competencia personal, se establece que la responsabilidad penal será individual<sup>59</sup> y en materia de competencia temporal se establece que el Tribunal juzgará los crímenes cometidos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de ese mismo año en el territorio de Ruanda<sup>60</sup>.

Ambos procesos de creación se diferenciaron, ya que en el caso de la ex Yugoslavia el Tribunal fue instituido por el Consejo de Seguridad actuando de oficio<sup>61</sup>; mientras que en el caso de Ruanda, la intervención del Consejo de Seguridad fue requerida por ese Estado.

Por último, al considerar las jurisdicciones internacionales penales deben mencionarse aquéllas que han sido instituidas más recientemente; esto es, las jurisdicciones internas internacionalizadas.

Estas jurisdicciones han sido producto de ciertas exigencias políticas o de circunstancias propias de cada caso. Se pueden mencionar: el Tribunal Especial para Sierra Leona, el Tribunal Especial para Iraq, las Salas Especiales para Camboya, las Salas Especiales de Delitos Graves en Timor Oriental, las Salas Especiales para Kosovo y el Tribunal Especial para el Líbano.

Estos tribunales pueden ser creados por decisión de un órgano de la Organización de las Naciones Unidas al establecer una administración internacional para un determinado territorio, tal es el caso de Timor

---

<sup>57</sup> Resolución Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas nº 955/1994.

<sup>58</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Artículos 2 a 4. Las modificaciones del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda se encuentran disponibles en francés e inglés en versión completa actualizada en el sitio web del Tribunal. Texto disponible en: <http://www.unictt.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf> (consulta el 14/10/2016).

<sup>59</sup> *Ibidem*, artículo 6.

<sup>60</sup> *Ibidem*, artículo 1.

<sup>61</sup> Carta de las Naciones Unidas. Artículos 39 y 41.

Oriental<sup>62</sup>, o bien creados por tratados internacionales firmados entre el Estado que tuviera limitada su capacidad jurisdiccional por alguna causa específica y la Organización de las Naciones Unidas; este es el supuesto de Sierra Leona<sup>63</sup>, Camboya<sup>64</sup>, Líbano<sup>65</sup> e Iraq<sup>66</sup>; o por un tratado internacional entre los Estados, como el caso de Kosovo<sup>67</sup>.

Hasta aquí han sido señaladas algunas de las alternativas que el derecho ha previsto para el juzgamiento y la eventual sanción de aquellas personas que pudieran resultar acusadas de haber incurrido en responsabilidad penal individual. Así se han distinguido y analizado tres instancias para cumplir con la obligación de sancionar algunas categorías de crímenes internacionales: la justicia de un Estado, los Tribunales Penales Internacionales y los Tribunales Internos Internacionalizados.

Cabe ahora examinar el establecimiento de una jurisdicción internacional penal de carácter permanente y el desarrollo histórico que ha tenido esta idea hasta la institucionalización de la Corte Penal Internacional.

---

<sup>62</sup> Establecido mediante resolución de la *United Nations Transitional Administration in East Timor* (UNTAET). Texto completo disponible en <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf> (consulta el 14/10/2016).

<sup>63</sup> El texto completo del acuerdo puede ser consultado en idioma original en el siguiente vínculo: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-agreement.pdf> (consulta el 14/10/2016).

<sup>64</sup> El texto completo del acuerdo puede ser consultado en idioma inglés en el siguiente vínculo: [https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement\\_between\\_UN\\_and\\_RGC.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGC.pdf) (consulta el 14/10/2016).

<sup>65</sup> En el caso del Líbano es interesante analizar los instrumentos emanados de los órganos de la Organización de las Naciones Unidas que han intervenido en el asunto (disponibles en: <http://www.stl-tsl.org/en/STL-Documents/Library/United-Nations-Documents>; así también, el Estatuto del Tribunal <http://www.stl-tsl.org/en/STL-Documents/Library/Statute-of-the-tribunal/223-statute-of-the-special-tribunal-for-lebanon>; consultas el 14/10/2016).

<sup>66</sup> Se puede consultar para ampliar esta temática GEISS, Robin & BULINCKX, Noémie, “Cuadro comparativo de los tribunales internacionales e internacionalizados”, *Revista Internacional del CICR* n° 861, 2006 y DOBOVSEK, José, “La jurisdicción penal internacional.” *Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador: Aquitas Virtual* n° 14, Año IV, 2010.

<sup>67</sup> El funcionamiento, la organización y la estructura de esta jurisdicción puede ser consultado en <https://www.scp-ks.org/en/specialist-chambers/background> (consulta el 14/10/2016).

## VII. La Corte Penal Internacional como Jurisdicción Internacional Permanente

### VII.1) Antecedentes:

En el transcurso de 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. En efecto, 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 Genocidio<sup>68</sup>. En el artículo 6 de la Convención se estableció que las personas acusadas de genocidio serían juzgadas por un tribunal competente del 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. En virtud de esta referencia a un tribunal de naturaleza penal; 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. 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 humanidad<sup>69</sup>.

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

---

<sup>68</sup> Resolución Asamblea General nº 260 (III) titulada “*Prevención y sanción del delito de genocidio*”.

<sup>69</sup> 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 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.

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 1º 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 internacional<sup>70</sup>.

El trabajo que había llevado adelante la Comisión en su segundo período de sesiones 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); 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 Nüremberg 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

---

<sup>70</sup> Resolución Asamblea General nº 489 (V) titulada "*Jurisdicción Penal Internacional*".

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: a) el concepto de la guerra como crimen; b) otros crímenes internacionales más allá de la guerra; c) 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 Justicia<sup>71</sup>.

En 1951, la Comisión sobre Jurisdicción Penal Internacional creada en 1950 por la Asamblea General<sup>72</sup> 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 decidió<sup>73</sup> 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 estatuto<sup>74</sup>.

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 resolución<sup>75</sup> 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.

---

<sup>71</sup> Documento A/CN.4/15. “*Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur. Topic: Question of international criminal jurisdiction*”. Extraído de *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II. Disponible en: [http://legal.un.org/ilc/guide/7\\_2.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/7_2.shtml) (consulta el 14/10/2016).

<sup>72</sup> Resolución Asamblea General 489 (V).

<sup>73</sup> Resolución Asamblea General 687 (VII).

<sup>74</sup> Ver, para ampliar, Resolución Asamblea General nº 687 (VII) titulada “Jurisdicción Penal Internacional”.

<sup>75</sup> Resolución Asamblea General 898 (VII).

Cabe hacer aquí especial consideración a la definición de agresión. Este concepto había sido confiado a una Comisión Especial, la que debía presentar un informe sobre el asunto. 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 humanidad. El aplazamiento previsto se extendió hasta el año 1981. El 10 de diciembre de 1981, la Asamblea General invitó a la Comisión de Derecho Internacional 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 proyecto<sup>76</sup>.

En 1989 el órgano pidió a la Comisión que en el tema titulado “proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad internacional” se ocupara de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tuviera competencia sobre la personas que presuntamente hubieran cometido crímenes que pudieran ser tipificados en dicho código<sup>77</sup>. Este pedido se concretó en 1991, cuando este organismo subsidiario adoptó un nuevo proyecto de código que fue enviado a consideración, consulta y comentarios de los Estados miembros, adoptándose en 1994 la versión final del Proyecto de Estatuto para la Corte Penal Internacional, sometándose a consideración de la Asamblea General el texto del referido proyecto. El proyecto de Estatuto fue aprobado recomendándose hacer una convocatoria a una Conferencia

---

<sup>76</sup> Resolución Asamblea General 36/106 titulada “Proyecto de Código de Delitos Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”.

<sup>77</sup> 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”.

Internacional de Plenipotenciarios para examinarlo<sup>78</sup>. 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 Humanidad<sup>79</sup> recogiendo el trabajo de un comité *ad hoc* –o Comité Especial– establecido por la Asamblea General en 1995 para tratar la cuestión de la constitución de una Corte Penal Internacional. Además del trabajo realizado por la Sexta Comisión de la Asamblea General 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 financieras.

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 Internacional<sup>80</sup>. 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

---

<sup>78</sup> Resolución Asamblea General 49/53 titulada “Establecimiento de una Corte Penal Internacional”.

<sup>79</sup> Resolución Asamblea General 51/207 titulada “Establecimiento de una Corte Penal Internacional”.

<sup>80</sup> Resolución Asamblea General 52/160 titulada “Establecimiento de una Corte Penal Internacional”.

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 Conferencia<sup>81</sup>; 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 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 observadores<sup>82</sup>. La Comisión celebró tres períodos de sesiones durante ese año –16 al 26 de febrero, del 26 de julio al

---

<sup>81</sup> Conforme información disponible en:

<http://www.un.org/spanish/law/icc/conferen/court/docs.htm> (consulta el 14/10/2016).

<sup>82</sup> Asamblea General 53/105 titulada “Establecimiento de una Corte Penal Internacional”.

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 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 Corte<sup>83</sup>. 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. 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 Corte<sup>84</sup>, 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 Inmidades 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

---

<sup>83</sup> Resolución Asamblea General 54/105 del 9 de diciembre de 1999, titulada “Establecimiento de una Corte Penal Internacional”.

<sup>84</sup> Resolución Asamblea General 55/155 del 12 de diciembre de 2000, titulada “Establecimiento de una Corte Penal Internacional”.

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.

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 2002<sup>85</sup>. El Secretario General –a pedido de la Asamblea General– inició los preparativos necesarios para convocar, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Roma<sup>86</sup>, la primera reunión de la Asamblea de los Estados Partes que se celebraría cuando entrara en vigor el Estatuto<sup>87</sup>. Finalmente, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entró en vigor el 1º de julio del año 2002. La celebración del primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional tuvo lugar del 3 al 10 de septiembre de 2002 y en esa ocasión se aprobaron varios instrumentos importantes para el eficaz funcionamiento de la Corte: a) Reglas de Procedimiento y Prueba; b) Elementos de los Crímenes; c) Reglamento de la Asamblea de los Estados Partes; d) Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada; e) Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional; f) Principios básicos del acuerdo relativo a la sede que han de negociar la Corte y el país anfitrión; g) Proyecto de acuerdo de relación entre la Corte y las Naciones Unidas; h) Presupuesto del primer ejercicio financiero de la Corte; i) Resolución sobre la continuación del trabajo relativo al crimen de agresión; j) Resolución sobre el procedimiento para la presentación de candidaturas y la elección de los magistrados, el Fiscal y los Fiscales Adjuntos de la Corte Penal Internacional; k) Resolución sobre el procedimiento para la elección de los magistrados de la Corte Penal Internacional; l) Resolución sobre el establecimiento del Comité de

---

<sup>85</sup> Resolución Asamblea General 56/85 del 12 de diciembre de 2001, titulada “Establecimiento de una Corte Penal Internacional”.

<sup>86</sup> Estatuto de Roma, artículo 112.1.

<sup>87</sup> *Ibidem*, artículo 126.

Presupuesto y Finanzas; l) Resolución sobre el procedimiento para la presentación de candidaturas y la elección de los miembros del Comité de Presupuesto y Finanzas; m) Resolución sobre la creación de un fondo en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte, así como de sus familias; n) Resolución sobre el procedimiento para la presentación de candidaturas y la elección de los miembros del Consejo de Administración del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas; o) Resolución acerca de las disposiciones provisionales para la secretaría de la Asamblea de los Estados Partes; resolución sobre la secretaría permanente de la Asamblea de los Estados Partes; p) Resolución sobre la selección del personal de la Corte Penal Internacional; q) Resolución sobre los criterios relativos a las contribuciones voluntarias a la Corte Penal Internacional; r) Resolución sobre la aprobación del presupuesto para el primer ejercicio financiero y financiación de las consignaciones para el primer ejercicio financiero; s) Resolución sobre el Fondo de Operaciones para el primer ejercicio financiero; t) Resolución sobre las escalas de cuotas para el prorrateo de los gastos de la Corte Penal Internacional; u) Resolución sobre la aportación de contribuciones al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas en apoyo del establecimiento de la Corte Penal Internacional; v) Decisión sobre la provisión de fondos para la Corte; w) Decisión sobre los arreglos provisionales para el ejercicio de la autoridad hasta la toma de posesión del Secretario de la Corte; x) Decisión sobre la afiliación de la Corte Penal Internacional a la Caja Común de Pensiones del Personal de las Naciones Unidas; y) Decisión sobre los arreglos para la atribución de asientos a los Estados Partes<sup>88</sup>.

Con posterioridad, este órgano del Estatuto de Roma adoptó diferentes decisiones relacionadas con la organización y el funcionamiento de la Corte, reconociendo su importancia en el sistema multilateral con el objeto de poner fin a la impunidad, establecer el imperio de la ley y promover y alentar el respeto de los derechos humanos de conformidad con el derecho internacional y los propósitos y principios de la Carta de la

---

<sup>88</sup> Estas resoluciones –adoptadas en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma– fueron adoptadas posteriormente por Resolución Asamblea General de las Naciones Unidas nº 57/23 del 19 de noviembre de 2002, titulada “Establecimiento de una Corte Penal Internacional”.

Organización de las Naciones Unidas<sup>89</sup>. Para cumplir con este fin, el Estatuto de Roma prevé una estructura particular que hace a la composición y la organización de la Corte.

### *VIII.2) Funcionamiento y organización:*

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece que para su entrada en vigor 60 Estados debían expresar su consentimiento en obligarse por el tratado; este objetivo fue alcanzado en un corto tiempo ya que pasaron poco más de dos años entre la primera ratificación –Senegal, en febrero de 1999– y las últimas –Camboya, Nigeria y Jordania en abril 2002–. El 1º de julio de 2002 el Estatuto entró en vigor<sup>90</sup>. El Estatuto de Roma –usualmente así llamado por ser la ciudad donde el documento fue adoptado– constituye la base legal de la Corte Penal Internacional, siendo un tratado internacional con vocación de universalidad que instituye el Tribunal y, simultáneamente, regula la aplicación de sus disposiciones.

En efecto, en el primer artículo se pacta lo que se ha dado en denominar el principio de complementariedad y se establece que la Corte ejercerá su jurisdicción conforme al principio de responsabilidad penal del individuo en el ámbito internacional ante la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional<sup>91</sup>. En el tratado, además, se establece la naturaleza voluntaria de la jurisdicción del tribunal<sup>92</sup>, se definen las competencias de la Corte, se dispone su organización, y se establecen las vías para instar la apertura de la instancia<sup>93</sup>. Si bien este Tribunal está vinculado a la Organización de las Naciones Unidas<sup>94</sup> a través de un Acuerdo de Cooperación<sup>95</sup> y un Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades<sup>96</sup>,

---

<sup>89</sup> [A/RES/58/318](#) s/ Cooperación entre las Naciones Unidas y la CPI; [A/RES/60/29](#); [A/RES/61/15](#); [A/RES/62/12](#); [A/RES/63/21](#); [A/RES/64/9](#); [A/RES/65/12](#) s/ Informes de la CPI.

<sup>90</sup> Acorde a la información dada en el sitio web oficial de la Corte Penal Internacional – [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)– al mes de octubre de 2016, la cantidad total de países que han ratificado el Estatuto de Roma asciende a 124 (consulta el 14/10/2016).

<sup>91</sup> Estatuto de Roma, artículo 1.

<sup>92</sup> Ibidem, artículo 12.

<sup>93</sup> Ibidem, artículo 13.

<sup>94</sup> Ibidem, artículo 2.

<sup>95</sup> Adoptado el 4 de octubre de 2004. Texto completo en español disponible en: [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3EBEECA5-0EAC-4685-950F-1488CF56BE64/0/ICCASP3Res1\\_Spanish.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3EBEECA5-0EAC-4685-950F-1488CF56BE64/0/ICCASP3Res1_Spanish.pdf) (consulta el 14/10/2016).

conforme a lo establecido en el Estatuto es una organización internacional independiente<sup>97</sup> de carácter permanente con sede en la ciudad de La Haya, Países Bajos<sup>98</sup>. Sin perjuicio de ello, desde ya cabe señalar que más adelante habrá de volverse sobre la independencia del tribunal en razón de tratarse de un órgano jurisdiccional<sup>99</sup>.

La Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma es el órgano de gobierno y administración de la Corte. Cada Estado Parte está representado por un delegado acorde a lo previsto en el Capítulo IV de las Reglas de Procedimiento de la Asamblea de Estados Partes. La Asamblea además tiene una *Mesa* formada por un Presidente, dos Vicepresidentes y dieciocho miembros elegidos por la Asamblea por un término de tres años, tomándose en consideración para la conformación de la *Mesa* principios de igualdad de distribución geográfica y adecuada representación de los principales sistemas jurídicos del mundo.

En septiembre de 2003 la Asamblea de Estados Partes decidió establecer una Secretaría Permanente para tareas administrativas. La Asamblea interviene en varios asuntos vitales para el funcionamiento de la Corte, tales como la adopción de textos normativos, el presupuesto, la elección de los Jueces, el Fiscal y el Segundo Fiscal/es. Acorde a lo normado en el Estatuto<sup>100</sup> cada Estado Parte tiene un voto pero deben realizarse todos los esfuerzos para que las decisiones sean tomadas por consenso tanto en la Asamblea como en la *Mesa*. Si no se puede alcanzar el consenso, las decisiones son tomadas por voto de mayorías conforme a la naturaleza de las cuestiones a decidir<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> Adoptado el día 9 de septiembre de 2002, vigente a partir del 22 de julio de 2004. Texto completo disponible, en español: [http://www.icc-cpi.int/NR/ronlyres/23F24FDC-E9C2-4C43-BE19-A19F5DDE8882/140093/APIC\\_Spanish.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/ronlyres/23F24FDC-E9C2-4C43-BE19-A19F5DDE8882/140093/APIC_Spanish.pdf). (consulta el 14/10/2016).

<sup>97</sup> Estatuto de Roma, artículo 4.

<sup>98</sup> Acuerdo firmado entre la Corte Penal Internacional y el Reino de los Países Bajos. En vigencia formal desde el 1º de marzo de 2008. Texto completo en inglés disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/ronlyres/99A82721-ED93-4088-B84D-7B8ADA4DD062/280775/ICCBD040108ENG1.pdf> (consulta el 14/10/2016).

<sup>99</sup> Véase el capítulo III Punto 1 de la presente investigación, el cual está referido al vínculo entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

<sup>100</sup> El artículo 112 del Estatuto está referido exclusivamente a la Asamblea de Estados Partes, puntualizando su estructura, organización, función y tareas específicas.

<sup>101</sup> Estatuto, artículo 112.7.

Los jueces y el Fiscal de la Corte son independientes en el desempeño de sus funciones<sup>102</sup>, si bien en relación al Fiscal, se advierte que en situaciones específicas debe recurrir a la Corte misma o bien al Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas<sup>103</sup>, esto aun cuando a la luz del Estatuto de Roma se puede inferir que se ha intentado que la influencia de la política internacional permanezca alejada del funcionamiento de la Corte. Aun cuando más adelante se hará especial mención al vínculo existente entre la Corte y el Consejo de Seguridad –en particular en materia del crimen de agresión de su competencia– baste por ahora mencionar que el Estatuto otorga al Consejo de Seguridad dos prerrogativas: a) en una resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede requerir a la Corte que por un periodo de doce meses suspenda una investigación o un enjuiciamiento; petición que puede ser renovada bajo las mismas condiciones<sup>104</sup> y; b) siempre actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, puede remitir al Fiscal una situación en la que parezca haberse cometido crímenes de la competencia del tribunal para que inicie una investigación<sup>105</sup>.

En referencia a los órganos de la Corte Penal Internacional, es suficiente mencionarlos en forma sintética para comprender el funcionamiento del tribunal. La Corte se compone de cuatro (4) órganos: la Presidencia, las Salas –una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares–, la Fiscalía y la Secretaría<sup>106</sup>.

La Presidencia está compuesta por un Presidente y un primer y un segundo vice presidentes electos por mayoría absoluta de los 18 magistrados de la Corte; por un período renovable de tres años –o hasta que el término de sus mandatos como magistrados expire– los tres magistrados ejercen su cargo de forma permanente<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, artículo 40.1.

<sup>103</sup> *Ibidem*, conforme los supuestos previstos en los artículos 18 y 19.

<sup>104</sup> *Ibidem*, artículo 16.

<sup>105</sup> *Ibidem*, artículo 13.b.

<sup>106</sup> *Ibidem*, artículo 34.

<sup>107</sup> *Ibidem*, artículo 38.

Las Salas cumplen las funciones jurisdiccionales de la Corte acorde a cada Sección; la Sección de Cuestiones Preliminares, la Sección de Primera Instancia y la Sección de Apelaciones. 1) *La Sala de Cuestiones Preliminares* está compuesta por uno o tres magistrados de la Sección de Cuestiones Preliminares y trata las cuestiones previas a la elevación a juicio de un caso. Sus funciones y atribuciones conforme se establece en el Estatuto<sup>108</sup> le otorgan un papel sumamente relevante en la decisión sobre si iniciar o no una investigación. Si el Fiscal decide por iniciativa propia iniciar de oficio una investigación, debe solicitar autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares<sup>109</sup>. La Sala además puede solicitar al Fiscal que reconsidere una decisión de no proceder a una investigación<sup>110</sup>. Entre sus funciones también se encuentran: la emisión de órdenes de detención o de comparecencia ante la Corte a pedido del Fiscal; asegurar el debido proceso a los acusados, la protección y el respeto a la intimidad de las víctimas y testigos, la preservación de pruebas, la protección de las personas detenidas, la información que afecte la seguridad nacional de un Estado, la celebración de la audiencia de confirmación de cargos cuando una persona es entregada o comparece en forma voluntaria ante la Corte o aún en ausencia del acusado, sea porque éste haya renunciado a su derecho a estar presente o porque haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos<sup>111</sup>. 2) *La Sala de Primera Instancia* compuesta por tres magistrados de la Sección de Primera Instancia lleva adelante el juicio y dicta el fallo y si éste fuera condenatorio procede a fijar la pena<sup>112</sup>. La Sala debe proporcionar un juicio justo, asegurando que el proceso sea expedito y que el mismo se sustancie con respeto de los derechos del acusado, teniendo en cuenta la protección de las víctimas y los testigos<sup>113</sup>. Las penas que se pueden imponer son la reclusión y, eventualmente, multas, decomiso de bienes, productos y haberes procedentes directa o indirectamente del crimen<sup>114</sup>. Asimismo, si se le solicitase, la Corte podrá establecer la

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, Roma artículos 57 y ss.

<sup>109</sup> *Ibidem*, artículo 15 punto 3.

<sup>110</sup> *Ibidem*, artículo 53 punto 3.

<sup>111</sup> *Ibidem*, artículo 61 punto 2.

<sup>112</sup> *Ibidem*, artículos 64, 76 y concordantes.

<sup>113</sup> *Ibidem*, artículos 67, 68 y concordantes.

<sup>114</sup> *Ibidem*, artículo 77.

reparación de las víctimas<sup>115</sup>. 3) *La Sala de Apelaciones* se compone de todos los magistrados de la Sección de Apelaciones, pudiendo recurrir ante la Sala de Apelaciones tanto el Fiscal como el acusado o condenado<sup>116</sup>. Además, las decisiones de la Corte pueden ser apeladas en circunstancias específicas por los Estados Partes, por Estados que reclamen jurisdicción sobre el asunto investigado, por las víctimas, por los familiares u otras personas autorizadas después de la muerte del condenado<sup>117</sup>.

Es importante señalar que los magistrados son asignados a las Secciones, de las que luego se conformarán las Salas, según la naturaleza de las funciones que corresponderán a cada una y sus respectivas calificaciones y experiencia, de manera que en cada Sección haya una combinación apropiada de especialistas en derecho y procedimiento penales y en derecho internacional<sup>118</sup>.

La Fiscalía es un órgano independiente que examina información –remitida de conformidad por lo previsto en el Estatuto– hace exámenes preliminares para establecer si de la situación resultan casos pasibles de ser sometidos a conocimiento de la Corte. En caso positivo, con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, lleva a cabo la investigación de la situación y, eventualmente, ejerce la acción penal ante la Corte<sup>119</sup>. En este marco, es la Fiscalía la responsable de determinar si una situación tiene el criterio legal establecido en el Estatuto para ser investigada por la Corte. Para este propósito, el Fiscal realiza exámenes para tomar decisiones preliminares sobre las situaciones que son llevadas a su atención, con base en criterios del Estatuto y de la información que hubiera disponible. Las decisiones preliminares pueden dar lugar a una investigación que será realizada por la Fiscalía con autorización previa de la Sala de Cuestiones Preliminares. Las investigaciones pueden ser iniciadas por: a) una decisión del Fiscal, tomando en consideración cualquier información sobre crímenes de la competencia de la Corte, incluyendo información enviada por individuos, grupos, Estados, organizaciones intergubernamentales o no

---

<sup>115</sup> *Ibidem*, artículo 75.

<sup>116</sup> *Ibidem*, artículos 19, 81, 82 y concordantes.

<sup>117</sup> *Ibidem*, artículos 82. 2, 19.4 y 84.1.

<sup>118</sup> *Ibidem*, artículo 39 en concordancia con el criterio de elección de los 18 magistrados de la Corte según el artículo 36 y concordantes del Estatuto.

<sup>119</sup> *Ibidem*, artículos 42.1, 53, 54 y concordantes.

gubernamentales; b) por remisión de un Estado parte; o c) por declaración de un Estado no parte del Estatuto conforme lo normado en éste<sup>120</sup>. Una vez que la situación ha sido identificada el Estatuto establece el marco legal para el examen preliminar<sup>121</sup>. La Fiscalía está dirigida por el Fiscal, quien tiene plena autoridad para dirigirla y administrarla. El Fiscal, que cuenta con la ayuda de fiscales adjuntos, debe gozar, al igual que aquéllos, de una alta consideración moral, poseer un alto nivel de competencia y tener una extensa experiencia práctica en el ejercicio de la acción penal o la sustanciación de causas penales; es elegido por votación secreta y mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes<sup>122</sup>. Las funciones operativas de la Fiscalía recaen en tres áreas principales: a) División de Jurisdicción, Complementariedad y Cooperación que analiza la información sobre crímenes recibida por la Fiscalía para establecer la procedencia de una investigación, determinando además la necesidad de cooperación de los Estados para cumplimentar el mandato de la Fiscalía; b) División de Investigaciones: sus tareas principales son llevadas a cabo por un fiscal adjunto y tiene como principal tarea la recolección de prueba, la identificación de perpetradores de crímenes bajo la competencia de la Corte y la selección de casos para un eventual proceso; y, c) División de Procesamiento: cuya responsabilidad principal es la preparación de estrategias de litigio ante las Salas de la Corte<sup>123</sup>.

La Secretaría es responsable de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte; es decir, los temas que no resulten de índole jurisdiccional, brindando apoyo administrativo como conducto de comunicación de la Corte. Es dirigida por un Secretario que ejerce sus funciones bajo la autoridad del Presidente de la Corte y su elección es hecha por los magistrados en votación secreta y por mayoría absoluta, tomando en cuenta las recomendaciones de la Asamblea de los Estados Partes<sup>124</sup>. Dentro

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, artículo 12.3.

<sup>121</sup> *Ibidem*, artículos 53.1.a y 53.1.c.

<sup>122</sup> *Ibidem*, artículos 42.2 y 42.3.

<sup>123</sup> Las tareas de cada una de las Divisiones están detalladas en “Reglas de la Oficina del Fiscal”, en vigor desde el 23 de abril 2009. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA-792BCBE1E695/280253/ICCBD050109ENG.pdf> (consulta el 14/10/2016).

<sup>124</sup> El funcionamiento de la Secretaría está previsto en su propio Reglamento. El mismo entró en vigor el 6 de marzo de 2006 y su versión en español está disponible en: <http://www.icc->

de la Secretaría funcionan además dos Unidades especialmente dedicadas a las víctimas<sup>125</sup>: a) la Dependencia de Víctimas y Testigos<sup>126</sup>, con presencia constante en el terreno para brindar medidas de protección, asesoramiento y asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte en todas las fases del procedimiento, dando además especial asesoramiento al Fiscal y a las Salas respecto de las medidas apropiadas para proteger y dar bienestar a víctimas y testigos, gestionando mediante acuerdos con Estados la reubicación de aquellas víctimas o testigos que se encuentran amenazadas o traumatizados; y b) la Sección para la Participación y la Reparación de las Víctimas cuya creación es detallada en la Norma 89 punto 9 del Reglamento de la Corte<sup>127</sup>. Tiene presencia permanente en el terreno y su función principal es prestar asistencia a víctimas tanto en los procesos de participación como de reparación, incluyendo la notificación a víctimas y a sus representantes legales de decisiones relevantes de la Corte. Además de estas dos Unidades, la Secretaría cuenta con una Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, establecida como una oficina independiente de la Secretaría –conforme a la Norma 81 puntos 2 y 3 del Reglamento–, está integrada por abogados que brindan representación legal a víctimas, asegurando su participación en los procedimientos ante la Corte, y por asistentes jurídicos y administrativos. En 2002 la Asamblea de los Estados Partes<sup>128</sup> resolvió crear un fondo en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte al que se llamó “Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas”<sup>129</sup>. El Fondo Fiduciario es una entidad con independencia de la

---

[cpi.int/NR/rdonlyres/A57F6A7F-4C20-4C11-A61F-759338A3B5D4/140152/ICCBD\\_030106\\_Spanish1.pdf](http://cpi.int/NR/rdonlyres/A57F6A7F-4C20-4C11-A61F-759338A3B5D4/140152/ICCBD_030106_Spanish1.pdf) (consulta el 14/10/2016).

<sup>125</sup> Véase para ampliar: “Los Derechos de las Víctimas ante la CPI”, Elaborado por la Federación Internacional de Derechos Humanos. Disponible en [www.fidh.org](http://www.fidh.org) (consulta el 14/10/2016).

<sup>126</sup> Estatuto, artículo 43.6.

<sup>127</sup> Adoptado por los Magistrados de la Corte el 26 de mayo de 2004 durante la Quinta Reunión Plenaria celebrada en La Haya del 17 al 24 de mayo de 2004, enmiendas en vigor en Noviembre 2007. Texto en inglés disponible en:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/DF5E9E76-F99C-410A-85F4-01C4A2CE300C/0/ICCBD010207ENG.pdf> (consulta el 14/10/2016).

<sup>128</sup> Su creación fue detallada en la Norma 89 punto 9 del Reglamento de la Corte Resolución ICC-ASP/1/Res.6 - Aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de septiembre de 2002 “Creación de un fondo en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte, así como de sus familias”.

<sup>129</sup> Estatuto, artículo 79, para ampliar datos sobre el Fondo Fiduciario puede consultarse el sitio web oficial. Disponible en <http://www.trustfundforvictims.org/> (consulta el 14/10/2016).

Corte y presupuesto propio. Así, el Fondo no puede utilizar presupuesto de la Corte, ni la Corte utilizar presupuesto del Fondo. Las actividades del Fondo son supervisadas por un Consejo de Dirección cuyos miembros son elegidos por la Asamblea de los Estados Partes, contando además con una Secretaría para las tareas administrativas necesarias cuya dirección lleva adelante un Director Ejecutivo responsable de prestar asistencia a los miembros del Consejo en materias relativas a la administración del Fondo Fiduciario.

### *VIII.3) La Jurisdicción de la Corte Penal Internacional:*

Se ha afirmado que la Corte Penal Internacional es el primer tribunal internacional de carácter permanente que tiene jurisdicción para intervenir en los crímenes internacionales mencionados en el Estatuto de Roma pero puede ejercer su jurisdicción sólo si el Estado que también pudiera tenerla se encontrara impedido, imposibilitado o sin manifestación genuina de la voluntad de llevar adelante una investigación o un proceso judicial por la comisión de tales conductas criminales. Esta idea de coordinación entre la jurisdicción de la Corte y las jurisdicciones de los Estados se ha dado en denominar principio de complementariedad<sup>130</sup>.

Antes de hacer especial mención a los lineamientos básicos de aplicación del principio de complementariedad, resulta valioso analizar algunos aspectos de la jurisdicción de la Corte. Tal como se ha afirmado anteriormente, si bien tiene una naturaleza voluntaria, el Tribunal es una institución permanente que está facultado para ejercerla sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales<sup>131</sup>. Esto es que, la

---

<sup>130</sup> El preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional expresa textualmente: “Los Estados Partes en el presente Estatuto (...) Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (...)” y “Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (...)”. (énfasis agregado).

<sup>131</sup> Estatuto artículos 1 y 12.1 conforme el cual el hecho de manifestar el consentimiento en obligarse por el Estado implica aceptar la jurisdicción de la Corte sin que sea necesaria ninguna otra declaración, aun cuando –sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa– la Sala de Cuestiones Preliminares, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique,

admisibilidad de un asunto ante esta jurisdicción se encuentra limitada por el hecho de que sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en un Estado que tenga jurisdicción sobre la cuestión, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo<sup>132</sup>.

Pero aún cabe que se plantee la admisibilidad, no ya de un asunto que se ventila ante el Tribunal sino, preliminarmente, de una situación que se esté investigando para determinar si en ese contexto se cometieron crímenes de la competencia de la Corte que constituyan un caso a ser llevado ante esta instancia; pero ello, cuando la haya remitido un Estado Parte o bien el Fiscal haya iniciado *propio motu* la investigación. En este supuesto no se analiza la admisibilidad del asunto sino de una situación para confirmar si existe fundamento suficiente para abrir la investigación si existieran indicios de la comisión de un crimen que estuviera en los límites previstos con los criterios de competencia material, territorial, temporal y personal de la Corte. En estos casos el Fiscal notificará la situación a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. El Fiscal podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y, cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado que lo entienda pertinente podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 del Estatuto y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación<sup>133</sup>.

---

considerase que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y si el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizando el inicio de la investigación conforme el Estatuto, artículo 15.4.

<sup>132</sup> *Ibidem*, artículo 17. 1.

<sup>133</sup> *Ibidem*, artículos 18. 1 y 18.2.

Se advierte entonces que este principio de complementariedad también puede ser fundamento suficiente para plantear sea la impugnación de la competencia de la Corte; sea la admisibilidad de una situación o de una causa que se lleva a su conocimiento. El Estatuto prevé que en el caso de que se trate de una causa que un Estado tenga jurisdicción –porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho con anterioridad– puede impugnar su admisibilidad o la competencia del Tribunal; así como también prevé esta posibilidad para un Estado cuya conformidad hubiera sido requerida para las condiciones previas al ejercicio de la competencia de la Corte<sup>134</sup>.

El Estatuto de Roma no establece, entonces, la jurisdicción exclusiva de la Corte, sino que contempla la primacía que tienen las jurisdicciones nacionales para entender en los crímenes que son de su competencia, alentando una interacción entre ambas jurisdicciones para lograr el concreto proceso de aquel individuo que pudiera resultar penalmente responsable por la comisión de la conducta delictiva núcleo del tipo penal del crimen investigado. El instrumento establece una complementación entre ambas jurisdicciones para lograr un accionar efectivo y coordinado que por una vía primaria –la jurisdicción del tribunal nacional– o por una vía alterna –la prevista por los mecanismos de acceso a la Corte– tenga como fin último y resultado concreto la investigación judicial pertinente y la eventual condena del individuo penalmente responsable.

La Corte es, así, una jurisdicción complementaria y no subsidiaria. A la luz de la literalidad del término complementario se advierte que la jurisdicción de la Corte sería una jurisdicción que completa el accionar judicial que hubiera tenido lugar en el Estado con jurisdicción para intervenir en el caso y no como una jurisdicción que reemplace esta intervención. Para que este principio opere en forma efectiva, el Estatuto prevé que será la misma Corte la encargada de valorar las circunstancias que le permitan cerciorarse de su propia competencia<sup>135</sup> así como que será el Tribunal quien resolverá sobre la admisibilidad de un asunto<sup>136</sup>. Los motivos

---

<sup>134</sup> *Ibidem*, artículos 19.2.b y 19.2.c.

<sup>135</sup> *Ibidem*, artículo 19.1.

<sup>136</sup> *Ibidem*, artículo 17.1.

que pueden considerarse para determinar que un Estado no se encuentra en condiciones de ejercer su jurisdicción sobre un crimen de competencia de la Corte, están dados por el colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o por el hecho de que, careciendo de ella, no pueda hacer comparecer al acusado, no disponga de las pruebas y los testimonios necesarios o no esté por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio<sup>137</sup>.

Si bien el principio general que se afirmara en el capítulo anterior sostiene que por aplicación del principio de jurisdicción universal en materia de ciertos crímenes internacionales<sup>138</sup>, los Estados debieran ejercer su jurisdicción nacional para la condena de aquéllos que pudieran haberlos cometido, la complementariedad de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional pretendería completar el accionar de las jurisdicciones domésticas cuando éstas no puedan o no quieran llevar adelante acciones judiciales contra los sujetos que pudieran resultar penalmente responsables.

La Corte, al ejercer su jurisdicción ha de aplicar en primer lugar, el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; en segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; o en su defecto, los principios generales de derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el Estatuto ni con el derecho internacional ni con las normas internacionalmente reconocidas. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. La aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, artículo 17.3.

<sup>138</sup> Ver lo señalado en p. 22 y las referencias que allí se hacen.

<sup>139</sup> Estatuto de Roma, artículo 21.

El Estatuto también contempla la aplicación de ciertos principios generales de derecho penal al ejercer la Corte su jurisdicción en el ámbito de su competencia. Para ello hace taxativa referencia a los siguientes principios generales: *Nullum crimen sine lege*; *Nulla poena sine lege*, *Irretroactividad ratione personae*; responsabilidad penal individual de los mayores de 18 años, improcedencia del cargo oficial, responsabilidad de los jefes y otros superiores, imprescriptibilidad, órdenes superiores y disposiciones legales, entre otros<sup>140</sup>. A los fines del presente trabajo, conforme se verá más adelante, cabe retener en cuenta, particularmente, el primer principio.

En el Estatuto se establece que nadie será penalmente responsable a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que ésta tenga lugar, un crimen de la competencia de la Corte, disponiéndose que la definición del crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía y que en caso de ambigüedad será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. Sin perjuicio de la claridad de esta norma, en razón de las características del derecho internacional general que contemplan la dualidad de fuentes, también se prevé que nada de lo dispuesto afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del Estatuto. Esto es, que no necesariamente la Corte ha de entender en todo crimen internacional, sino que, en principio, sólo en aquéllos para los cuales los Estados le otorgan competencia.

#### *VIII.4) La competencia de la Corte Penal Internacional:*

La competencia material de la Corte Penal Internacional está establecida en el Estatuto del tribunal<sup>141</sup>, detallándose la formulación de los tipos penales y los elementos de los crímenes que se consideran como los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto<sup>142</sup>. Ahora bien, para comprender la competencia material de la Corte se debe analizar –además del tipo penal de cada uno de los crímenes que hacen a su competencia– los elementos de cada una de estas conductas

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, Parte III, artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 33.

<sup>141</sup> *Ibidem*, artículo 5.

<sup>142</sup> *Ibidem*, artículos 6 a 8 bis.

criminales que resultan contempladas en el Estatuto de Roma. Así, se establece que el tribunal tiene competencia para conocer en el crimen de genocidio; los crímenes de lesa humanidad; los crímenes de guerra y el crimen de agresión<sup>143</sup>. Los tipos penales dispuestos para las tres primeras categorías de crímenes dan cuenta de la necesidad de establecer las conductas criminales que los constituyen en forma detallada y acorde con un tipo penal claramente formulado. En ese sentido resultan de suma importancia los “Elementos de los Crímenes”, esto es, aquellos componentes que hacen a la interpretación de la formulación que el mismo Estatuto hace para cada tipo penal. Se dispone, así, que los elementos de los crímenes ayudan a la Corte a interpretar los artículos que formulan los tipos penales de cada categoría de crimen para los que la Corte tiene competencia. Se trata de elementos materiales que completan la formulación del tipo penal y son utilizados en concordancia con el elemento de intencionalidad necesario para que el individuo pueda ser penado.

A más, el Estatuto prevé –salvo disposición en contrario– que una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento. Este elemento de intencionalidad se encuentra detallado, disponiéndose que actúa intencionalmente quien –en relación con una conducta– se propone incurrir en ella; quien –en relación con una consecuencia– se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos<sup>144</sup>. Los elementos de los crímenes han sido aprobados e incorporados por un único instrumento aprobado por resolución de la Asamblea de Estados Partes y su contenido prevé una estructura similar para cada uno de los crímenes, mencionando la conducta de intencionalidad, las consecuencias y las circunstancias del contexto correspondientes en cada crimen<sup>145</sup>.

En lo que hace a la competencia temporal de la Corte, en el Estatuto se establece que el tribunal conocerá únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto para los Estados que a ese momento fueren parte de este tratado. En cuanto a un Estado que se

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, artículo 30.

<sup>145</sup> Resolución Asamblea de Estados Partes. ICC-ASP/1/3. En vigor desde 9/9/2002.

hizo parte del Estatuto luego de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración consintiendo que la Corte ejerza su jurisdicción en relación con un crimen determinado.<sup>146</sup>

La competencia personal de la Corte se ejerce sobre las personas naturales. En tal sentido quien cometa un crimen de su competencia será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el Estatuto. Así, será penalmente responsable y podrá ser penado quien cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; quien ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa. También será responsable individualmente y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte, quien con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; y quien contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. El Estatuto prevé que esta contribución debe ser intencional y hecha con el propósito de llevar a cabo la actividad o fin delictivo del grupo y esto entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o bien, a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen. El Estatuto hace una especial aclaración respecto del crimen de genocidio, previendo que la contribución sea una instigación directa y pública a que se cometa. A más, resultará penalmente responsable por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte, quien intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, el Estatuto prevé que quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. Si bien en los crímenes de competencia del tribunal podría llegar a advertirse una estrecha vinculación entre las conductas de quienes resulten penalmente responsables y la responsabilidad de un Estado que estuviera involucrado en este accionar

---

<sup>146</sup> Estatuto de Roma, artículos 11.2 y 12.3.

criminal, resulta interesante señalar que es en el mismo texto del Estatuto que se prevé la limitación y la distinción entre los diferentes tipos de responsabilidad al mencionar que nada de lo dispuesto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional<sup>147</sup>.

Esta competencia personal del tribunal tiene ciertas características que están previstas en el Estatuto. Así, se dispone que la Corte no será competente respecto de quienes fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen<sup>148</sup> pero, en cambio, para impedir que entienda será impropio invocar el cargo oficial. Esta última norma resulta de suma importancia ya que comporta la igualdad de aplicación sin distinción alguna basada en el cargo o función oficial. Esto es que, una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso se la eximirá de responsabilidad penal ni ese cargo constituirá *per se* motivo para reducir la pena. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella<sup>149</sup>. En el Estatuto también se regula la responsabilidad en que pueden incurrir por la comisión de crímenes de competencia de la Corte los jefes militares, quienes actúen efectivamente como jefes militares o quien sea un superior. Así, el Estatuto determina que además de otras causales de responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas. Esto será así cuando i) hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. Además, el

---

<sup>147</sup> *Ibidem*, artículo 25.

<sup>148</sup> *Ibidem*, artículo 26.

<sup>149</sup> *Ibidem*, artículo 27.

Estatuto dispone que en lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas, el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento<sup>150</sup>.

Existen además ciertos criterios de territorialidad y nacionalidad respecto del ejercicio de la jurisdicción de la Corte, que se vinculan en forma directa con la competencia que el tribunal tiene en razón de la materia, las personas y el tiempo. Así, en los casos que sean iniciados de oficio por el Fiscal o remitidos a éste por un Estado Parte o cuando se trate de un Estado que no siendo parte del Estatuto de Roma ha aceptado la jurisdicción de la Corte<sup>151</sup>, el Tribunal podrá ejercer su competencia –una vez aceptada su jurisdicción y siempre que la remisión de la situación a la Corte no sea realizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas– respecto del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, respecto del Estado de matrícula del buque o la aeronave; así como también respecto del Estado del que sea nacional el acusado del crimen<sup>152</sup>.

Ahora bien, para que la Corte ejerza su competencia, en el Estatuto se establece podrá ejercerla respecto de cualquiera de los crímenes a que se

---

<sup>150</sup> *Ibidem*, artículo 28.

<sup>151</sup> Costa de Marfil ha aceptado la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sin ser Estado Parte del Estatuto de Roma por aplicación del artículo 12.3. La situación en Costa de Marfil dio origen a un caso que está siendo juzgado actualmente por el Tribunal librándose orden de arresto contra Laurent Ggabo por cuatro cargos relacionados a la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad.

<sup>152</sup> Estatuto de Roma, artículo 12. 2. a y b.

refiere el artículo 5 –esto es crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión– si a) un Estado Parte remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo sobre la base de la información recibida<sup>153</sup>.

La primera posibilidad es la que prevé que el asunto sea remitido a la Corte por un Estado<sup>154</sup>. Todo Estado puede remitir al Fiscal para su análisis una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas. Dicha remisión, en caso que sea posible, deberá estar acompañada por la especificación de las circunstancias pertinentes en las que se advierte la posible comisión de una conducta delictiva y se adjuntará además la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante<sup>155</sup>. En la tercera posibilidad, el Fiscal podrá iniciar de oficio un examen preliminar sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte, debiendo analizar la veracidad de la información recibida.

Tal como requiere el Estatuto, las actividades del examen preliminar hechas por la Fiscalía deben ser realizadas de la misma forma sea cual fuera la manera en la que hubiera recibido la información. En todas las circunstancias, la Fiscalía analizará la seriedad de la información recibida y podrá buscar información adicional de los Estados, de los órganos de las Naciones Unidas, de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y de cualquier otra fuente de información que pudiera considerarse apropiada. La Fiscalía también podrá recibir testimonios orales en la sede de la Corte. A fin de promover la transparencia del proceso de los exámenes preliminares la Fiscalía realizará informes regulares de sus actividades y proveerá respuestas fundadas para sus decisiones sobre la

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, artículo 13.

<sup>154</sup> No siendo parte del Estatuto, el Estado debe haber aceptado previamente la jurisdicción del Tribunal de conformidad con lo que éste prevé (artículo 12.3).

<sup>155</sup> Estatuto de Roma, artículo 14.

prosecución o no de una investigación. Si la información disponible no provee suficientes datos para un análisis que pudiera llevar a la determinación de la existencia de una base razonable para proceder, el análisis se concluye y se envía dicha información a quien hubiera remitido la situación. Esta decisión es provisional y puede ser revisada ante la eventualidad de que surja una nueva información.

En las dos posibilidades mencionadas<sup>156</sup> –esto es por remisión de una situación al Fiscal de la Corte por un Estado o por iniciativa propia del Fiscal–, si éste llegase a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para el iniciar de la investigación junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

El Estatuto dispone que, con el fin de determinar si existe una base razonable para proceder con la investigación de la situación, el Fiscal debe considerar: la competencia –temporal, material, territorial y personal–; la admisibilidad –complementariedad y gravedad–; y el interés de la justicia. Si tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considerare que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto pareciera corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa. Si por el contrario, existiera una negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar el inicio de la investigación, esto no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación. Si luego de ambos exámenes preliminares, el Fiscal llegase a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Sin embargo ello no impedirá que el Fiscal examine; a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Estatuto de Roma, artículo 13.a y 13.b.

<sup>157</sup> *Ibidem*, artículo 15.

Se advierte que en el Estatuto se describe en forma detallada la primera y la tercera opción –es decir, el inicio de una investigación por remisión de una situación a la Corte de un Estado o bien *motu proprio* por iniciativa y autoridad del Fiscal– pero no hace específica o directa referencia a las condiciones en las que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas podría remitir al Fiscal una situación en la que se presumieran cometidos algunos de los crímenes en los que la Corte conoce. Sin embargo, se dispone que tal remisión sea realizada en el marco de lo previsto por el Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, por lo que cabría entender que se trata de los extremos que deben cumplimentarse para que esa remisión sea de conformidad con lo establecido en ese Capítulo referido a la acción del Consejo de Seguridad en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión. Todo parecería indicar que las remisiones del Consejo de Seguridad actuando conforme la vía para incoar el procedimiento que prevé el artículo 13 punto b) del Estatuto de Roma, condicionarían la realización de un supuesto examen preliminar de la situación por parte de la Fiscalía de la Corte<sup>158</sup>, toda vez que la práctica de estos exámenes preliminares sí está prevista en los puntos a) y c) del mismo artículo<sup>159</sup> pero no en el punto b).

## VIII. Conclusión

La segunda mitad del siglo XX 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.

---

<sup>158</sup> Ténganse presente que en las dos situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad de la O.N.U. a la Corte Penal Internacional, esto es Darfur en 2005 y Libia en 2011, la Fiscalía del Tribunal ha informado sobre la realización de similares “exámenes preliminares” a aquellos que efectivamente sí están previstos como etapa del procedimiento regulada por el Estatuto en los casos de remisiones de situaciones a la Corte hechas por un Estado o bien por iniciativa propia del Fiscal.

<sup>159</sup> Situación expresamente mencionada en el artículo 18, punto 1, del Estatuto de Roma.

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 proteger estos valores esenciales, el control de la obligación de respetarlos así como la aceptación del individuo como sujeto de derecho internacional y la consecuente necesidad de sancionar las conductas criminales a través de las cuales éste hubiera incumplido las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional Penal, ha dado lugar al ejercicio de la jurisdicción en la materia –no sólo a través de jurisdicciones nacionales o por aplicación del principio de jurisdicción universal– sino también mediante el establecimiento de una jurisdicción penal permanente de las características que tiene la Corte Penal Internacional.

Hay quienes afirman que las jurisdicciones internacionales penales resultan costosas y lentas; así como que el constante devenir del concepto de “tribunales híbridos o jurisdicciones especiales” condiciona la administración de justicia internacional penal, al punto tal que algunas jurisdicciones internacionales penales evitan –preventivamente– adoptar en sus denominaciones la palabra “tribunal” o “corte”.

El permanente cambio en el contexto internacional provoca un desafío constante para el Derecho Internacional Penal en relación al juzgamiento de conductas.

Históricamente, han sido dos las variables para la investigación y el juzgamiento de individuos sospechados de haber cometido crímenes internacionales; a saber: la jurisdicción doméstica o la jurisdicción internacional. Sin embargo, el desarrollo de la historia ha dado paso a diferentes modelos y mecanismos que han sido mencionados en el presente artículo.

Existen numerosos ejemplos de Estados que adoptan y adaptan sus legislaciones internas a estándares internacionalmente aceptados con el fin de investigar y enjuiciar –dentro de los límites de sus fronteras– a individuos por la presunta comisión de crímenes internacionales. Con relación a las jurisdicciones internacionales penales, se puede concluir en que éstas han sido históricamente establecidas cuando aquéllas (las

jurisdicciones domésticas) no tuvieron la posibilidad de llevar adelante tales juzgamientos.

La categorización criminal que la historia del derecho internacional penal ha asignado a ciertas conductas permite afirmar la existencia de una indubitable necesidad de perseguir tales ilicitudes. De esta necesidad, han surgido las jurisdicciones que han sido mencionadas en el presente trabajo.

# LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVISTA EN LOS ACUERDOS MEGA COMERCIALES Y LOS NUEVOS DESAFÍOS PARA LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

*Lautaro M. Ramírez*<sup>\*</sup>

**SUMARIO:** I. Presentación; II. La O.M.C., los A.C.R. y los A.M.C. frente a los Sistemas de Solución de Diferencias; III. Los AMC y la Solución de Diferencias; III.1) T.P.P.; III. 2) T.T.I.P.; III. 3) R.C.E.P.; III.4) A.P.; III.5) C.E.T.A.; IV. El impacto de las previsiones sobre solución de controversias de los A.M.C. en la O.M.C.; IV.1) El rol del O.S.D. en la solución de diferencias y materias abarcadas; IV.2) La fragmentación del entramado jurídico de la O.M.C. frente a la solución de controversias; V. Efectos sobre la utilización del mecanismo de solución de controversias de la O.M.C. en razón de los nuevos A.M.C.; VI. Conclusiones.

## I. Presentación

El presente trabajo versa sobre los nuevos desafíos que enfrenta el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (O.M.C.), frente a la proliferación de nuevos acuerdos comerciales regionales (A.C.R.), los cuales han recibido la denominación por la doctrina más calificada<sup>1</sup> como “Acuerdos Mega Comerciales” (A.M.C.), así llamados por los altos Productos Brutos Internos (PBI) de los participantes, la

---

<sup>\*</sup> Abogado, Especialista en Políticas de Integración y Magister en Integración Latinoamericana (U.N.L.P.). Profesor de Economía Política en grado y de Comercio y Desarrollo y Defensa Comercial en Postgrado (U.N.L.P.). Director del Observatorio de Relaciones Económicas Internacionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.P.); y Vicepresidente del Comité VIII: Derecho del Desarrollo y la Integración de la Federación Interamericana de Abogados.

<sup>1</sup> ESTEVADEORDAL, Antoni, “La Alianza del Pacífico y los acuerdos megarregionales: oportunidades para una integración más profunda”, *Revista-Bridges Network: Puentes*, Vol.15, N° 6 - Septiembre 2014, p. 26; YAMASHITA, Kazuhito, “Japón en la negociación agrícola del TPP: lo que hay que entender”, *Revista-Bridges Network: Puentes*, Vol.15, N° 6 - Septiembre 2014, p. 22; ELMS, Deborah, “TPP: ¿qué tiene de siglo XXI?”, *Revista-Bridges Network: Puentes*, Vol.15, N° 6 - Septiembre 2014, p. 18; entre otros.

cantidad de población –consumidores– que cada uno de ellos tiene fronteras dentro y por el gran número de Estados que participan<sup>2</sup>. En este sentido es dable destacar, asimismo, que de las negociaciones forman parte, en su mayoría, bloques de integración. En otras palabras, existen bloques comerciales negociando con otros bloques comerciales o con Estados individuales, nuevos acuerdos, no solo para liberalizar el comercio y promover cadenas de valor, sino además para establecer nuevas normas a fin de regular sus intercambios mutuos, ofreciendo mayor claridad o regulando por primera vez, cuestiones hasta entonces libradas a la costumbre internacional. De igual modo, dichos acuerdos prevén reglas vinculadas al modo en que se resolverán las controversias en el marco de dichos acuerdos.

Lo anterior viene, por lo tanto, a reconfigurar las instituciones y los modos en que hasta ahora los Estados resolverían sus controversias entre sí en materia comercial, las cuales hasta entonces han sido resueltas por el Órgano de Solución de Diferencias (O.S.D.) de la O.M.C.

Concordante con ello, esta nueva saga de A.M.C. genera un replanteamiento respecto al sistema instituido por la O.M.C., toda vez que sus textos regulan tanto cuestiones procedimentales como formales en relación al modo de solución de las controversias que tienen lugar a raíz de la puesta en funcionamiento de dichos acuerdos.

Ello origina un replanteo a las instituciones llamadas hasta ahora para resolver las mismas, aunque si bien el O.S.D. regido por el Entendimiento de Solución de Diferencias (E.S.D.) se ha consolidado en los últimos años, lo cierto es que sendos nuevos acuerdos comerciales han visto la necesidad de revisar sus procedimientos y contenidos a fin de, no solo actualizarlo sino también para extraer de su órbita ciertas cuestiones propias de dicho foro.

Conforme a lo anterior, debe recordarse que los Estados que han ratificado los Acuerdos por los que se constituye la O.M.C. se han obligado

---

<sup>2</sup> RAMÍREZ, Lautaro M., “Los Acuerdos Mega Comerciales, el CIADI y los países en desarrollo”, ponencia presentada en el marco de la Conferencia *La solución de controversias internacionales en el Siglo XXI*, Facultad de Derecho (U.B.A.), Buenos Aires, mayo, 2016, p. 7.

a resolver sus diferencias por medio de dicho Entendimiento. Sin embargo, y frente a la obligatoriedad del mismo, muchos otros Estados que han celebrado A.C.R. han optado por establecer otros procedimientos más ajustados a sus necesidades, tal el caso del Mercado Común del Sur, que si bien cuenta con un sistema autónomo de solución de diferencias, mantuvo sin embargo la opción del foro para la solución de controversias que pudieran darse entre sus Estados Partes. Empero, hasta ahora, convivían en esta materia diferentes sistemas de solución de controversias; por un lado, las normas de la O.M.C. para resolver las diferencias entre Estados que no cuenten con A.C.R., y otros sistemas de solución de diferencias aplicables para aquellos que si han celebrado dichos acuerdos pudiendo optar los mismos sin embargo, por acceder a la O.M.C. o utilizar el procedimiento interno contemplado en el A.C.R., anulando la opción de uno, el otro sistema. Ello ha sido denominado por la doctrina más destacada como opción de foro o “fórum shopping”. Sin embargo, y si bien estos sistemas parecían convivir sin mayores inconvenientes, lo cierto es que dadas las características de los A.M.C, estos han optado por contemplar una situación diferente a la mencionada anteriormente, lo cual es objeto del presente trabajo y se aborda seguidamente.

## II. La O.M.C., los A.C.R. y los A.M.C. frente a los Sistemas de Solución de Diferencias

La O.M.C. ha reconocido la validez y vigencia de los A.C.R. en su propio cuerpo normativo, lo cual ha sido contemplado en el Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (G.A.T.T.) para aquellos que son celebrados entre países desarrollados o entre estos y países en desarrollo, y que tengan por objeto la constitución de uniones aduaneras o zonas de libre comercio. De igual modo, y para el caso que los A.C.R. sean celebrados entre países en desarrollo, la Cláusula de Habilitación del año 1979 es la que autoriza los mismos, la cual se presenta no solo como más laxa sino que además es una excepción al principio de la Nación Más Favorecida contemplada en el Artículo I del Acuerdo General.

Este marco normativo, entonces, es el que ha permitido la coexistencia tanto dentro del sistema del G.A.T.T. hasta los albores de la última década del siglo XX y luego de la entrada en vigencia del Acuerdo de Marrakech por el que se crea la O.M.C., de las normas multilaterales de

comercio como aquellas reglas preferenciales que regulan el comercio de los diferentes bloques comerciales.

Sin embargo, hasta no hace muchos años, se reconocía que el O.S.D. regido por el E.S.D. era el llamado a intervenir en las diferencias entre los Miembros de la O.M.C., mientras que tanto aquel como aquellos previstos en los A.C.R. podían ser invocados por las partes frente a una diferencia, obstando la utilización de uno de ellos, luego de elegirse el otro. Esta opción de foros, sin embargo, permitía aun acudir al sistema de la O.M.C., en tanto y en cuanto ambas partes de las controversias fuesen miembros.

Empero, dicha cuestión se ve modificada en las previsiones de los A.M.C., que incluyen dentro de sus textos regímenes especiales o adoptan el E.S.D. con diferencias sustanciales a fin de establecer nuevos procedimientos de solución de controversias que regirán las mismas entre las partes del acuerdo comercial del que se trate.

### III. Los AMC y la Solución de Diferencias

La doctrina considera de manera estricta que solo tres acuerdos forman parte de los A.M.C.<sup>3</sup>; ellos son el *Trans-Pacific Partnership* (T.P.P.), liderado por los Estados Unidos de América (EE.UU.) que incluye a Australia, Canadá, Japón, Malasia, México, Perú, Vietnam, Chile, Brunei, Singapur y Nueva Zelanda, que tuvo origen en las reuniones del Foro Económico Asia-Pacífico (A.P.E.C.), siendo el primero en iniciar un proceso de negociación; el *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (T.T.I.P.), conformado por los Estados Unidos y la Unión Europea (U.E.); y el *Regional Comprehensive Economic Partnership* (R.C.E.P.) que tiene a China, Japón e

---

<sup>3</sup> En esta línea de pensamiento se encuentran ROSALES, Osvaldo [et al], “Las negociaciones mega-regionales: hacia una nueva gobernanza del comercio mundial”, *Serie Comercio Internacional* N°121, 2013, p. 3. Al igual que lo está la UNCTAD, organismo que sostiene: “Tres iniciativas mega-regionales de integración que se están negociando –la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (A.T.C.I.), el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (T.P.P.) y la Asociación Económica Integral Regional (R.C.E.P.)–”. Fuente: UNCTAD, “Comunicado de Prensa: Según un informe de la UNCTAD, los flujos de la inversión extranjera directa (IED) aumentarán en los tres próximos años”, Doc. UNCTAD/PRESS/PR/2014/023, Ginebra, Suiza, junio, 2014.

India como principales socios en el marco de las negociaciones<sup>4</sup>. Empero, otra doctrina más amplia<sup>5</sup> considera que otros acuerdos –además de los anteriores– también forman parte de los A.M.C., dentro de los cuales se encontrarían la *Alianza del Pacífico* (A.P.) conformado por México, Chile, Perú y Colombia; y el *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (C.E.T.A.) negociado entre la U.E. y Canadá<sup>6</sup>.

Conforme a lo anterior, la mayoría de los A.M.C. encuentra como partes a países desarrollados, siendo estos quienes se encuentran reconfigurando las normas comerciales hasta ahora conocidas y aplicadas de manera universal, a fin de arribar a la convergencia regulatoria. En otras palabras, todos ellos tienden a la eliminación o reducción de las discrepancias normativas entre países tanto en materia comercial –por ejemplo, reglamentos y normas técnicas y sanitarias– como en áreas vinculadas indirectamente al comercio –tales como propiedad intelectual y manejo de los datos personales, regulaciones ambientales y laborales, la operatoria de las empresas estatales o la posibilidad de utilizar controles de capital–<sup>7</sup>.

De este modo, dichos A.M.C. han regulado además de las disciplinas comerciales que rigen las normas de la O.M.C., otras cuestiones tales como comercio electrónico, inversiones, Empresas del Estado, entre otras, no

---

<sup>4</sup> A los Países mencionados, sin embargo, se suman los siguientes: Brunei, Birmania – Myanmar–, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia, Vietnam, Australia, Corea del Sur y Nueva Zelanda.

<sup>5</sup> BARTESAGHI, Ignacio, “Los Mega Acuerdos de Asia Pacífico”, en ALADI, 2014, *Debates Académicos 1, Observatorio América Latina-Asia Pacífico*, Montevideo, Asociación Latinoamericana de Integración, 2014, p. 8. De igual modo, Estevadeordal sostiene: “Como resultado de lo anterior, los países han empezado a negociar diversos acuerdos fuera de la O.M.C.: a) Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés); b) Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés); c) Alianza del Pacífico (AP); y d) Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés)”. Cfr. ESTEVADEORDAL, Antoni, *op. cit.* p. 27.

<sup>6</sup> Asimismo, dentro del concepto amplio de mega-acuerdos comerciales, se encuentran comprendidos el Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre China, Japón y la República de Corea y el TLC UE y Japón.

<sup>7</sup> Cfr. BID-INTAL, “El Mega-Regionalismo. Los acuerdos mega-regionales”, *Intal Interactivo*, Buenos Aires, Argentina, 2016. Disponible en <http://www19.iadb.org/intal/interactivo/site/?p=786> (consulta el 17/09/2016).

dejando de lado la cuestión del sistema de solución de diferencias entre las partes.

Veamos qué establece cada uno de dichos A.M.C. al respecto.

### *III.1) T.P.P.:*

Este acuerdo tiene por objeto la constitución de una zona de libre comercio entre sus miembros, de conformidad con el Artículo XXIV del G.A.T.T. y el Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (A.G.C.S.) –Artículo 1.1–. A esos fines regula las diferentes disciplinas que hacen a la liberalización comercial entre las Partes. En relación a la solución de controversias, el acuerdo dispone reglas para las controversias que puedan suscitarse entre los gobiernos que forman parte del mismo en el Capítulo XXVIII. Dicho apartado dispone respecto a las controversias, que las Partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del acuerdo, y harán todo lo posible por medio de la cooperación y las consultas para llegar a una solución satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento o aplicación –Artículo 28.2–. Sin embargo, y en caso de no arribarse a tal acuerdo, o cuando existan dudas respecto a la aplicación del mismo en relación a otros acuerdos comerciales internacionales que tengan las partes o con las normas de la O.M.C., la Parte reclamante podrá elegir el foro para resolver la disputa; empero, una vez que se haya solicitado el establecimiento de, o se haga referencia a un asunto, a un panel u otro tribunal, el foro seleccionado será el utilizado, excluyéndose otros foros. En este caso se habilita el acceso al O.S.D. de la O.M.C. u otros foros, incluido el procedimiento previsto para la solución de controversias en el ámbito del T.P.P. –Artículo 28.4–. Conforme a lo anterior este A.M.C. incorpora a sus contenidos la opción de foro.

### *III. 2) TTIP:*

El acuerdo tiene por objeto avanzar en la liberalización comercial entre las partes, dividiéndose el texto del mismo en cuatro: 1) Acceso al mercado; 2) Cooperación reglamentaria; 3) Normas; y 4) Instituciones. Dentro de estas se incorpora una sección específica sobre solución de diferencias entre las partes apartándose del régimen previsto por la O.M.C..

Con esa finalidad se establece un mecanismo de solución de diferencias gobierno-gobierno entre la U.E. y los Estados Unidos, que si bien toma como base el O.S.D. de dicha organización, lo cierto es que modifica algunos aspectos del mismo, a fin de dotar al sistema de mayor transparencia así como tórnalo más eficaz y que permita la clasificación de las diferencias entre ambos gobiernos. De este modo el Acuerdo prevé un nuevo sistema reformulando el utilizado entre ellos hasta ahora. La U.E. por su parte, pretende con la instrumentación de este nuevo sistema de solución de controversias la resolución de cualquier diferencia respecto a la interpretación y ejecución del T.T.I.P., el cual es ajeno al O.S.D. de la O.M.C., proponiéndose además la aplicación de nuevos procedimientos para resolver los desacuerdos que puedan aparecer frente a la aplicación de las normas del Acuerdo, evitándose así conflictos indirectos con los Estados Unidos. En relación a las modificaciones planteadas, las mismas versan respecto a la selección previa de árbitros, los cuales intervendrán en las controversias con identidad de objeto, en vez de contar con árbitros diferentes para cada una de las diferencias como en el caso de la O.M.C. que intervienen caso por caso; de igual modo y a fin de dotar de mayor transparencia al sistema, se prevé la posibilidad de contar con la participación de otras partes interesadas en las mismas, tal como organismos no gubernamentales u otros sujetos reconocidos, así como también llevar adelante audiencias públicas a fin de contar con mayores insumos al momento de resolverse una diferencia; de igual modo se dispone la publicación de todos los puntos de vista presentados por el panel de árbitros, cuando estos aborden cuestiones delicadas o polémicas<sup>8</sup>.

### III. 3) R.C.E.P.:

Es una propuesta de tratado de libre comercio colectivo entre los diez Estados miembros de la A.S.E.A.N. y seis países con los que esta asociación tiene A.C.R. individuales. El R.C.E.P. cubre el comercio de bienes, servicios, inversión, cooperación económica y técnica, propiedad intelectual, competencia, solución de controversias y otras cuestiones. El acuerdo

---

<sup>8</sup> COMISIÓN EUROPEA, "Factsheet on Government-to-government dispute settlement (GGDS) in TTIP", *Textos de negociación de la UE en el TTIP*, 2015. Disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1249&serie=866&langId=es> (consulta el 18/05/2016).

reconoce su consistencia con el Artículo XXIV del G.A.T.T. y el Artículo V del A.G.C.S. de la O.M.C.. Empero, respecto a la solución de diferencias, la guía del acuerdo para su negociación, dispone que el acuerdo incluirá un mecanismo de solución de diferencias que sea efectivo, eficiente y transparente al momento de realizarse las consultas así como también para resolver las contiendas<sup>9</sup>. Las negociaciones respecto a la solución de controversias tuvieron lugar durante la segunda<sup>10</sup> y tercera ronda<sup>11</sup>, sin embargo el texto acordado aún no se ha hecho público.

#### *III.4) A.P.:*

Se constituye entre las partes como un área de integración regional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo Marco. Empero, y entrado en vigencia el Protocolo por el que se constituye la A.P., se establece que “Las Partes, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del G.A.T.T. de 1994 y el Artículo V del A.G.C.S., que forman parte del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la O.M.C., establecen una zona de libre comercio”, –artículo 1.2–. En relación a las controversias que puedan surgir entre dos o más Partes del Acuerdo, el Capítulo 17 sobre solución de diferencias, es el llamado a regir la cuestión, el cual en su artículo 17.3 en torno al ámbito de aplicación, dispone que: “Salvo que en el presente Protocolo Adicional se disponga algo distinto, las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a la prevención o solución de cualquier diferencia que surja entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Protocolo Adicional”. Por su parte el Artículo 17.4 regula la opción de foro, el cual se analiza más adelante. Asimismo y a fin de poder escogerse el procedimiento previsto en el acuerdo el mismo regula las siguientes cuestiones: consultas, intervención de la comisión de libre comercio, establecimiento de un tribunal arbitral, participación de terceros, pluralidad de partes, acumulación de procedimientos, términos de referencia del tribunal arbitral, requisitos de los

---

<sup>9</sup> GOBIERNO DE AUSTRALIA, “Guiding Principles and Objectives for Negotiating the Regional Comprehensive Economic Partnership”. Disponible en <http://dfat.gov.au/trade/agreements/rcep/Documents/guiding-principles-rcep.pdf> (consulta el 18/05/2016). La traducción es propia del autor.

<sup>10</sup> Australia fue sede de la segunda ronda de negociaciones R.C.E.P. entre el 23 y el 27 de septiembre de 2013.

<sup>11</sup> Malasia fue anfitrión de la tercera ronda de las negociaciones sobre el 20-24 de R.C.E.P. de enero de 2014 en Kuala Lumpur.

árbitros, selección del tribunal arbitral, reglas de procedimiento de los tribunales arbitrales, proyecto de laudo arbitral, laudo final del tribunal arbitral, solicitud de aclaración del laudo arbitral, suspensión y terminación del procedimiento, cumplimiento del laudo final del tribunal arbitral, compensación o suspensión de beneficios, casos de urgencia, examen de cumplimiento y suspensión de beneficios –artículos 17.5 a 17.22 del Protocolo–, entre otras cuestiones que hacen al procedimiento en esta materia.

### *III.5) C.E.T.A.:*

Las partes de este acuerdo establecen un área de libre comercio de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del G.A.T.T. y el Artículo V del A.G.C.S. de la O.M.C.. Respecto a la solución de controversias dispone que no será de aplicación lo dispuesto en el acuerdo cuando las cuestiones versen sobre defensa comercial, comprendidas en el Capítulo III, reafirmando sus obligaciones comprendidas en el Artículo VI del G.A.T.T.<sup>12</sup>, en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la O.M.C.. De igual modo extrae del ámbito de aplicación del procedimiento de solución de diferencias previsto en el acuerdo, aquellas cuestiones vinculadas a las consultas sobre las subvenciones y el apoyo del gobierno en sectores distintos de la agricultura y la pesca y aquellas vinculadas a las consultas relativas a las subvenciones agrícolas y a productos de la pesca –Artículo 7.9–. Sin embargo, en el Capítulo IV vinculado a los Obstáculos Técnicos al Comercio (O.T.C.) se establece que podrá invocarse el sistema de solución de diferencias previsto en el C.E.T.A. solamente para las cuestiones que se encuentren regidas por los artículos 3, 4, 7, 8 y 9 del Acuerdo sobre O.T.C. de la O.M.C.; prevaleciendo respecto a las restantes cuestiones el O.S.D. de la O.M.C.; esta cuestión, sin embargo, se analiza con mayor detenimiento más adelante.

Lo hasta aquí someramente expuesto y de modo referencial, muestra a las claras los diferentes modos en que los Estados se encuentran negociando o han incorporado diferentes procedimientos en los A.M.C. de los que forman parte, respecto a la forma en que resolverán sus

---

<sup>12</sup> Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Conocido como Acuerdo Antidumping).

controversias. En este sentido y de la lectura de las normas que regulan esta cuestión dentro de los entramados jurídico-normativos de dichos acuerdos, se observan diferentes modalidades adoptadas, las cuales inciden en mayor o menor medida sobre el O.S.D. de la O.M.C..

#### IV. El impacto de las previsiones sobre solución de controversias de los A.M.C. en la O.M.C.

Las diferentes reglas incorporadas a los A.M.C. en relación al modo en que los gobiernos resolverán sus diferencias, ofrecen distintos supuestos en relación a su vinculación con el sistema de la O.M.C.; ya sea porque limitan la competencia del O.S.D. para resolver las mismas, tal el caso del T.T.I.P. y el R.C.E.P.; porque establecen la opción de foro, *verbigracia*, el T.P.P. y la A.P., no sin dificultades; así como también en el caso del C.E.T.A. que fracciona no sólo el sistema de solución de controversias respecto a la posibilidad de reclamar ante el O.S.D. de la O.M.C., sino que además extrae materias de su órbita y divide los contenidos sustanciales de los acuerdos que dan sustento legal a dicha organización frente a una diferencia entre las partes, tal lo que acontece con lo dispuesto respecto al Acuerdo O.T.C..

Tal como se observa, estos nuevos A.M.C. han ido más allá de las previsiones relativas a los regímenes sobre solución de diferencias contempladas en otros A.C.R. que tuvieron origen en las décadas anteriores, período conocido como “regionalismo abierto”<sup>13</sup> los cuales si bien establecieron diferentes sistemas de solución de diferencias para las controversias que pudiesen tener lugar entre los gobiernos *intra*-A.C.R., permitían además la opción de foro, anulando, una vez adoptado uno de ellos, el resto de los contemplados. Lo cual sin embargo, no ha dejado de traer ciertos problemas a la O.M.C., toda vez que en ciertas ocasiones el mismo caso se ha resuelto en dos foros diferentes<sup>14</sup>; mientras que en otras

---

<sup>13</sup> Para un análisis exhaustivo de éste fenómeno, véase: FUENTES, Juan A., “El regionalismo abierto y la integración económica”, *Revista de la CEPAL*, N° 53, agosto, 1994, pp. 81 y ss.

<sup>14</sup> Tal el caso “pollos” resuelto tanto en el ámbito del Mercosur en el Laudo del Tribunal Arbitral sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “*Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina*”, conocido

ocasiones, un caso comenzó en el foro previsto por el A.C.R. y luego se continuó en la O.M.C.<sup>15</sup>.

Por otra parte, debe resaltarse que el O.S.D. de la O.M.C. se diferencia de los sistemas contemplados en los A.C.R., en primer lugar, en que aquel se presenta como un sistema jurídico formal, en tanto que en los A.C.R. se predisponen reglas más receptivas a los acuerdos políticos y diplomáticos a fin de arribarse a una solución a la controversia, tal el caso de la U.E.; y en segundo lugar, en la mayoría de los A.C.R. no se contemplan vías recursivas frente a la decisión del órgano u organismo llamado a resolver la controversia.

Ahora bien, pese a las dificultades que ya existen en esta materia, lo cierto es que las previsiones de los A.M.C. vienen a complejizar aún más la cuestión, las cuales se analizan seguidamente en relación a diferentes variables según el acuerdo del que se trate.

#### *IV.1) El rol del O.S.D. en la solución de diferencias y materias abarcadas:*

El E.S.D. es claro al establecer cuáles son los acuerdos comprendidos en el marco de la solución de diferencias sujetas al O.S.D. de la O.M.C., los cuales se encuentran explicitados en el apéndice 1 del mismo, a saber: A) Acuerdo por el que se establece la O.M.C.; B) Acuerdos Comerciales Multilaterales: Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías; Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios; Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad

---

como Laudo IV, como en la O.M.C. en la Diferencia DS241 Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil.

<sup>15</sup> Por ejemplo, en el asunto Estados Unidos - Madera blanda, Canadá y los Estados Unidos han recurrido al capítulo 19 del TLCAN y al sistema de solución de diferencias del ESD en múltiples ocasiones en ambos foros para resolver cuestiones jurídicas relativas a las medidas antidumping y las medidas compensatorias estadounidenses. En el contexto de la O.M.C., véanse los Informes de los Grupos Especiales y los Informes del Órgano de Apelación en los asuntos Estados Unidos - Artículo 129 (c) (1) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay; Estados Unidos - Exámenes del derecho compensatorio sobre la madera blanda procedente del Canadá; Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones; Estados Unidos - Madera blanda III; Estados Unidos - Madera blanda IV; Estados Unidos - Madera blanda V; Estados Unidos - Madera blanda VI; y Estados Unidos - Medida antidumping provisional sobre las importaciones de determinada madera blanda procedente del Canadá.

Intelectual relacionados con el Comercio; Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias; C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales; Anexo 4: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles; Acuerdo sobre Contratación Pública; Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos; Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino.

Ahora bien, en el caso de la A.P., el Protocolo de Comercio al Acuerdo expresamente establece en su Capítulo 17, Artículo 17.4 sobre elección de foro, lo siguiente:

“1. Las diferencias sobre un mismo asunto que surjan en relación con lo dispuesto en el presente Protocolo Adicional, en el Acuerdo sobre la O.M.C. o en cualquier otro acuerdo comercial del que las Partes sean parte, podrán resolverse en cualquiera de dichos foros, a elección de la parte reclamante. 2. Una vez que la parte reclamante haya solicitado el establecimiento de un tribunal arbitral al amparo del presente Capítulo o de uno de los acuerdos a los que se hace referencia en el párrafo 1, o bien, haya solicitado el establecimiento de un grupo especial conforme al Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, que forma parte del Acuerdo sobre la O.M.C., el foro seleccionado será excluyente de cualquier otro”.

Concordante con la manda transcrita, cualquier diferencia que surja en relación a lo establecido en el Protocolo, en el Acuerdo sobre la O.M.C. o en cualquier otro acuerdo comercial del que las Partes sean parte, podrán resolverse en cualquiera de dichos foros. De este modo, puede darse el caso que una de las partes de la A.P. recurra al O.S.D. para requerir la solución de una controversia en razón del Protocolo que rige al bloque comercial, respecto a una disputa sobre las normas de la O.M.C. o sobre cualquier otro acuerdo comercial del que las partes sean parte.

Frente a ello, corresponde hacer una observación: El O.S.D., carece a todas luces de competencia para resolver una controversia en razón del acuerdo por el que se crea la A.P. o sobre cualquier otro acuerdo del que las partes sean parte, verbigracia, el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (AAP.CE) N° 38 celebrado entre Chile y Perú al amparo del Tratado de Montevideo de 1980 por el cual se constituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), o el AAP.CE N° 24 celebrado entre Colombia y Chile. Ello toda vez que las normas y procedimientos del E.S.D. son aplicables a las diferencias planteadas de

conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 *supra* transcrito, salvo, claro esté que la cuestión verse sobre alguno de los acuerdos abarcados y la compatibilidad del acuerdo por el que se crea la A.P., en cuyo caso éste es el foro en el cual deberá resolverse la controversia.

Conforme a lo anterior, las previsiones dispuestas en la AP parecerían ampliar la competencia del OSD como foro de solución de controversias entre las partes en razón de su Protocolo, pese a que aún el mismo no ha sido notificado a la O.M.C.. Empero, salva la cuestión en razón que una vez escogido el foro, ello cierra la posibilidad de acceder a otros sistemas previstos para resolver la controversia de que se trate.

#### *IV.2) La fragmentación del entramado jurídico de la O.M.C. frente a la solución de controversias:*

Tal como se mencionó anteriormente, el A.M.C. conocido como C.E.T.A. establece una serie de disposiciones vinculadas al modo en que las partes resolverán sus controversias en razón del acuerdo por el que se crea el área de libre comercio entre Canadá y la U.E. En este sentido, debe destacarse lo dispuesto en el mismo, toda vez que se establecen procedimientos según las materias de que se trate, así como también fracciona una misma disciplina en diferentes partes según el foro en el cual podrá resolverse la controversia.

En este sentido extrae de la órbita del sistema de solución de diferencias contemplado en el A.M.C. las medidas de defensa comercial, es decir la aplicación de derechos antidumping, medidas compensatorias para el caso de subsidios y aquellas relativas a las salvaguardias, cuyas diferencias que tengan lugar en razón de la aplicación de las mismas deberán ser resueltas ante el O.S.D de la O.M.C..

Por otra parte llama la atención la fragmentación que hace en relación a la aplicación e interpretación del Acuerdo sobre O.T.C. de la O.M.C., toda vez que el Capítulo IV del C.E.T.A. dispone en su artículo 4.1.:

“Ámbito de aplicación y definiciones: 1. El presente capítulo se aplicará a la elaboración, la adopción y la aplicación de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad que puedan afectar al comercio de mercancías entre las Partes. 2. El presente capítulo no se aplicará a: a) las especificaciones de compra elaboradas por

un organismo gubernamental para los requisitos de producción o consumo de organismos gubernamentales; o b) una medida sanitaria o fitosanitaria, tal como se definen en el anexo A del Acuerdo MSF. 3. Excepto cuando el presente Acuerdo, incluidas las disposiciones del Acuerdo OTC con arreglo al artículo 4.2, defina o dé un significado a un término, los términos generales relativos a la normalización y los procedimientos de evaluación de la conformidad tendrán generalmente el significado que les dan la definición adoptada dentro del sistema de las Naciones Unidas y los organismos internacionales de normalización, teniendo en cuenta su contexto así como el objeto y la finalidad del presente capítulo. 4. Las referencias del presente capítulo a los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos de evaluación de la conformidad incluyen las modificaciones de los mismos, así como las adiciones a las normas o los productos a los que se aplican, excepto las modificaciones y adiciones de poca importancia. 5. El artículo 1.8.2 (Alcance de las obligaciones)<sup>16</sup> no se aplicará a los artículos 3, 4, 7, 8 y 9 del Acuerdo OTC, tal como se incorpora en el presente Acuerdo”.

Por su parte el artículo 4.3. dispone:

“Incorporación del Acuerdo OTC: 1. Se incorporan e integran en el presente Acuerdo las siguientes disposiciones del Acuerdo OTC: a) el artículo 2 (Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central); b) el artículo 3 (Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones públicas locales y por instituciones no gubernamentales); c) el artículo 4 (Elaboración, adopción y aplicación de normas); d) el artículo 5 (Procedimientos de evaluación de la conformidad aplicados por las instituciones del gobierno central); e) el artículo 6 (Reconocimiento de la evaluación de la conformidad por las instituciones del gobierno central), sin limitar los derechos o las obligaciones de las Partes en virtud del Protocolo sobre la aceptación mutua de los resultados de evaluación de la conformidad, así como del Protocolo sobre el reconocimiento mutuo del programa de cumplimiento y control de la aplicación de las buenas prácticas de fabricación de productos farmacéuticos; f) el artículo 7 (Procedimientos de evaluación de la conformidad aplicados por las instituciones públicas locales); g) el artículo 8 (Procedimientos de evaluación de la conformidad

---

<sup>16</sup> El artículo 1.8.2. del acuerdo dispone: “Cada Parte velará por que se adopten todas las medidas necesarias para dar efecto a las disposiciones del presente Acuerdo, incluida su observancia en todos los niveles de la administración”.

aplicados por las instituciones no gubernamentales); h) el artículo 9 (Sistemas internacionales y regionales); i) el anexo 1 (Términos y su definición a los efectos del presente Acuerdo); y j) el anexo 3 (Código de buena conducta para la elaboración, adopción y aplicación de normas). 2. En el presente Acuerdo, el término «Miembros», que figura en las disposiciones incorporadas, tiene el mismo significado que en el Acuerdo OTC. 3. Respecto a los artículos 3, 4, 7, 8 y 9 del Acuerdo OTC, podrá invocarse el capítulo veintinueve (Solución de diferencias) en caso de que una Parte considere que la otra Parte no ha logrado resultados satisfactorios con arreglo a estos artículos y que sus intereses comerciales se ven afectados de forma significativa. A este respecto, dichos resultados tendrán que ser equivalentes a los previstos si el organismo de que se trate fuese una Parte”.

Aunado a lo anterior debe observarse lo dispuesto en el Capítulo 29 sobre solución de diferencias que establece en su artículo 29.2. lo siguiente: “Ámbito de aplicación: Salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo, el presente capítulo se aplicará a toda diferencia sobre la interpretación o la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo”; y el artículo 29.3 dispone: “Elección de foro. 1. El recurso a las disposiciones sobre solución de diferencias del presente capítulo se entenderá sin perjuicio al recurso a la solución de diferencias con arreglo al Acuerdo de la O.M.C. o a cualquier otro acuerdo al que se hayan adherido las Partes”.

Del juego de los artículos transcritos, se destaca en primer lugar que el C.E.T.A. hace propias las siguientes mandas comprendidas en el Acuerdo sobre O.T.C. de la O.M.C., a saber: artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, el anexo 1 y el anexo 3.

Sin embargo, y respecto a los artículos 3, 4, 7, 8 y 9 del Acuerdo OTC, se establece que podrá invocarse el capítulo veintinueve del acuerdo sobre Solución de diferencias. Dicho capítulo, por su parte, dispone que, salvo disposición en contrario en el Acuerdo, dicho capítulo se aplicará a toda diferencia sobre la interpretación o la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo, sumado ello la posibilidad de la elección de foro al sostenerse que las disposiciones sobre solución de diferencias del mismo se entenderán sin perjuicio al recurso a la solución de diferencias con arreglo al Acuerdo de la O.M.C. o a cualquier otro acuerdo al que se hayan adherido las Partes.

Conforme a lo anterior y de la interpretación de lo allí dispuesto, se extrae que de resultar una controversia que verse sobre los artículos 2, 5 y 6 del Acuerdo sobre O.T.C. la misma deberá ser resuelta conforme al sistema previsto en el C.E.T.A. en tanto que si la diferencia recae sobre los artículos 3, 4, 7, 8 o 9 del Acuerdo sobre O.T.C. la controversia podrá ser resuelta tanto por el sistema establecido en el propio acuerdo, por el O.S.D. de la O.M.C. u otro foro del que las partes sean parte, sin perjuicio que de escogerse uno, los demás foros no podrán ser utilizados.

Lo anterior denota una novedad respecto a la instrumentación del foro de solución de controversias en la materia. Ello toda vez que, en ciertos acuerdos como el que se analiza, se dispone que determinadas materias o disciplinas, verbigracia, el caso de las medidas de defensa comercial deben ser controvertidas en el ámbito de la O.M.C.; en tanto que para los O.T.C. da lugar a la fragmentación del foro. Sin embargo, la complejidad viene dada en que, por una parte la interpretación a fin de resolver las controversias en ciertos casos requieren de un análisis del texto en su conjunto y no parcializado; de igual modo, en ciertos supuestos si bien las partes que intervienen en una diferencia son quienes denuncian las normas que consideran vulneradas, es el órgano llamado a resolver la misma quien en última instancia valora la normativa aplicada así como la subsunción de los hechos a las normas, pudiendo adecuar en diferentes casos lo mismo a las reglas que considere más convenientes y no en aquellas que las partes indican en sus escritos de inicio.

Estos nuevos modos de regular la solución de diferencias en el marco de los A.M.C. trae consigo novedades respecto a esta materia, ya sea porque incorporan nuevas competencias al O.S.D. de la O.M.C., pretendiendo quizá su universalización en torno a la solución de controversias tanto en razón de las normas de la O.M.C. como de los A.C.R./A.M.C.; así como también, en relación al fraccionamiento en torno a la posible interpretación, dada la exclusión de su órbita de ciertas previsiones contenidas en los acuerdos que dieron origen a la O.M.C., con lo cual le quitan la especialidad del foro en la materia, en este caso al ámbito de la disciplina de los O.T.C..

Sostenido lo anterior, veamos cuáles son los efectos sobre el O.S.D. de la O.M.C. en razón del establecimiento de nuevos foros de solución de controversias sobre materias semejantes.

## V. Efectos sobre la utilización del mecanismo de solución de controversias de la O.M.C. en razón de los nuevos A.M.C.

Que el sistema de solución de diferencias de la O.M.C. funciona, no existe duda. Sin embargo, las nuevas negociaciones de A.C.R. totalizados bajo la denominación de A.M.C., han venido a replantear el sistema vigente desde hace poco más de veinte años. Para ello, en el cuerpo normativo de los A.M.C., tal como se vio anteriormente, se han incorporado previsiones respecto a los sistemas de solución de controversias que regirán las mismas en el marco de dichos acuerdos, empero, muchos de ellos si bien lo han mantenido como una posibilidad, lo cierto es que otros han vetado la posibilidad de su acceso por parte de los miembros del Acuerdo, este caso particular es el del T.T.I.P., que encuentra a los Estados Unidos y a la U.E. como Partes, así como también el caso del R.C.E.P..

La U.E. y los Estados Unidos se han caracterizado por utilizar el O.S.D. de la O.M.C. para resolver sus controversias, ello se desprende de un dato. Ambos han tenido un total de treinta y tres diferencias en el O.S.D. de la O.M.C., siendo esta la dupla que mayor cantidad de diferencias ha institucionalizado en este foro.

Sin embargo, y al extraerse las mismas de éste ámbito en razón del T.T.I.P., lo cierto es que los efectos sobre la O.M.C. podrían ser los siguientes: en primer lugar, el desarrollo respecto a la interpretación y aplicación de las normas que dan sustento a dicha organización en razón de las controversias entre ambas partes, obstarían a la continuidad del análisis del modo en que ambas partes aplican los acuerdos de la O.M.C., impidiendo de este modo el conocimiento de los demás Estados de las diferencias que existen entre ellas. En segundo lugar, se impediría la intervención de terceros en las controversias, vetándose así la posibilidad que otros Estados interesados participen de sus diferencias, concordante con ello debe recordarse que el E.S.D. en su artículo 10.2. dispone:

“Todo Miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial y así lo haya notificado al OSD (denominado en el presente Entendimiento ‘tercero’) tendrá oportunidad de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste comunicaciones por escrito. Esas comunicaciones se facilitarán también a las partes en la diferencia y se reflejarán en el informe del grupo especial”.

Por lo tanto, dichos Estados perderían la calidad de terceros frente a las diferencias que se resuelvan en el ámbito del T.T.I.P., ergo, ya no podrán intervenir en las mismas.

En tercer lugar, debe recordarse que la consolidación de la jurisprudencia del O.S.D., requiere de un constante avance de la misma, y dada esta situación de retiro de éstos dos importantes miembros de dicho ámbito frente a su comercio recíproco, obstarán dichos objetivos.

Sin embargo, no se ha establecido cómo se regirá la situación en el caso de que un tercer país miembro de la O.M.C. reclame a alguno de ellos ante dicho organismo internacional, frente a la posibilidad de constituirse el otro de ellos como tercero en esa controversia.

Frente a esta situación y de modo más general, la retirada de las controversias entre estos dos importantes miembros de la O.M.C. del O.S.D., impactará sobremanera. Recuérdese por ejemplo, que gracias al Acuerdo entre las Comunidades Europeas (C.E.) y los Estados Unidos en 1992, conocido como "Acuerdo de la Casa Blair," por el cual se puso límite a la entrega de subsidios a la agricultura, se llegará a aprobarse los Acuerdos por los que se creará la O.M.C. en 1994, empero, y pese a que a estos dos participantes el O.S.D. les dio sus frutos a lo largo de estos veinte años, lo cierto es que no se encontrarían conformes con el mismo, lo cual se extrae de las reformas previstas en el T.T.I.P. al respecto.

Por otra parte, la creación de nuevos foros principales o que conviven con el O.S.D. de la O.M.C., pareciera no ser la mejor opción para éste último. Ello toda vez que de dicha proliferación de nuevos sistemas de solución de controversias, y con la retirada de dos grandes jugadores que son tomados como referentes en muchos casos, verbigracia, el caso de Turquía para la U.E., el mismo podrá verse debilitado.

De este modo, y si bien, el O.S.D. continuará operando para las demás partes del Acuerdo de Marrakech e incluso para los Estados Unidos y la U.E. en relación con las demás partes, pero no entre ellos, incidirá dentro de la organización, cuyos efectos posibles se vislumbran seguidamente:

*1. Pérdida de la vocación universalista del OSD:* Este órgano será el foro competente para resolver las controversias que tengan lugar en razón

del comercio internacional y que se rijan por los acuerdos abarcados hasta tanto entre en vigencia el TTIP y el RCEP. De este modo, y tras la retirada de las controversias de la UE con los Estados Unidos y viceversa, dicha universalidad se reducirá, por la merma en su utilización debido a la retirada de las controversias en dicho foro de dos importantes miembros asiduos participantes del mismo.

2. *Sustracción de controversias del O.S.D. y nuevos foros internacionales para solución de diferencias en materia comercial:* Si bien el T.T.I.P. retira la posibilidad de acceder al O.S.D. para resolver controversias entre sus miembros, estableciendo un nuevo sistema *intra*-bloque, otros acuerdos han previsto la posibilidad de la elección de foro, permitiéndose a las partes acceder tanto al O.S.D. como a los procedimientos previstos al efecto en el marco del A.M.C. del que se trate, tal el caso, como se vio anteriormente, de la A.P. como del T.P.P. Sin embargo, en este último caso, de optar las partes por los procedimientos previstos en el T.P.P. en lugar del O.S.D., dejarían de usar el mismo un total de doce Estados para sus controversias recíprocas. Sobre el particular obsérvese que nuevamente los Estados Unidos se encuentran también en este nuevo bloque.

Conforme a lo expuesto, los Estados que participan de los A.M.C. bajo análisis han tenido una gran participación en el O.S.D., representado sus diferencias en dicho foro poco más del 27% del total de las mismas. Dicho dato se extrae de la tabla que obra como Anexo al final del presente trabajo.

En otras palabras, los Países que conforman el T.P.P. han llevado adelante un total de 72 casos ante el O.S.D.; aquellos que componen el T.T.I.P. un total de 52 diferencias; los que se encuentran dentro del R.C.E.P. un total de 12; mientras que aquellos que conforman la A.P. solo 4 controversias; y otras 15 diferencias han sido resueltas entre Canadá y la U.E.. Dichas diferencias entre las partes de los A.M.C. podrán o deberán ser resueltas, según sea el caso, por los procedimientos previstos en el marco de los A.M.C, extrayendo de la órbita del O.S.D. las mismas, las cuales a la fecha ascienden a un total de 513<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Para consultar el estado actual de las diferencias planteadas en el ámbito del OSD de la O.M.C., puede consultarse la lista cronológica de las diferencias en [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_status\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm) (consulta el 16/09/2016).

De lo expuesto se obtiene que poco más de un cuarto del total de las controversias resueltas por el O.S.D. de la O.M.C., en lo sucesivo y tras la entrada en vigencia de los A.M.C. podrán ser resueltas en otros foros y no ya dentro del organismo multilateral del comercio; ello de optar las partes de estos nuevos A.M.C. por los procedimientos en el marco de estos nuevos acuerdos que regulan los modos de solución de controversias *intra*-bloque.

Por otra parte, la construcción e interpretación del entramado jurídico de la O.M.C. por la cual se rigen las diferentes disciplinas comerciales llevada a cabo por el O.S.D., el cual a lo largo de sus diferentes intervenciones ha consolidado la efectiva aplicación de las disposiciones del cuerpo normativo que da sustento al organismo multilateral vía jurisprudencial, podrá verse diezmado al extraerse de su seno las controversias sobre disciplinas semejantes en otros foros. En este sentido, debe recordarse que la jurisprudencia del O.S.D. de la O.M.C., debe ser seguida de tratarse de cuestiones semejantes. Al respecto el Órgano de Apelación ha señalado con contundencia –ante la negativa de algunos Grupos Especiales de seguir sus decisiones–, que: “(...) a menos que existan razones imperativas, los órganos jurisdiccionales deben resolver la misma cuestión jurídica de la misma manera en los asuntos posteriores”<sup>18</sup> y ha recordado la posición jerárquica superior del Órgano de Apelación frente a los Grupos Especiales, en función de unificar la doctrina, porque: “La pertinencia de la aclaración que contienen los informes adoptados por el Órgano de Apelación no se limita a la aplicación de una disposición en un asunto determinado”<sup>19</sup>.

Frente a ésta situación, los nuevos foros adoptaran sus propias decisiones sin necesidad de continuar con las doctrinas esgrimidas hasta el momento respecto a las controversias futuras que puedan tener lugar, presentándose el fenómeno de los A.M.C. como un punto de inflexión en ésta materia, pese a que las disciplinas con sus semejanzas y diferencias continúan siendo similares. Con ello, además la universalidad de la jurisprudencia del O.S.D. perderá tal calidad, toda vez que en lo sucesivo

---

<sup>18</sup> Estados Unidos - Medidas Antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México; WT/DS344/AB/R, de 30 de abril de 2008, puntos 159-162.

<sup>19</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M., & ROLDAN BARBERO, Javier, *Derecho Internacional Económico*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 88.

serán los propios foros previstos en los A.M.C. los que resuelvan sus controversias fronteras dentro.

Otra cuestión, que incide en el marco del O.S.D. es lo dispuesto en el C.E.T.A. en razón de las reglas sobre los O.T.C., las cuales se han extraído de dicho foro en el caso que existan controversias entre la U.E. y Canadá al respecto, frente a algunas de las cuales podrá optarse por resolver la diferencia en el sistema autónomo previsto en el acuerdo o por el O.S.D. en tanto que otras normas solo podrán ser interpretadas en los sucesivo únicamente por el organismo previsto *intra*-bloque, con lo cual la lógica interpretativa del acuerdo como un todo único se vería limitado, debiéndose pasar al método exegético-gramatical necesariamente, en el caso de resolverse internamente la controversia, en clara contradicción con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

## VI. Conclusiones

Tal como se observó a lo largo del desarrollo del presente trabajo, los A.M.C. traen consigo una serie de nuevos desafíos al O.S.D. de la O.M.C.. Ello toda vez que las previsiones en materia de solución de controversias en dichos acuerdos no solo distan de consolidar el mismo sino que fragmentan su competencia tanto formal como material, al extraerse cuestiones comerciales regidas originariamente por las normas multilaterales para comenzar a normarse por nuevas reglas previstas en los acuerdos.

Conforme a ello, puede concluirse en primer lugar que pese a que el O.S.D. ha venido interpretando y aplicando las reglas de la O.M.C. en las diferentes diferencias planteadas dentro de su seno entre sus miembros, lo cierto es que los Estados Unidos y la U.E. para sus controversias en esta materia han optado por crear un nuevo sistema para resolver las mismas, dejando de lado las previsiones de las normas multilaterales para comenzar a utilizar las creadas por ambos en el ámbito del T.P.P., incorporando diferencias con dicho sistema, semejando situación esgrimiría lo dispuesto en el R.C.E.P..

En segundo lugar, la anulación del O.S.D. para resolver las controversias entre ellos, incide de modo directo en el foro de la O.M.C. toda vez que, al sustraerse las mismas de este sistema, impide que los demás

Estados, que puedan tener intereses legítimos en las diferencias que se planteen, no puedan participar de las mismas como “terceros” conforme lo dispone el E.S.D., toda vez que tanto el T.P.P. como el R.C.E.P. regirán el comercio y otras cuestiones *intra*-bloque.

Sin embargo, y en tercer lugar, otros A.M.C. han ampliado la competencia del O.S.D. al permitir que el mismo sea quien resuelva las controversias que puedan surgir por las partes del acuerdo comercial, tal el caso de la A.P. como del T.T.I.P., los cuales incluyen la opción de foro dentro de su entramado jurídico-normativo permitiendo la solución de diferencias tanto por los medios que prevé el acuerdo preferencial como por medio del O.S.D. de la O.M.C., empero la elección de uno de los foros por la parte reclamante inhibe automáticamente el otro.

En cuarto lugar, debe observarse el caso del C.E.T.A. que establece diferentes situaciones frente al O.S.D.. Por un lado, establece que las cuestiones relativas a las medidas de defensa comercial deberán ser resueltas por el mismo; en tanto que otras cuestiones tales como aquellas relativas al Acuerdo sobre O.T.C., dependerá de las cláusulas a las que refiera la controversia para accederse al procedimiento previsto por el propio acuerdo bilateral o al O.S.D.. Conforme a ello, por primera vez se observa la fragmentación de un acuerdo de la O.M.C. frente a una posible controversia que el mismo genere, lo cual da lugar a diferentes foros para su resolución.

Lo hasta aquí expuesto, permite realizar una somera reflexión en cuanto a los foros en torno a la solución de diferencias. El O.S.D. que ha venido funcionando desde la propia creación de la O.M.C., así como anteriormente y de modo embrionario durante la vigencia del G.A.T.T., encuentra frente a los A.M.C. un punto de inflexión, dado que los Estados han visto la necesidad de establecer, no solo nuevos procedimientos para la solución de controversias sino además han avanzado en la negociación e instrumentación de nuevas disciplinas que la O.M.C. no ha sabido incorporar. Es que el pesado modo de negociaciones dentro de su seno ha llevado en la actualidad a la paralización de la organización respecto a las diferentes materias y disciplinas que regula, lo cual se observa claramente con lo acontecido respecto a la Ronda Doha de negociaciones, la cual continua abierta y mostrando magros resultados. Ello ha dado lugar a que los Estados, frente a dicho *impasse*, encuentren la necesidad de avanzar en torno a la regulación de diferentes cuestiones, sobre las cuales –en dicho

foro– aun no encuentran asidero. Puntualmente, en este ámbito al regir la regla del consenso para la toma de decisiones, todos los Miembros cuentan con voz y voto para la toma de decisiones, pero los que tienen mayoría son los países en desarrollo, quienes a la luz de los países desarrollados son quienes obstaculizarían el avance en la resolución de las diferentes problemáticas dentro de la O.M.C.. Por lo tanto, los países desarrollados, así como los bloques que estos conforman, han decidido avanzar en la negociación de nuevas reglas, incluso modificando las pre-existentes por fuera de la Organización, a través de los A.M.C.. Lo cual se vislumbra como un nuevo paradigma que ha comenzado hace algunos años pero que ya comienza a mostrar sus efectos en la estructura jurídica internacional que regía el comercio internacional hasta no hace mucho tiempo.

Sin embargo, dichos acuerdos si bien aún no se encuentran vigentes tal el caso del T.P.P., R.C.E.P., C.E.T.A. y T.P.P., lo cierto es que la A.P. sí lo está, y no faltará mucho para que los demás también sean ratificados, tal el caso del C.E.T.A.. Empero, el R.C.E.P. se encuentra en etapas de negociaciones, en tanto que el T.P.P. y el T.T.I.P. se encuentran a la espera de los resultados de las próximas elecciones de los Estados Unidos a fin de avanzarse o concluirse las negociaciones, dependiendo de quien resulte triunfador de las mismas.

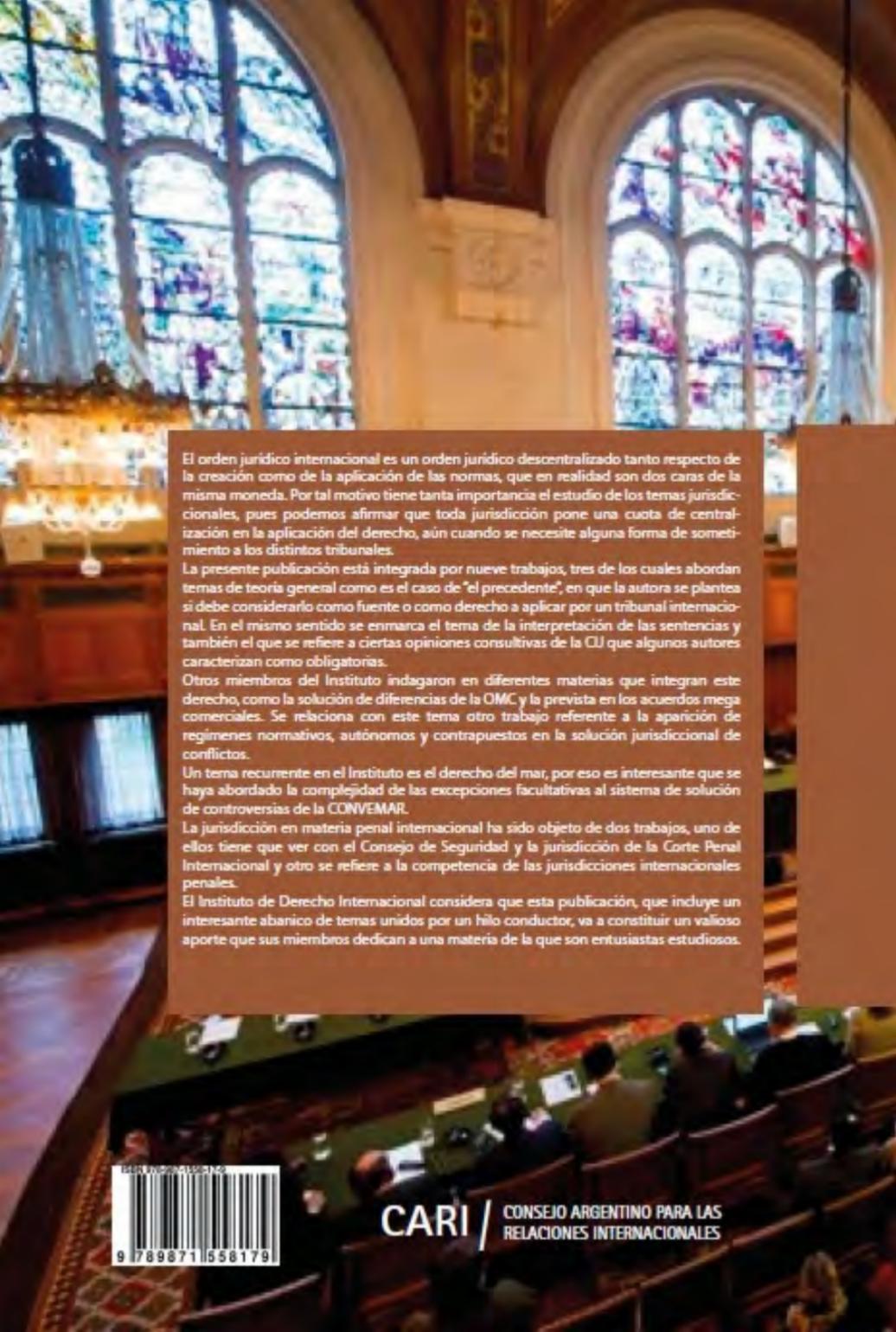
A modo de corolario, puede destacarse que estas nuevas reglas que regirán el comercio recíproco encuentran una vez más a los países desarrollados frente a los países en desarrollo, quienes hasta no hace mucho tiempo habían logrado convivir de manera armónica dentro de la O.M.C., conforme a las reglas propias que todos ellos lograron concebir a fines del siglo pasado y que fueron receptadas en el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la O.M.C..

**Anexo - Controversias resueltas por el OSD de la O.M.C. entre las partes de los diferentes AMC**

Acuerdo	Partes	Reclamante	Reclamado	Casos	Cita
TPP	Australia Brunéi Canadá Chile EE.UU. Japón Malasia México Nueva Zelanda Perú Singapur Vietnam.	Canadá	Australia	1	DS18
			EE.UU.	16	DS144; DS167; DS180; DS194; DS221; DS234; DS236; DS247; DS257; DS264; DS277; DS310; DS311; DS357; DS384; DS505;
			Japón	2	DS20; DS391
		Chile	EE.UU.	2	DS97; DS217
			México	1	DS232
			Perú	2	DS227; DS255
		EE.UU.	Australia	4	DS21; DS57; DS106; DS126
			Canadá	5	DS31; DS103; DS170; DS276; DS338
			Chile	1	DS109
			Japón	6	DS11; DS28; DS44; DS45; DS76; DS245
		Japón	México	6	DS101; DS132; DS203; DS204; DS295; DS308
			Canadá	2	DS139; DS412
		Malasia	EE.UU.	8	DS6; DS95; DS162; DS184; DS217; DS244; DS249; DS322
			EE.UU.	1	DS58
		México	EE.UU.	9	DS49; DS234; DS280; DS281; DS282; DS325; DS344; DS381; DS386
			Australia	1	DS367
		Nueva Zelanda	Canadá	1	DS113
			EE.UU.	2	DS177; DS258
			Vietnam	2	DS404; DS429
		TTIP	EE.UU. UE	EE.UU.	UE
UE	EE.UU.			33	DS38; DS39; DS63; DS85; DS88; DS100; DS108; DS118; DS136; DS138; DS151; DS152;

					DS160; DS165; DS166; DS176; DS186; DS200; DS212; DS213; DS214; DS217; DS225; DS248; DS262; DS294; DS317; DS319; DS320; DS350; DS353; DS424; DS487
RCEP	Australia Brunei	Australia	R. de Corea	1	DS169
			India	1	DS91
	Myanmar Camboya Indonesia	Indonesia	R. de Corea	1	DS312
			Australia	1	DS467
	Laos Malasia	Filipinas	Tailandia	1	DS371
			Australia	2	DS270; DS271
	Filipinas	Singapur	Malasia	1	DS1
	Singapur	Vietnam	Indonesia	1	DS496
	Tailandia	R. de Corea	Filipinas	1	DS215
	Vietnam	Nueva Zelanda	Indonesia	2	DS466; DS477
República de Corea Nueva Zelanda					
AP	Chile Colombi a México Perú	Chile	México	Se encuentran mencionados en el marco del TPP	
			Perú		
		Colombia	Chile	2	DS228; DS230
CETA	Canadá UE	Canadá	UE	9	DS7; DS9; DS48; DS135; DS137; DS153; DS292; DS369; DS400
		UE	Canadá	6	DS114; DS117; DS142; DS321; DS354; DS426
TOTAL				153	

Fuente: Elaboración propia en base a datos del OSD/OMC 2016.



El orden jurídico internacional es un orden jurídico descentralizado tanto respecto de la creación como de la aplicación de las normas, que en realidad son dos caras de la misma moneda. Por tal motivo tiene tanta importancia el estudio de los temas jurisdiccionales, pues podemos afirmar que toda jurisdicción pone una cuota de centralización en la aplicación del derecho, aún cuando se necesite alguna forma de sometimiento a los distintos tribunales.

La presente publicación está integrada por nueve trabajos, tres de los cuales abordan temas de teoría general como es el caso de "el precedente", en que la autora se plantea si debe considerarlo como fuente o como derecho a aplicar por un tribunal internacional. En el mismo sentido se enmarca el tema de la interpretación de las sentencias y también el que se refiere a ciertas opiniones consultivas de la CJ que algunos autores caracterizan como obligatorias.

Otros miembros del Instituto indagaron en diferentes materias que integran este derecho, como la solución de diferencias de la OMC y la prevista en los acuerdos mega comerciales. Se relaciona con este tema otro trabajo referente a la aparición de regímenes normativos, autónomos y contrapuestos en la solución jurisdiccional de conflictos.

Un tema recurrente en el Instituto es el derecho del mar, por eso es interesante que se haya abordado la complejidad de las excepciones facultativas al sistema de solución de controversias de la CONVEMAR.

La jurisdicción en materia penal internacional ha sido objeto de dos trabajos, uno de ellos tiene que ver con el Consejo de Seguridad y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y otro se refiere a la competencia de las jurisdicciones internacionales penales.

El Instituto de Derecho Internacional considera que esta publicación, que incluye un interesante abanico de temas unidos por un hilo conductor, va a constituir un valioso aporte que sus miembros dedican a una materia de la que son entusiastas estudiosos.

