

**LOS APORTES DE LA JURISPRUDENCIA
AL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL**

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL

Número VI

**LOS APORTES DE LA
JURISPRUDENCIA AL DESARROLLO
DEL DERECHO INTERNACIONAL**

ISSN: 234-1905

**CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
2011**

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen VI*

*Copyright Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba
Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que prevé la ley 11.723
www.acader.unc.edu.ar
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

AUTORIDADES
(Período 2010 - 2013)

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h.)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel./Fax (0351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

OLSEN A. GHIRARDI

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

Autoridades

ERNESTO J. REY CARO

Director

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

Coordinadora

Miembros Titulares del Instituto

Abogado OSCAR BENÍTEZ

Abogado GUILLERMO COSTILLA

Doctora ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

Abogada SUSANA GALVÁN

Mgter. MAGDALENA GARCÍA ELORRIO

Abogado DIEGO GARCÍA MONTAÑO

Abogada ESTHER MATHIEU

Doctor ARTURO S. PAGLIARI

Doctor EDUARDO PINTORE

Doctora MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

Abogada GLORIA ROSENBERG

Doctora GRACIELA R. SALAS

Mgter. SUSANA M. SARTORI

Doctor LUIS SAVID BAS

Abogado CHRISTIAN G. SOMMER

Mgter. MARÍA ALEJANDRA STICCA

Miembros Correspondientes del Instituto

Doctor JOSÉ ALEJANDRO CONSIGLI (Buenos Aires)

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Luis Moisset de Espanés

Dr. Ernesto J. Rey Caro

Dra. Zlata Drnas de Clément

Dra. María Cristina Rodríguez de Taborda

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Dr. RAFAEL CASADO RAIGÓN (España)

Dr. HUGO LLANOS MANSILLA (Chile)

Dr. MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ (España)

Dr. ANTONIO REMIRO BROTONS (España)

Dra. FRIDA M. ARMAS PFIRTER (Argentina)

PALABRAS PRELIMINARES

Los pronunciamientos de los tribunales internacionales han constituido una herramienta de inapreciable valor para el desarrollo y evolución del Derecho Internacional. Contrariamente a lo que aconteció hasta mediados del siglo pasado, en donde existían escasos órganos jurisdiccionales encargados de solucionar las controversias internacionales, fundamentalmente las suscitadas entre Estados, en estos primeros años de la nueva centuria se puede constatar que el número de tribunales se ha multiplicado apreciablemente. La variedad de éstos refleja el ensanchamiento de los ámbitos de aplicación del ordenamiento jurídico internacional. La multiplicación de las organizaciones internacionales, particularmente las de integración, con la implementación de mecanismos especiales para la solución pacífica de las discrepancias y la revalorización que ha experimentado la persona humana, que ha generado formas otrora desconocidas de protección de sus derechos, son acontecimientos que, entre otros, han enriquecido una temática clásica de la disciplina.

Cualitativa y cuantitativamente la jurisprudencia internacional ha adquirido una nueva dimensión en el Derecho Internacional contemporáneo. Paralelamente con este proceso, nuevas corrientes doctrinarias debaten y no pocas veces discrepan en cuanto al rol actual de la jurisprudencia. Se la examina desde la teoría y desde la praxis. Es muy interesante ver con qué vehemencia se sostienen posturas antagónicas. Unas conservadoras, otras innovadoras. La amplia gama de opiniones ofrece un panorama que sorprende y deslumbra al estudioso. Un simple cotejo de la bibliografía sobre el Derecho Internacional de las últimas décadas, demuestra la preocupación que ha despertado la temática.

En las sesiones del Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración celebradas durante el año académico 2011,

por elección de sus miembros, el tema axial fue abordado en exposiciones, frecuentemente matizadas con debates, sobre los aportes de la jurisprudencia internacional. Más allá de los aspectos teóricos de la materia, se examinaron muchos pronunciamientos de calificados tribunales universales y regionales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de tribunales arbitrales, y las disertaciones pusieron de manifiesto una multiplicidad de enfoques. Asimismo, en las sesiones se trataron algunos temas conexos. Participaron los profesores Graciela R. Salas, Zlata Drnas de Clément, Arturo Pagliari, Susana Sartori, María Cristina Rodríguez, Susana Galván, Gloria Rosenberg, Diego García Montaña, Christian Sommer, Alejandra Sticca, Eduardo Pintore y quien ejerce la dirección del Instituto.

Constituyó un año académico fructífero, continuación de las tareas cumplidas en periodos anteriores. Se han alcanzado nuevamente los objetivos que inspiraron la creación del Instituto. Resta confiar que dicho trabajo, traducido en los aportes que se incluyen en esta nueva entrega del Cuaderno, pueda ser de utilidad para toda la comunidad universitaria, docentes y alumnos. A estos últimos siempre se les ha prestado una particular atención.

Ernesto J. Rey Caro

**CASO DE LAS ACTIVIDADES ARMADAS EN EL
TERRITORIO DEL CONGO
(REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO C/ UGANDA)
Corte Internacional de Justicia
Sentencia del 19 de diciembre de 2005 ***

*Graciela R. Salas***

Sumario: I. Introducción. II. El caso República Democrática del Congo c/ Uganda ante la C.I.J. III. Algunos puntos destacables. Conclusiones.

I. Introducción

Durante 2011 el objetivo fue trabajar sobre jurisprudencia de tribunales internacionales en los se hubieren abordado temas que pudieran llevar posteriormente a un mayor desarrollo.

En este caso centramos la atención en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Así seleccionamos el caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo

* Artículo recibido el 29 de septiembre de 2011 y aprobado para su publicación el 24 de noviembre de 2011.

** Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

c/ Uganda). Iniciamos con una síntesis de la compleja situación de facto planteada entre ambas partes, habida cuenta de la implicación de otros Estados africanos y siempre desde un enfoque jurídico.

A partir de allí seleccionamos algunas aristas particulares del caso y que nos merecen algunas consideraciones, sobre las que nos detenemos en forma particular, más allá del contenido general y de otras cuestiones que pudieran resultar de interés en otra oportunidad.

Finalmente destacamos en particular las tendencias y las reticencias de la Corte para resolver cuestiones de creciente interés a nivel internacional y que se abren camino en las presentaciones ante tan alto tribunal.

Previo a ello es importante ubicar a la República Democrática del Congo, que limita con la República Centroafricana y Sudán del Sur, al norte con Uganda, Rwanda, Burundi y Tanzania, al este con Zambia, con Angola al sur y con la República del Congo al oeste. Se comunica con el mar por un estrecho corredor que desemboca en el Gofu de Guinea. Alcanzó su independencia en 1960, bajo el nombre de Zaire. Su primer gobierno, a cargo de Mobutu Sese Seko, se caracterizó por un pronunciado desmanejo económico. A su caída se proclamó la República Democrática del Congo en 1997, fecha en la que Sesé Seko fue sucedido por Laurent - Désiré Kabila. Esto llevó a una guerra civil que degeneraría en una conflagración continental, de la que participaron fuerzas armadas de más de siete países, dejando como trágico saldo más de 4 millones de muertos. El resultado fue la intervención de la ONU con sus fuerzas de paz organizadas en la MONUC.

Entre 2003 y 2007 se constituyó un gobierno de transición, reemplazado por el hijo de L. D. Kabila, Joseph Kabila, electo en 2006 en comicios libres.

II. El caso República Democrática del Congo c/ Uganda ante la C.I.J.

Como decíamos más arriba, en este apartado, intentaremos sintetizar la compleja situación de facto planteada entre ambas partes, habida cuenta de la implicación de otros Estados africanos y de los planteamientos efectuados más allá de los alcances que la doctrina tradicional atribuía a las acciones armadas en territorio ocupado.

En este sentido, nuestro interés se fue centrando en los nuevos planteamientos de la guerra moderna, particularmente en los países de más reciente independencia, dueños de importantísimos recursos naturales. En el caso de la RDC minerales como el oro, diamantes y estaño, el desconocido coltán ¹, así como madera, café, té, recursos hídricos.

En vista del importante número de grupos armados mencionados por las Partes en sus escritos, en el pr. 27, la Corte se vio obligada a precisar las abreviaturas aplicadas en esta sentencia para designarlas, lo que demuestra la complejidad de la situación planteada por la diversidad de los grupos que actuaron en el territorio congolés. Así enumeró a las Fuerzas Democráticas Aliadas (FDA); la Alianza de las Fuerzas Democráticas para la Liberación del Congo (AFDL); el Ejército de Liberación del Congo (ALC); las Fuerzas Armadas Congolesas (FAC), consideradas como el ejército del gobierno congolés; las Fuerzas Armadas Ruandesas (FAR); el Antiguo Ejército Nacional de Uganda (FUNA); el Ejército de Resistencia del Señor (LRA); el Movimiento de Liberación del Congo (MLC); el Ejército Nacional de Liberación de Uganda (NALU); el Encuentro Congolés para la Democracia - Kisangani (RCD), también conocido como RCD - Wamba; el Ejército Patriótico Ruandés (APR); el Encuentro Congolés para la Democracia - Movimiento de Liberación (RCE-ML); el Movimiento / Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés (SPAM/A); el Frente Nacional para la Salud de Uganda (UNRF II); las Fuerzas de Defensa del Pueblo Ugandés (UPDF), y el Frente de la Ribera Oeste del Nilo (WNBf).

A modo de síntesis de la situación que llevó a esta controversia, vemos que en 1997 el mariscal Mobutu Sese Seko, presidente de la RDC, fue derrocado por Laurent-Désiré Kabila, que dirigía un movimiento rebelde congolés sostenido por Uganda y Ruanda (AFDL). Al acceder a la presidencia L. D. Kabila acordó con Uganda y Ruanda importantes ventajas económicas y militares. Posteriormente intentó revertir esa situación lo que constituyó la verdadera causa de la invasión del territorio congolés por las fuerzas armadas de Uganda en agosto de 1998. Previo a ello se conoció un intento de golpe de Estado por parte del coronel

¹ Este derivado del estaño es un conductor usado para la fabricación de teléfonos móviles y videoconsolas. Se calcula que el 65% de las reservas mundiales de este mineral se encuentra precisamente en la RDC. Al caer el precio del coltán, fue reemplazado por la casiterita, también empleada por la industria tecnológica.

Kabarebe (ruandés), jefe de estado mayor de las FAC. Ante la gravedad de la situación planteada, la ONU desplegó sus fuerzas de paz, identificadas bajo la sigla MONUC.

Esta guerra, también conocida como *Guerra del Coltán*, se extendió hasta 2003, oportunidad en que se firmó el acuerdo de Pretoria.

Según el informe de la Misión de Evaluación Interinstitucional de la ONU, reunida en Kisangani conforme a la Resolución 1304 (2000) del Consejo de Seguridad ², la situación planteada se inscribe en las consecuencias de los malos manejos económicos y políticos posteriores a la independencia o de un conflicto a menudo calificado como la “primera guerra mundial de África”, que implicó el enfrentamiento entre la República Democrática del Congo y siete países de la región de los lagos y una grave crisis humanitaria que incluyó tanto víctimas como desplazados y refugiados.

A fin de mejor analizar la situación planteada entre ambas partes, la Corte establece períodos diferenciados: el primero de ellos hasta mayo de 1997 en el que se produjo el accionar de fuerzas irregulares contra Uganda en el territorio de la RDC y que Uganda manifiesta que fueron facilitadas por la falta de vigilancia de la RDC.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que la presencia de las fuerzas irregulares en el territorio dominado por Uganda fue reconocida por ambas partes (para. 300). De todos modos la Corte considera insuficientes las pruebas aportadas respecto de la tolerancia de la RDC a la existencia de fuerzas irregulares contra Uganda y contra Zaire en su territorio en los diferentes períodos en que se dividió la situación conflictiva entre RDC y Uganda y que llevaron a plantear esta controversia, aunque fueron mejorando las medidas adoptadas por ambos para controlar estos grupos irregulares.

En el período abarcado entre mayo de 1997 y agosto de 1998, de buenas relaciones entre ambas partes, por el contrario, existió una acción manifiesta de la RDC y de Uganda contra los grupos rebeldes anti-ugandeses. En este período la RDC consintió el despliegue de tropas ugandesas sobre su territorio y ambos países firmaron un acuerdo relativo a la seguridad en su frontera común (pár. 46 y 303), aunque las medidas adoptadas fueron insuficientes.

² Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2000/1153>

En el período posterior a agosto de 1998 la situación se agravó al emprender la RDC acciones militares contra las fuerzas ugandesas, con carácter de legítima defensa reconocido por la Corte (para. 304).

Durante este período se produjeron ataques a la embajada de Uganda en Kinshasa, en alguno de ellos con la presencia de Taban Amin³, comandante del Frente de la Ribera Oeste del Nilo (WNBF), en violación del Derecho Diplomático y Consular. También se plantearon situaciones en las que se vieron afectados tanto diplomáticos como ciudadanos ugandeses⁴. De esos ataques resultaron daños a los bienes de los locales afectados y violaciones a las inmunidades diplomáticas. Esta situación llevó al reconocimiento de la responsabilidad internacional de la RDC por incumplimiento de lo establecido por las convenciones de Viena de 1961 y 1963 (puntos 10 a 12 del resolutorio).

La parte principal del conflicto se produjo a partir de agosto de 1998 en que el presidente Kabila (RDC) buscó la ayuda de países vecinos. Esta situación provocó el temor de Uganda por su seguridad, y fundamentó su invasión de la parte oriental de la RDC para finalmente hacer crisis en la ciudad y región de Kisangani⁵ e Ituri en particular. Se sospecha que una de las causas subyacentes haya sido el control de la industria del diamante.

Estados del África oriental y la Organización para la Unidad Africana adoptaron diversas iniciativas para reunir a los beligerantes y representantes de varios Estados africanos, conocidas como el Proceso de Lusaka que llevó a la firma del acuerdo de paz de Syrte⁶ el 18 de abril de

³ Hijo del antiguo dictador de Uganda, Idi Amin (Dada).

⁴ En el aeropuerto de Ndjili, en ocasión de su partida de la RDC, lo que hizo necesaria la intervención del decano del cuerpo diplomático, embajador de Suiza.

⁵ Tercera ciudad en importancia de la República Democrática del Congo, al noeste de la misma sobre el río Congo y en el corazón de África. Fue tomada por las fuerzas de Laurent-Désiré Kabila al asumir el poder, por la Coalición Congoleña para la Democracia y se produjeron tres enfrentamientos entre las fuerzas ugandesas y ruandesas en agosto, mayo y junio de 2000.

⁶ En el mismo Uganda se comprometía a cesar inmediatamente en las hostilidades y a retirar sus fuerzas de territorio congolés. También lo firmaron Angola, Namibia, Ruanda y Zimbabue junto a grupos de rebeldes de la RDC. Para su verificación se desplegaron verificadores de la OUA y de la ONU y debía ser seguido por

1999. Este acuerdo preveía la cesación de las hostilidades entre las fuerzas, el despliegue de verificadores de la OUA y de la ONU, seguido de la retirada de las fuerzas extranjeras, conforme al calendario establecido, sin que este acuerdo implicara el consentimiento de la RDC para la presencia de fuerzas ugandesas en su territorio (para. 95 y ss.).

Según la RDC, Uganda continuó proveyendo armas a grupos étnicos que se enfrentaban en la región de Ituri en la frontera entre ambos países y dejó una red de señores de la guerra que continuaba aprovisionando y apropiándose de las riquezas de la RDC, por cuenta de operadores económicos ugandeses y extranjeros.

Sin embargo Uganda sostenía que desde 1994 las autoridades congoleesas proveyeron ayuda militar y logística a insurgentes anti-ugandeses, obligando a un refuerzo de sus posiciones militares a lo largo de la frontera. Luego de asumir el poder, el presidente Kabila invitó a Uganda (1997) a desplegar esas fuerzas armadas en la parte oriental de la RDC al no tener los medios necesarios para controlar esas provincias y con el objetivo de eliminar los insurgentes anti-ugandeses que operaban en esta parte del territorio y de asegurar la seguridad en la región fronteriza (para. 36). Sostuvo asimismo que reiteró ese pedido en 1998 en ocasión del protocolo relativo a la seguridad de la frontera común firmado por ambos gobiernos el 27 de abril de 1998. Este acuerdo, según Uganda, fue roto por el presidente Kabila en agosto del mismo año al celebrar nuevos acuerdos con Chad y Sudán y los diversos grupos insurgentes anti-ugandeses. Adujo asimismo ejercer su derecho soberano de legítima defensa preventiva ocupando los aeródromos y puertos fluviales estratégicos del norte y este de la RDC.

El 20 de febrero de 2001 Uganda anunció su intención de retirarse del territorio congoleño, salvo de aquellas regiones expresamente autorizadas por la RDC como las laderas de los montes Ruwenzori (para. 40).

El 6 de septiembre de 2002 ambas partes firmaron el acuerdo de Luanda por el que Uganda se comprometía a abandonar el territorio congoleño, lo que finalmente se logró con el retiro definitivo de sus tropas a partir del 2 de junio de 2003 y la celebración del acuerdo de Pretoria.

la retirada de las fuerzas extranjeras. Se conoce a estos acuerdos como Plan de Kampara y Plan de Harare.

III. Algunos puntos destacables

Este fallo debió analizar temas destacables, entre ellos el concepto de agresión en los términos de la Res. 3314 (XXIX) art. 3 g), la prueba (entre ellas el valor de informaciones de prensa, pruebas indirectas, declaraciones de las autoridades)⁷, la expoliación de los recursos naturales (para. 222, para. 237), el ataque a lugares conteniendo fuerzas peligrosas, el consentimiento, la legítima defensa (para. 287) y la legítima defensa preventiva (con una mirada tangencial a la continuidad jurídica de los estados) (para. 143, para. 289), el genocidio, la esclavitud y los niños soldado (para. 210), la responsabilidad internacional⁸ y en particular de las fuerzas irregulares, la prohibición del empleo de la fuerza, el principio de no intervención, la ocupación de guerra y el ejercicio del gobierno en este caso, a partir del concepto de territorio ocupado (para. 172), Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (para. 220) en los que surge la relación con las masacres y los actos de pillaje, los conflictos étnicos (para. 192, para. 208), con la consiguiente aplicación de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos (para. 189) y a los medios de prueba aplicables (para. 205), el permanente recurso a su propia jurisprudencia⁹, el derecho diplomático (para. 309 y ss.), la protección diplomática (para. 315, para. 328), entre otros.

En honor a la brevedad en esta oportunidad centraremos nuestra atención sólo en algunos de los puntos citados.

En efecto, más allá del consentimiento, prestado o no por la República Democrática del Congo para el ingreso de las fuerzas armadas de

⁷ En el para. 61 la Corte manifiesta que trataría con prudencia los elementos de prueba ofrecidos por las partes y aquellos en los que no existía reparos para ambas partes. Así sostiene que recurrió a los informes de la Comisión Porter, su propia jurisprudencia, testimoniales, información fáctica y técnica, como así también inclusive a artículos de prensa, aunque en este caso colocándolos en un segundo plano.

⁸ Para. 213, pág. 242, para. 304, pág. 269, y su relación con el deber de vigilancia, para. 300, pág. 268.

⁹ Para. 217, pág. 243, para. 258, pág. 257, entre otros.

Uganda, el punto a remarcar es que, según se discutió ante la Corte, existieron fuerzas regulares e irregulares, no sólo ugandesas sino también de otros estados vecinos, que actuaron sobre el territorio congoleño. Asimismo que dichas fuerzas ejercieron actos de gobierno, como en el caso del general Kazini comandante de las fuerzas ugandesas en RDC, que inclusive llevó a crear la provincia de Kibali - Ituri en junio de 1999 (para. 175) y a designar autoridades, precisamente en el territorio ocupado. Al respecto, y en relación al consentimiento en virtud del cual Uganda había podido desplegar sus fuerzas en la RDC y de emprender operaciones militares, la Corte sostiene que no era ilimitado (para. 52), y que todo consentimiento a la presencia de tropas extranjeras en su territorio prestado por la RDC fue retirado como última fecha en agosto de 1998 en ocasión de la clausura de la conferencia de Victoria Falls (para. 53), a partir de lo cual para la RDC la permanencia de esas tropas en territorio congoleño se transformaba en una agresión y por ende constituía a Uganda en potencia ocupante.

En cuanto a la legítima defensa preventiva, esgrimida por Uganda, la Corte sostiene que las partes no pueden recurrir al derecho de legítima defensa sino en el caso de una agresión ya producida, no pueden plantearse la licitud de una reacción a la amenaza inminente de una agresión armada (para. 143) y que no existían pruebas satisfactorias de una implicación directa o indirecta del gobierno de la RDC en los ataques de fuerzas irregulares contra Uganda, conforme a lo establecido por la Res. 3314 (XXIX) en su artículo 3 g) (para. 146). Por el contrario, la Corte reconoce que Uganda había recurrido al empleo de la fuerza sin consentimiento de la RDC a partir de agosto de 1998 y que esa situación no justificaba la legítima defensa.

A continuación la Corte considera importante dilucidar si Uganda constituía una potencia ocupante de parte del territorio congoleño, a los efectos de la aplicación de normas de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, teniendo en cuenta la posición de la RDC. En efecto ésta sostenía que esa ocupación y la consiguiente explotación de sus recursos naturales violaba el Derecho Internacional Humanitario, la soberanía estatal, particularmente sobre sus recursos naturales, el principio de igualdad y de autodeterminación de los pueblos y a no ser sometido al dominio de otro Estado ni a la explotación ilegal de sus recursos humanos y el principio de no intervención en cuestiones internas, particularmente en materia económica, con

el conocimiento de las autoridades ugandesas. Esta posición es rechazada rotundamente por Uganda. Sin embargo la Corte nada resolvió sobre la violación de estos principios, englobando su decisión en la responsabilidad internacional, como veremos más adelante, aunque es de destacar el detenimiento con que analizó la cuestión del pillaje y la expoliación de los recursos naturales congoleños.

Respecto del concepto de territorio ocupado, vemos que la Corte se apoya en el Reglamento de La Haya de 1907, cuyo artículo 42 lo define como aquél que “(…) *se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et que l'occupation ne s'étend qu' au territoire où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer*”, concepto éste esencial para la aplicación del *jus in bello*. Para ello debía analizar si las fuerzas ugandesas habían sustituido realmente a la autoridad del gobierno congoleño, lo que quedó demostrado con la creación de la provincia de Kibali - Ituri por el general Kazini, la designación de autoridades provisorias y su intervención en las elecciones posteriores, a pesar de la posición sostenida por Uganda de que el mismo se había extralimitado en sus órdenes y competencias. Aquí vemos aparecer la expresión “*administración indirecta*” utilizada por la RDC para referirse a la supervisión por parte de oficiales ugandeses de las elecciones locales organizadas en territorios controlados por fuerzas irregulares congoleñas apoyadas por Uganda.

La Corte concluye que Uganda era una potencia ocupante en Ituri en la época en cuestión y que estaba obligada a adoptar todas las medidas que le correspondían en vista de restablecer y asegurar en lo posible el orden público y la seguridad en el territorio ocupado, respetando las leyes en vigor en la RDC, particularmente velar por el respeto de las normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Fundamenta esta posición en lo establecido por la Comisión Porter, según la cual más que prevenir el tráfico ilícito de recursos naturales, y especialmente de diamantes, los oficiales superiores de las UPDF por el contrario favorecieron tales actividades por medio de entidades comerciales (para. 248), lo que derivó en un incumplimiento por parte de Uganda de sus obligaciones como potencia ocupante.

De allí surge la responsabilidad internacional de Uganda por hechos de los integrantes de sus fuerzas armadas, y no por el accionar de grupos rebeldes de la región.

En materia de derechos humanos la Corte se apoya en el informe de la Misión de Evaluación Interinstitucional de la ONU, el Informe Especial de la MONUC, del relator especial de la Comisión de Derechos Humanos Doc. A/55/403 del 20 de septiembre de 2000 (para. 26) y E/CN/4/2001/40 del 1º de febrero de 2001 (para. 31), el informe de la Comisión Porter. Todo ello particularmente en relación al estallido de conflictos étnicos en el territorio ocupado por las fuerzas ugandesas, del reclutamiento de niños soldados, asesinatos, actos de tortura y otras formas de tratos inhumanos contra la población civil, destrucción de poblaciones y edificios civiles sin distinguir entre combatientes y civiles, y de adoptar medidas para prevenir esos hechos (para. 209 y ss.). Asimismo recurre en diferentes párrafos a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y en relación a varios de los temas que vamos detallando en este trabajo.

Así vemos que la Corte constató que, tanto la RDC como Uganda, son partes en ese instrumento africano. De este tratado se deriva por un lado la soberanía de los pueblos sobre sus riquezas y recursos naturales y por el otro que su ejercicio se debe hacer en el exclusivo interés del pueblo (artículo 21), esto último aducido por Uganda en su defensa. En consecuencia el pueblo expoliado en sus recursos naturales “*tiene derecho a la legítima recuperación de sus bienes como así también a una indemnización adecuada*”, y que el incumplimiento a esto genera responsabilidad internacional, en la medida que el Estado incumplidor, en este caso Uganda, no ha cumplido con su deber de vigilancia a fin de evitar que sus fuerzas armadas se libran al pillaje y a la explotación de los recursos naturales de la RDC.

En relación a la responsabilidad internacional de Uganda por las acciones de fuerzas irregulares en territorio congoleño, la Corte sostiene que éstas no revestían el carácter de órgano en el sentido del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (arts. 4 y 5) ni se aportaron pruebas de que hubieran recibido instrucciones de Uganda para cometer los ilícitos que se les atribuyen. Pero a renglón seguido la Corte reconoce que la ayuda brindada a los insurgentes por parte de Uganda, viola el principio de no intervención, en los términos establecidos por el artículo 2 inc. 4 de la Carta de las Naciones Unidas y por la Res. 2625 (XXV) (para. 162 y 22). En este sentido la Corte subraya que la guerra civil y la intervención militar extranjera en RDC engen-

draron un clima general de terror que también marcó profundamente la vida de los congolese.

Para la Corte la responsabilidad surge en definitiva de lo establecido por el art. 3 de la cuarta Convención de La Haya de 1907 y el art. 91 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra de 1949 según los cuales una parte en un conflicto armado es responsable de todos los actos de las personas que forman parte de sus fuerzas armadas.

Respecto de la explotación de sus recursos naturales, reclamada por la RDC, la Corte se planteó la necesidad de analizar las pruebas aportadas por las partes, para lo cual utilizó particularmente los informes del grupo de expertos de Naciones Unidas ¹⁰ y del informe de la Comisión Porter ¹¹.

A partir de ese medio de prueba la Corte constató que el general Kazini conocía del accionar del UPDF y que no había adoptado las medidas necesarias para impedirlo y que además lo había ocultado al presidente de su país. Asimismo sostuvo que ese general conocía que oficiales y hombres del UPDF estaban implicados en actividades de explotación y de comercio del oro, contrabando y pillaje de bienes civiles, utilizando para ello a empresas privadas como la Sociedad Victoria y permitiéndole comerciar sin impedimento en las regiones bajo su mando. Es más, la Comisión Porter indicó que esa sociedad era activa en el comercio de diamantes del oro y del café y pagaba impuestos al MLC.

¹⁰ El Consejo de Seguridad había solicitado al Grupo de Expertos que recomendará las medidas que habrían de tomarse a fin de que los recursos naturales de la República Democrática del Congo fueran explotados en forma legal y sobre bases comerciales justas, en beneficio de su población, tal lo alegado por Uganda en esta causa. También le pidió que revisara y analizara la información reunida anteriormente, con el fin de verificar, corroborar y actualizar las conclusiones del Grupo, o exonerar a las partes mencionadas en sus informes, con vistas a introducir los ajustes correspondientes en las listas de los participantes en actividades ilegítimas. El Grupo de Expertos también habría de incluir información sobre las medidas adoptadas por los gobiernos para atender a sus recomendaciones anteriores.

¹¹ Esta comisión estuvo encabezada por el ex juez ugandés David Porter y fue constituida por el gobierno de Uganda para investigar las acusaciones formuladas contra Uganda por el Grupo de Expertos de las Naciones Unidas. Esta comisión debía investigar las acusaciones relativas a la explotación ilegítima de recursos naturales y cuestiones como el fraude fiscal que surgían de las conclusiones del Grupo de Expertos de las Naciones Unidas.

También surgió, aunque de manera tangencial y a través de la posición congoleña, que las fuerzas del UPDF se dedicaron a la caza y al pillaje de especies protegidas y que las autoridades ugandesas las incitó, como así también a las empresas ugandesas y a grupos rebeldes apoyados por Uganda a explotar las riquezas naturales del territorio de la RDC (para. 223, 228).

La Comisión Porter asimismo reconoció la explotación de recursos naturales en la RDC en los períodos bajo análisis, por parte de oficiales superiores del ejército, por su cuenta, y de personas residentes en Uganda, con cobro de tasas en el comercio del oro, por parte de los soldados de las UPDF. Sin embargo la Corte declara no disponer de elementos de prueba creíbles que le permitieran establecer que existiera una política gubernamental de Uganda para esa explotación de los recursos naturales de la RDC.

Continúa profundizando su análisis acerca de las pruebas de que oficiales de alta graduación y soldados de las UPDF participaron de actos de pillaje y en la explotación de los recursos naturales de la RDC y que las autoridades militares no adoptaron medidas par poner fin a esas actividades (para. 242).

A estas alturas ya se hace necesario distinguir dos situaciones planteadas en relación a la explotación de los recursos naturales: por un lado la que se plantea por el accionar de las fuerzas armadas ugandesas, aun extralimitándose en sus funciones, y por otro el accionar de los grupos rebeldes que actuaban en la región.

Respecto de la primera situación, la Corte detalla los elementos de prueba de la explotación ilegal de los recursos naturales congoleños que derivan de ese informe, haciendo hincapié en el accionar del general Kazini y sus seguidores, inclusive en actividades en el ámbito privado. Asimismo detalla el rol desempeñado por los integrantes de las fuerzas rebeldes en esa explotación ilegal, como así también en el comercio transfronterizo, y la participación de estados vecinos y empresas europeas.

De todos modos estima que no se ha probado que Uganda hubiera puesto en funcionamiento un plan a tal efecto, sino que la responsabilidad vendría por la inacción de ese Estado ante las actividades de fuerzas regulares e irregulares que actuaban en el territorio bajo su control.

El punto siguiente era la aplicación del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, que la Corte reconoce como un prin-

cipio de derecho consuetudinario (para. 244), pero niega que de los instrumentos internacionales invocados por la actora se pueda desprender que sea aplicable a casos de pillaje y de explotación de ciertos recursos naturales por parte de miembros del ejército de un estado que intervenga militarmente en el territorio de otro. En consecuencia surge la responsabilidad de Uganda, más allá de que se la considere o no potencia ocupante, por la violación al art. 47 del Reglamento de La Haya, y al art. 33 de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, es decir se ha violado normas del *jus in bello*.

La segunda cuestión conexas es la responsabilidad por los actos de pillaje y de explotación ilegal de los recursos naturales por parte de grupos rebeldes que no se encontraban bajo el control de Uganda. En este punto la Corte no puede concluir que Uganda haya omitido cumplir con su deber de vigilancia (para. 247) dado que los mismos no se encontraban bajo el control de Uganda, particularmente porque no se probó que Uganda hubiera creado el MLC, y que éste no se encontraba bajo su control no revestía el carácter de órgano ni que hubiera podido ejercer prerrogativas de poder público por cuenta de Uganda (para. 160).

La Corte encuentra responsable a Uganda en este punto como sigue: “250. *La Cour conclut que elle dispose de suffisamment d'éléments de preuve crédibles pour considérer que l'Ouganda a engagé sa responsabilité internationale à raison des actes de pillage et d'exploitation des ressources naturelles de la RDC commis par des membres des UPDF sur le territoire de la RDC, de la violation de son devoir de vigilance s'agissant de ces actes et du manquement aux obligations lui incombant en tant que puissance occupante...*”.

Sin embargo, lo que llama la atención en este punto es que la Corte recurriera al art. 21, parágrafo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). En este caso, vemos que desde el comienzo existió una permanente referencia a este instrumento, a la Unión Africana¹², a la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de los Niños¹³.

¹²Fue firmada por cincuenta y tres estados africanos en Lomé (Togo), el 11 de julio de 2000.

¹³Firmada el 11 de julio de 1990.

Según la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los pueblos: *“En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu’à une indemnisation adéquate”*.

La relación surge inmediatamente de establecida la veracidad de los hechos en los que la RDC fundaba su demanda, a partir de medios de prueba admitidos por la Corte y que podríamos calificar como marcadamente flexibles, como las publicaciones de la prensa, o los informes citados en diferentes párrafos y en un instrumento regional ¹⁴.

Así la Corte encuentra probado con precisión que a pesar de las instrucciones del presidente ugandés de vigilar que cesara el comportamiento de los soldados de las UPDF, y a pesar del compromiso asumido por el general Kazini, no se adoptó medida alguna por parte de ambos para que se respetaran esas órdenes (para. 246), todo lo cual surge del informe de la Comisión Porter.

La Corte entiende que esto se resuelve como un caso de responsabilidad internacional, clásica y tradicional, para lo cual recurre a otro párrafo del informe de la Comisión Porter:

“[i]l ressort de tout ceci une situation d’indiscipline délibérée et persistante des commandants sur le terrain, tolérée et même encouragée et couverte par le général Kazini, comme l’indiquent l’incompétence ou l’absence totale d’enquête et l’incapacité de remédier efficacement au manque de discipline aux niveaux supérieurs”.

En consecuencia, para la Corte la responsabilidad de Uganda deriva de los actos de sus fuerzas armadas, no del accionar de las fuerzas irregulares que actuaban en ese territorio y en este caso por no haber adoptado las medidas necesarias para impedir esos actos de pillaje cometidos por integrantes de sus propias fuerzas armadas, impidiendo el tráfico ilegal de recursos naturales, particularmente de diamantes, ejecutados por los oficiales del UPDF, quienes por el contrario lo favorecieron, como en el caso del Grupo Victoria. A ello se debe sumar la incompetencia, la ausencia de investigación y la incapacidad de solucionar esa falta de disciplina.

¹⁴En este caso la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, hecho éste no demasiado habitual para la Corte.

En definitiva se trata de un caso de responsabilidad internacional tanto por acción como por omisión.

Por otra parte, y como surge de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de esa responsabilidad nace la obligación de reparar, que en este caso va desde la obligación de restitución de los bienes expoliados hasta la justa indemnización, para lo cual las partes deben acordar y en caso de que así no lo hicieran la cuestión será resuelta por la Corte, que se reserva la continuación de este procedimiento. Fácil es advertir la dificultad que plantea esa obligación de restitución atenta la participación de empresas africanas y europeas y la complejidad de la situación de los países de la región que llevaron a esta controversia.

Conclusiones

Ab initio surge con meridiana claridad que el punto de partida fue establecer que Uganda había actuado como potencia ocupante del territorio congoleño. De allí se deriva la serie de cuestiones relacionadas con un conflicto armado post colonial en el que se vieron seriamente cuestionados los derechos humanos en sí mismos, el Derecho Internacional del Desarrollo junto al derecho al desarrollo, por la expoliación de los recursos naturales de que fue objeto el territorio ocupado.

En este punto llama la atención el recurso de la Corte a instrumentos regionales y aun a un acuerdo regional, aunque se desprende de gran parte de este fallo que lo hace exclusivamente en vista de la fundamentación de la responsabilidad internacional, constituyéndose ésta en el verdadero eje de este fallo.

Asimismo es de observar que la Corte evitó expedirse sobre la violación de los principios de no intervención, de igualdad y autodeterminación de los pueblos, o de soberanía sobre los recursos naturales, planteados por la RDC.

En definitiva la CIJ resuelve esta controversia como un caso de responsabilidad internacional por hechos ejecutados por miembros de las fuerzas armadas ugandesas, como órganos de la potencia ocupante, diríamos de manera sumamente conservadora. Para ello se vale de elementos muy simples, como quedó dicho más arriba: por un lado que Uganda fue una potencia ocupante, que los actos de pillaje y explotación de los

recursos naturales de la RDC de los recursos naturales de la RDC que se derivaron, fueron cometidos por miembros de los UPDF, a continuación que esos actos violaron la obligación de vigilancia, conforme a lo establecido por el art. 43 del Reglamento de La Haya de 1907, particularmente respecto de los recursos naturales (para. 250), y así lo resuelve en el punto 4 de esta sentencia.

Es así que el nudo gordiano de este fallo podría resumirse en la situación que se deriva de acciones ilegales de un Estado sobre otro, que implican el uso de la fuerza, afectando de esa forma tanto a las personas (Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario), como a principios de Derecho Internacional, o a la soberanía estatal.

Más allá de los puntos sintetizados más arriba, la responsabilidad internacional derivada de la violación de los privilegios e inmunidades diplomáticos se colocó en un segundo plano, sin que por ello la Corte haya omitido expedirse al respecto.

**CASO DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN
SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS
FORMAS DE DISCRIMINACIÓN
(GEORGIA c/ FEDERACIÓN RUSA)**

**Corte Internacional de Justicia
Excepciones Preliminares
Sentencia de 1 de abril de 2011 ***

*Zlata Drnas de Clément ***

Sumario: I. Introducción. II. Demanda de Georgia. III Excepciones preliminares de la Federación Rusa. IV. Sentencia. IV a) Controversia. IV b) Negociación. V. Dictamen. VI. Opiniones disidentes. VII. Conclusiones.

El 12 de agosto de 2008, el Gobierno de Georgia presentó a la Secretaría de la Corte una demanda contra la Federación de Rusia (FR) en relación con una controversia relativa a “acciones en y alrededor del territorio de Georgia” en violación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de la todas las formas de Discriminación Racial (CEDR), de 21 de diciembre de 1965 (*i.a.* limpieza étnica de georgianos en Osetia del Sur; frustración del derecho del retorno de los georgianos a sus hogares en Osetia del Sur y Abjasia; destrucción de la cultura y la identidad de Georgia en Osetia del Sur y Abjazia). Éste no constituye el primer caso

* Artículo recibido el 6 de septiembre de 2011 y aprobado para su publicación el 22 de noviembre de 2011.

** Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Antigua catedrática de Derecho Internacional Público (UNC). Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

ante la Corte en el que se ha pretendido promover la jurisdicción de la Corte en base al CERD. También se invocó en el *asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática de Congo) vs. Ruanda*), en el que la República Democrática de Congo (RDC) invocó que Ruanda había incurrido en “violaciones masivas, serias y flagrantes de derecho humanos y derecho internacional humanitario en violación a varias convenciones, entre ellas la CERD”¹.

Georgia², ubicada sobre la costa oriental del Mar Negro, es miembro del Consejo de Europa desde el 27 de agosto de 1999. Conocidos sus pobladores en la antigüedad como “íberos” (Iberia: región de su asentamiento), fue una de las primeras regiones de Euroasia que adoptó la religión cristiana (Iberia en el año 317 y Cólquida en el año 523)³. Estuvo bajo dominación romana, árabe (VII) y mógol (XIII), persa y otomana (XVI). Celebró un tratado con Rusia en 1783, colocándose bajo su protección. En la primera década de 1800 fue informalmente incorporada y luego anexada por la fuerza a Rusia. Tras la Revolución rusa de 1917, aprovechando la guerra civil, Georgia declaró su independencia a inicios de 1918, pero en 1921 fue invadida por el Ejército Rojo. Fue una de las repúblicas autónomas de la URSS hasta 1991 en que declaró su indepen-

¹ GALWAY BUYS, C., “Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination”, *American Journal of International Law*, 103 (2009), págs. 294-299. En ese caso la Corte no hizo lugar a la reclamación de la RDC atento la reserva de Ruanda.

² Denominada en georgiano Sakartvelo y en ruso Gruzia. Fue cuna de José Visarianovich Djughashvili, conocido como José Stalin, quien nació en Gori, hoy capital de Osetia del Sur.

³La condición cristiana de Georgia, en la actualidad, es predominante la ortodoxa. Algunos doctrinarios estiman que con la debilitación de los Estados se ha ido produciendo una revitalización de las religiones, observándose ese efecto así tras el fin de la Guerra Fría, a pesar de la separación formal en ambos países entre religión y Estado. V. WERKNER, I-J., “Religion and its importance in International politics: A case study of 2008 Russian-Georgian War”, *Caucasian Review of International Affairs*, Vol 4 (3), Summer, 2010 (http://www.cria-online.org/12_3.html). V. asimismo POTIER, T., *Conflict in Nagorno-Karabakh, Abkhazia and South Ossetia. A Legal Appraisal*, Kluwer Law International, The Hague-Boston, 2001, pág. 314. Este último trabajo analiza la etapa comprendida entre 1993 y 1998. George HEWITT, G., “Review of Conflict in Nagorno-Karabakh, Abkhazia and South Ossetia: A Legal Appraisal”, *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, University of London, vol. 64, No. 3, 2001, pág. 416 y ss.

dencia, resultando elegido primer presidente de la república independiente Zviad Gamsakhurdia⁴, con más del 90% de los votos, pero fue depuesto pocos meses después de su asunción por un sangriento golpe de Estado promovido por la Guardia Nacional y la Organización paramilitar Mkhedrioni, apoyadas por las unidades militares rusas estacionadas en Tiflis. La guerra civil duró entre 1991 y 1995, asumiendo como presidente en 1995 Edward Shevardnadze (antiguo Ministro de Relaciones Exteriores de Gorbachov), quien gobernó hasta 2003, en que tuvo que renunciar a consecuencia de fraude electoral. Durante su gobierno se iniciaron los movimientos separatistas de Abjasia⁵ y Osetia del Sur⁶, resultando cerca de 300.000 georgianos depurados por razones étnicas de esas y otras regiones. Se estima en 10.000 el número de civiles muertos en esas operaciones. Las luchas entre pro-rusos y georgianos, ortodoxos y católicos-musulmanes-judíos continuaron hasta que las fuerzas armadas de Georgia iniciaron la operación “Campo Limpio” para restaurar el orden en Osetia del Sur, lo que se convirtió en una guerra con Georgia de un lado y Osetia del Sur, Abjasia y Rusia de otro. Georgia fue derrotada militarmente y acudió a la CIJ para reclamar por la limpieza étnica y la discriminación racial de los georgianos en las regiones de Abjasia y Osetia del Sur. La demanda se presentó contra Rusia, ya que Georgia no reconoce a los nuevos Estados autoproclamados y sostenidos por Rusia.

En su demanda, Georgia, en referencia al artículo 36, párrafo 1, del Estatuto, se basó en el artículo 22 del CEDR para fundar la competencia de

⁴ Gamsakhurdia (filólogo), hijo de uno de los destacados escritores georgianos (Konstantin Gamaskhurdia), a mediados de la década de 1950 con sus “Gorgasiani” (referencia a los antiguos reyes de Georgia) se resistió a la represión cultural ejercida por Rusia y se manifestó contra la violación de derechos humanos en su país. Fue apresado en 1956 e internado en una clínica de débiles mentales, considerándose ésta una de las primeras manifestaciones del uso de la psiquiatría con fines de control político.

⁵ Bella zona montañosa de los Montes Cáucagos, a orillas del Mar Negro, poblada por las primeras tribus arias, parte del antiguo reino de Cólquida. Su independencia fue reconocida sólo por Rusia, Nicaragua, Venezuela, Naurú y Vanuatu. Ese nuevo Estado ha sido rechazado por la UE, EE.UU. y sus aliados.

⁶ Creada por Stalin en 1922 en territorio montañoso centro-norte, región georgiana Shida Kartli (Región autónoma rusa). El nombre Osetia del Sur o Alta Osetia recién aparece en escritos militares rusos de fines del siglo XIX como zonas estratégica militar. La población de la región es de etnia georgiana en un 91 %.

la Corte y también se reservó el derecho a invocar el artículo IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, como base adicional para la competencia de la Corte.

El 14 de agosto de 2008 (con modificaciones introducidas el 25 de agosto siguiente atento a las cambiantes circunstancias en Abjasia y Osetia del Sur), Georgia, en base al artículo 41 del Estatuto y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la Corte, presentó en la Secretaría de la Corte una solicitud de indicación de medidas provisionales a fin de “*preservar [sus derechos] conforme a la CEDR y proteger a sus ciudadanos contra actos de violencia discriminatoria llevados adelante por las fuerzas armadas rusas, actuando en concierto con las milicias separatistas y mercenarios extranjeros*”.

El 15 de agosto del mismo año la Corte solicitó a las partes “*actuar de tal manera que cualquier providencia que la Corte pudiera adoptar sobre la solicitud de medidas provisionales, pudiera tener los efectos deseados*”.

En la Ordenanza de 15 de octubre de 2008 (Medidas provisionales) la Corte estableció que “*Cada parte debe abstenerse de toda acción que pueda perjudicar los derechos de la otra Parte con relación al fallo que pudiera dictar la Corte -cualquiera fuere el mismo- o que pudiera agravar o extender la controversia ante la Corte o pudiera dificultar su solución*” (Para. 149 C)- dispositivo). Dado que la Corte no tenía ningún juez de nacionalidad georgiana, Georgia hizo uso de su derecho a elegir Juez *ad hoc* y designó en tal carácter a Giorgio Gaja.

En su *demanda*, Georgia formuló las siguientes peticiones:

“La República de Georgia, en su propio nombre y como *parens patriae* de sus ciudadanos, solicita respetuosamente a la Corte que concluya y declare que la Federación Rusa, a través de sus órganos estatales, sus agentes, y otras personas y entidades en ejercicio de autoridad gubernamental, y a través de las fuerzas separatistas de Abjasia y de Osetia del Sur y de otros agentes que actúan bajo las instrucciones o bajo la dirección y el control de la FR, ha violado sus obligaciones en virtud de la CEDR al:

- (a) participar en actos y prácticas de ‘discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones’, y al no ‘velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación’, en violación al artículo 2 (I) (a) de la CEDR;

- (b) ‘patrocinar, defender y apoyar la discriminación racial’, en violación al artículo 2 (l) (b) de la CEDR;
- (c) no ‘prohibir y hacer cesar por todos los medios apropiados la discriminación racial, incluso si lo exigieren las circunstancias, medidas legislativas’, en violación al artículo 2 (l) (d) de la CEDR;
- (d) no condenar ‘la segregación racial’ y no ‘erradicar todas las prácticas de esta naturaleza’ en Osetia del Sur y Abjasia, en violación al artículo 3 de la CEDR;
- (e) no ‘condenar toda propaganda y a todas las organizaciones (...) que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial en cualquier forma’ y no ‘adoptar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación o actos de tal discriminación, en violación al artículo 4 de la CEDR;
- (f) socavar el disfrute de los derechos humanos fundamentales enumerados en el artículo 5 [de la CEDR] a la población de etnia georgiana, griega y judía en Osetia del Sur y Abjasia, en violación al artículo 5 de la CEDR;
- (g) no proporcionar ‘protección y recursos efectivos contra los actos de discriminación racial’, en violación al artículo 6 de la CEDR”.

“La República de Georgia, en nombre propio y como *parens patriae* de sus ciudadanos, solicita respetuosamente a la Corte ordene a la FR adoptar todas las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones en virtud del CEDR, incluyendo:

- (a) inmediatamente cesar en todas las actividades militares en el territorio de la República de Georgia, incluyendo Osetia del Sur y Abjasia, y la retirada inmediata de todo el personal militar ruso de la misma;
- (b) tomar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar la restitución inmediata y efectiva de los desplazados internos a Osetia del Sur y Abjasia en condiciones de seguridad y la seguridad;
- (c) abstenerse de la apropiación ilegal de viviendas y bienes pertenecientes a los desplazados internos;
- (d) tomar todas las medidas necesarias para garantizar que el resto de la población de etnia georgiana de Osetia del Sur y el Distrito de Gali no esté sujeta a un trato discriminatorio, incluyendo -pero no limitando a ello- la protección contra las presiones para asu-

mir la nacionalidad rusa, y el respeto de su derecho a recibir educación en su lengua materna;

- (e) pagar una indemnización completa por el apoyo a la limpieza étnica e inacción frente a las consecuencias de esa limpieza producida en los conflictos de 1991-1994 y su posterior negativa a permitir el regreso de los desplazados internos;
- (f) no reconocer de manera alguna al gobierno de facto de Osetia del Sur y a las autoridades separatistas de Abjasia, como tampoco el hecho consumado creado por la limpieza étnica;
- (g) no adoptar medidas que discriminen nuevamente a las personas físicas o jurídicas, que tienen nacionalidad o etnia georgiana, en zonas bajo su jurisdicción o control;
- (h) permitir a Georgia cumplir sus obligaciones bajo la CEDR, retirando sus fuerzas de Osetia del Sur y Abjasia y permitiéndole restaurar su autoridad y jurisdicción sobre esas regiones;
- (i) pagar una indemnización completa a Georgia para todas las lesiones resultantes de sus hechos internacionalmente ilícitos”.

En la fase escrita del procedimiento sobre el fondo [...], el Gobierno de Georgia en su Memoria solicitó:

- 1.- que la FR, a través de los órganos del Estado, los agentes del Estado y otras personas y entidades que ejercen la autoridad gubernamental, y a través de las autoridades de facto gubernamentales en Osetia del Sur y Abjasia y milicias que operan en esas áreas, es responsable de violaciones de los artículos 2 (1) (a), 2 (1) (b), 2 (1) (d), 3 y 5 de la Convención de 1965 por las siguientes acciones: (i) la limpieza étnica de georgianos en Osetia del Sur, (ii) la frustración del derecho al retorno de los georgianos a sus hogares en Osetia del Sur y Abjasia, y (iii) la destrucción de la cultura y la identidad de Georgia en Osetia del Sur y Abjasia;
- 2.- que la FR es responsable por la violación de la Ordenanza de la Corte sobre medidas provisionales de 15 de octubre de 2008 por las siguientes acciones: (i) los actos de discriminación, en particular por la violencia, contra los georgianos en Osetia del Sur y Abjasia, (ii) la frustración de el derecho al retorno de los georgianos a sus hogares en Osetia del Sur y Abjasia, (iii) la destrucción de la cultura y la identidad de Georgia en Osetia del Sur y Abjasia, y (iv) la obstrucción del acceso a la asistencia humanitaria;

- 3.- que la FR tiene la obligación de cesar en todas las acciones en contravención de sus obligaciones en virtud de los artículos 2 (1) (a), 2 (1) (b), 2 (1) (d), 3 y 5 de la Convención de 1965 y de la Ordenanza de la Corte sobre medidas provisionales, incluyendo todos los actos de discriminación, así como los de apoyo, defensa, patrocinio de o esfuerzos para consolidar ese tipo de discriminación, y la obligación de proveer seguridades y garantías adecuadas de que se abstendrán de todo acto de esa naturaleza en el futuro;
- 4.- que la FR tiene la obligación de restablecer la situación que existía antes de su violaciones de los artículos 2 (1) (a), 2 (1) (b), 2 (1) (d), 3 y 5 de la Convención de 1965, en particular, mediante la adopción de medidas rápidas y eficaces para conseguir el retorno de los georgianos desplazados internos a sus hogares en Osetia del Sur y Abjazia;
- 5.- que la FR tiene la obligación de indemnizar por los daños causados por sus violaciones de los artículos 2 (1) (a), 2 (1) (b), 2 (1) (d), 3 y 5 de la Convención de 1965 y de la Ordenanza de la Corte sobre medidas provisionales con una indemnización a cuantificar en una fase separada de este procedimiento”.

Se recuerda que en su demanda, Georgia se basó en el artículo 22 del CEDR para fundar la competencia de la Corte, el que reza lo siguiente: *“Toda controversia entre dos o más Estados Parte con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla”.*

Por su parte, la FR opuso cuatro *excepciones preliminares* a la jurisdicción de la Corte relacionadas al artículo 22 de la CEDR:

- no ha habido controversia entre las Partes sobre la interpretación o aplicación de la CEDR en la fecha de Georgia presentó su demanda;
- los requisitos procedimentales del artículo 22 de la CEDR para recurrir a la Corte no se han cumplido;

- la presunta conducta ilícita atribuida se llevó a cabo fuera de su territorio, por lo que la Corte carece de competencia *ratione loci* para conocer del asunto ⁷;
- toda jurisdicción de la Corte debe estar limitada *ratione temporis* a los hechos ocurridos después de la entrada en vigor de la CEDR entre las Partes, es decir, 2 de julio de 1999.

La sentencia de la CIJ muestra algunos componentes de tipo didáctico, particularmente en lo que hace al concepto de “controversia”, el momento en que se configura, condiciones para que una controversias pueda ser llevada ante la Corte y en lo que hace a “negociación”.

Controversia

La Corte, en el para. 30 del fallo recuerda su jurisprudencia en la materia, comenzando con el frecuentemente citado *dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto *Mavrommatis Concesiones en Palestinas* de 1924: “una controversia es un desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho, una contradicción de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas” (*sentencia N° 2, 1924, CPJI Series A, N° 2*, p. 11). Recuerda la Corte que, si existe una controversia en un determinado asunto, ello es una cuestión de “determinación objetiva” de la Corte (*Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría, Primera fase, Opinión Consultiva, ICJ Reports 1950*, p. 74). Asimismo hace presente que “debe demostrarse que la reclamación de una parte es positivamente opuesta a la otra” (*África Sudoeste (Etiopía c. Sudáfrica, Liberia c. Sudáfrica) Objeciones preliminares, sentencia, ICJ Reports 1962*), p. 328 y, más recientemente, *Actividades armadas en el territorio de Congo (Nueva Demanda 2002) (República Democrática de Congo c. Ruanda), Jurisdicción y Admisibilidad, sentencia ICJ Reports 2006*, p. 40, para. 90). La sentencia hace presente que la determinación de la Corte debe recaer en la examinación de

⁷ Durante la vista oral, la FR declaró que esta objeción no tenía un carácter exclusivamente preliminar.

los hechos. La cuestión es un asunto de sustancia y no de forma. Tal como la Corte ha reconocido (vg. *Límite Territorial y Marítimo entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*, *Objeciones preliminares, Sentencia, ICJ Reports 1998*, p. 315, para. 89), la existencia de una controversia puede ser inferida de la no respuesta de un Estado a la reclamación en circunstancias en que es llamado a dar respuesta. Si bien, la existencia de una controversia y las negociaciones son cosas distintas como cuestiones de principio, las negociaciones pueden ayudar a demostrar la existencia de la controversia y delinear su contenido.

La Corte continúa señalando que la controversia debe, en principio, existir al momento de la demanda a la Corte (*Asunto de la Interpretación y Aplicación del Tratado de Montreal de 1971 emergente del Incidente Aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido)*, *Objeciones preliminares, Sentencia, ICJ Reports 1998*, ps. 25-26, y ps. 130-131). Además, en el caso, el conflicto debe darse “con respecto a la interpretación o a la aplicación de [la] Convención”. Si bien, no es necesario que todo Estado se refiera expresamente a un tratado específico en sus intercambios con el otro Estado para que pueda más tarde invocar ese instrumento ante la Corte, los intercambios deben hacer referencia a la materia objeto del tratado con claridad suficiente para que el Estado contra el que se efectúa una denuncia pueda identificar que hay o puede haber una controversia con respecto a ese tema. Una especificación expresa eliminaría cualquier duda sobre la captación por parte de un Estado de la materia en cuestión. Las Partes están de acuerdo en que dicha especificación expresa no se había dado en el presente caso.

La FR sostenía, que la palabra “controversia” en el artículo 22 de la CEDR tiene un significado especial, más estrecho que el que se encuentra en el derecho internacional general y, por tanto más difícil de satisfacer. La FR mantenía que, en la CEDR, los Estados Partes no se consideran en “conflicto” hasta que un “asunto” entre las partes ha cristalizado a través de un proceso de cinco fases conforme los procedimientos establecidos en la Convención. Según la FR el argumento resultaba de la redacción de los artículos 11 a 16 de la CEDR y las distinciones que la FR hacía entre “asunto”, “queja” y “controversia” emergente de esos artículos ⁸.

⁸**Artículo 11. 1.** Si un Estado parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones de la presente Convención, podrá señalar el **asunto** a la atención del

Comité. El Comité transmitirá la comunicación correspondiente al Estado parte interesado. Dentro de los tres meses, el Estado que recibe la comunicación presentará al Comité explicaciones o declaraciones por escrito para aclarar la cuestión y exponer qué medida correctiva hubiere, en su caso, adoptado. 2. Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambas partes, mediante negociaciones bilaterales o algún otro procedimiento adecuado, en un plazo de seis meses a partir del momento en que el Estado destinatario reciba la comunicación inicial, cualquiera de los dos Estados tendrá derecho a someter nuevamente el asunto al Comité mediante la notificación al Comité y al otro Estado. 3. El Comité conocerá de un asunto que se le someta, de acuerdo con el párrafo 2 del presente artículo, cuando se haya cerciorado de que se han interpuesto y agotado todos los recursos de jurisdicción interna, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la substanciación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente. 4. En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados partes interesados que faciliten cualquier otra información pertinente. 5. Cuando el Comité entienda en cualquier asunto derivado del presente artículo, los Estados partes interesados podrán enviar un representante, que participará sin derecho a voto en los trabajos del Comité mientras se examine el asunto.

Artículo 12. 1. a) *Una vez que el Comité haya obtenido y estudiado toda la información que estime necesaria, el Presidente nombrará una Comisión Especial de Conciliación (denominada en adelante la Comisión), integrada por cinco personas que podrán o no ser miembros del Comité. Los miembros de la Comisión serán designados con el consentimiento pleno y unánime de las partes en la controversia y sus buenos oficios se pondrán a disposición de los Estados interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto a la presente Convención. b) Si, transcurridos tres meses, los Estados partes en la controversia no llegan a un acuerdo sobre la totalidad o parte de los miembros de la Comisión, los miembros sobre los que no haya habido acuerdo entre los Estados partes en la controversia serán elegidos por el Comité, de entre sus propios miembros, por voto secreto y por mayoría de dos tercios. 2. Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal. No deberán ser nacionales de los Estados partes en la controversia, ni tampoco de un Estado que no sea parte en la presente Convención. 3. La Comisión elegirá su propio Presidente y aprobará su propio reglamento. 4. Las reuniones de la Comisión se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que la Comisión decida. 5. La secretaría prevista en el párrafo 3 del artículo 10 prestará también servicios a la Comisión cuando una controversia entre Estados partes motive su establecimiento. 6. Los Estados partes en la controversia compartirán por igual todos los gastos de los miembros de la Comisión, de acuerdo con una estimación que hará el Secretario General de las Naciones Unidas. 7. El Secretario General podrá pagar, en caso necesario, los gastos de los miembros de la Comisión, antes de que los Estados partes en la controversia sufragan los costos de acuerdo con el párrafo 6 del presente artículo. 8. La información obtenida y estudiada por el Comité se facilitará a la Comisión, y ésta podrá pedir a los Estados interesados que faciliten cualquier otra información pertinente.*

De acuerdo con la FR, el artículo 11 establece un procedimiento que debe seguirse conforme a la CEDR, incluida la transmisión del “asunto” al Estado Parte interesado, de la realización de explicaciones por escrito al Comité clarificando el asunto y las medidas correctivas (párrafo 1). Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambas partes, mediante negociaciones bilaterales o cualquier otro procedimiento en los seis meses, cualquiera de los Estados tiene derecho a someter nuevamente el asunto al Comité (párrafo 2). El Comité ha de tratar el asunto después de que se haya cerciorado del agotamiento de los recursos internos (párrafo 3). Es posible que en cualquier asunto que se le remita se realice un llamamiento a los Estados interesados para que faciliten cualquier otra información pertinente (párrafo 4) y los Estados interesados tienen derecho a tener representante en los procedimientos ante el Comité, mientras que “el asunto esté bajo consideración” (párrafo 5). La FR señala que sólo después de cumplidas las cinco etapas señaladas en el art. 11 aparece la palabra “controversia” (art. 12).

La Corte consideró que las palabras “asunto”, “comunicación”, “controversia” y “cuestión” no están utilizadas en los artículos 11 a 16 en forma tan sistemática que requieran de una interpretación más estrecha de la habitual dada a la palabra “controversia”. Es decir, optó por una percepción amplia del concepto de controversia

Artículo 13. 1. Cuando la Comisión haya examinado detenidamente el **asunto**, preparará y presentará al Presidente del Comité un informe en el que figuren sus conclusiones sobre todas las **cuestiones** de hecho pertinentes al asunto planteado entre las partes y las recomendaciones que la Comisión considere apropiadas para la **solución amistosa de la controversia**.

2. El Presidente del Comité transmitirá el informe de la Comisión a cada uno de los Estados partes en la **controversia**. Dentro de tres meses, dichos Estados notificarán al Presidente del Comité si aceptan o no las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión. 3. Transcurrido el plazo previsto en el párrafo 2 del presente artículo, el Presidente del Comité comunicará el informe de la Comisión y las declaraciones de los Estados partes interesados a los demás Estados partes en la presente Convención.

Artículo 16. Las disposiciones de la presente Convención relativas al arreglo de **controversias o denuncias** regirán sin perjuicio de otros procedimientos para solucionar las **controversias o denuncias** en materia de discriminación establecidos en los instrumentos constitucionales de las Naciones Unidas y sus organismos especializados o en convenciones aprobadas por ellos, y no impedirán que los Estados partes recurran a otros procedimientos para resolver una **controversia**, de conformidad con convenios internacionales generales o especiales que estén en vigor entre ellos.

Como Georgia sostenía, que en el momento en que presentó su demanda, el 12 de agosto de 2008, tenía una controversia con la FR con respecto a la interpretación o la aplicación de la CEDR, por lo que la Corte procedió a dilucidar la cuestión.

La Corte, antes de considerar la evidencia en relación con las respuestas a esas cuestiones, señala en la sentencia que las disputas, sin duda surgieron entre junio de 1992 y agosto de 2008 en relación a los acontecimientos en Abjasia y Osetia del Sur. Esas controversias abarcan una serie de cuestiones, incluyendo el estatuto de Abjasia y Osetia del Sur, los brotes de conflicto armado y las presuntas violaciones del derecho internacional humanitario y de derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías.

Las partes presentaron un gran número de pruebas a partir de 1990, pero la Corte decidió analizar sólo los documentos oficiales y las resoluciones internacionales. En particular, recordó que el 9 de julio de 1993, el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General adoptara las medidas necesarias para una misión de observadores militares una vez que el alto el fuego entre el Gobierno de Georgia y las autoridades de Abjasia se llevara a cabo [Resolución 849 (1993)]. Asimismo, recordó que en los años siguientes y hasta el 15 de abril de 2008, el Consejo de Seguridad adoptó una serie de resoluciones sobre la situación en Abjasia, de características similares a las de la Res. 937 (1994), la que expresaba: “Reafirmando su compromiso con la soberanía y la integridad territorial de la República de Georgia, y el derecho de todos los refugiados y personas desplazadas afectadas por el conflicto a regresar a sus hogares en condiciones de seguridad, de conformidad con el derecho internacional y según lo establecido en el Acuerdo cuatripartito [de 1993]”.

La Corte concluyó -en contra de lo afirmado por Georgia- que ninguno de los documentos estudiados proporcionaba base para considerar que hubo una controversia antes de julio de 1999, fecha en que la FR ingresó como Estado Parte en la CEDR. Entendió que, si bien las demandas de Georgia del 9 de agosto hasta el 12 del mismo mes de 2008 fueron principalmente sobre el supuesto uso ilegal de la fuerza, también se refirieron expresamente a la presunta limpieza étnica llevada adelante por las fuerzas rusas. Estas afirmaciones fueron hechas en contra de la FR directamente y no en contra de una u otra de las partes en los conflictos anteriores, y fueron rechazadas por la FR. La Corte concluyó que los intercambios entre los representantes de Georgia y de Rusia en el Consejo de

Seguridad el 10 de agosto de 2008, las alegaciones formuladas por el Presidente de Georgia los días 9 y 11 de agosto y la respuesta del 12 de agosto del ministro de Exteriores ruso, establecían que a esas fecha, día en que Georgia presentó su demanda, hubo una disputa entre Georgia y la FR sobre el no cumplimiento de esta última de sus obligaciones en virtud del CEDR. Por lo que desechó la primera excepción preliminar de la FR.

La esencia de la segunda objeción preliminar de Rusia sostenía que el artículo 22 de la CEDR-a su entender única base jurisdiccional invocada por Georgia para fundar la competencia de la Corte- contenía dos condiciones previas de procedimiento, a saber, las negociaciones y la remisión a los procedimientos expresamente previstos en la CEDR, las que debían haberse cumplido antes de recurrir a la Corte. La FR sostuvo que, en el caso presente, ninguna de esas precondiciones se cumplió.

Las dos partes expresaron a la Corte diferentes interpretaciones de la conjunción “o” en la frase del art. 22 de la CERD: “[...] negociaciones o mediante los procedimientos expresamente previstos”. La FR sostuvo que los dos requisitos son acumulativos, y que el cumplimiento de sólo uno o el otro, no era suficiente. Georgia, opinó lo contrario, argumentando que, que las dos condiciones son alternativas en función del uso de la preposición “o” en el art. 22 de la CEDR.

La Corte recordó que en su Ordenanza de 15 de octubre de 2008 (medidas provisionales) declaró que “la frase ‘cualquier disputa (...) que no se solucione mediante negociaciones (...)’ no sugiere, en su sentido corriente, que las negociaciones formales en el marco de la Convención (...) constituyen condiciones previas que deben cumplirse antes del recurso a la Corte” (para. 114). Sin embargo, la Corte también observó que “el artículo 22, sugiere que debe haber habido *algún intento de la parte demandante de iniciar discusiones* con la parte demandada sobre cuestiones que caen bajo la CEDR” (ibíd.).

La Corte recordó que el artículo 22 de la CEDR califica el derecho a presentar “las diferencias” a la jurisdicción de la Corte usando las palabras “que no se resuelva” por los medios de solución pacífica que en ella se especifican. A esas palabras debe dárseles efecto. En el caso de *Zonas Francas de Alta Saboya y del Distrito de Gex*, la CPIJ tuvo ocasión de aplicar el principio bien establecido de interpretación de los tratados: que las palabras deben tener el efecto adecuado. Declaró que: “En caso de duda, las cláusulas de un compromiso por el cual se refiere la controversia a la Corte, deben ser interpretadas -si ello no implica violen-

tar sus términos- de una manera que permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil” (*Zonas Francas de Alta Saboya y del Distrito de Gex*, Ordenanza de 19 de agosto de 1929, *CPJI, Serie A, N° 22*, p. 13). La Corte Internacional de Justicia también hizo hincapié en la importancia del mismo principio en el caso del Canal de Corfú, en el que dijo: “En efecto, sería incompatible con las normas generalmente aceptadas de interpretación admitir que una disposición de este tipo incluida en un acuerdo especial sea desprovista de significado o efecto” (*Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)*, Fondo, Sentencia, *ICJ Reports 1949*, p. 24; v. también *Disputa Territorial (Jamahiriya Árabe Libia / Chad)*, Sentencia, *CIJ Recueil 1994*, p. 25, para. 51). Si se interpretara el artículo 22 del CEDR en el sentido que Georgia sostiene, que todo lo que se necesita es que en realidad la controversia no se haya resuelto (a través de negociaciones o mediante los procedimientos establecidos por la CEDR), una frase clave del art. 22 quedaría sin efecto. En consecuencia, la Corte concluyó que, en su sentido corriente, los términos del artículo 22 de la CEDR: “[t]oda controversia... que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos expresamente previstos en la presente Convención”, debe entenderse en el sentido de que establece las condiciones previas que deben cumplirse antes del recurso a la Corte. Con ello, la Corte interpretó un artículo de un tratado dirigido a la protección de los derechos humanos de modo contrario a su objetivo y fin y en forma contradictoria a la posición de los organismos especializados de Derechos humanos (*pro homine*) y contraviniendo la posición que ella misma sostuvo en noviembre de 2010 en el fallo *Ahmadou Sadio Diallo ((República de Guinea v. República Democrática de Congo)*.

Negociación

La Corte en los paras. 57 y ss. de la sentencia observa que las “negociaciones” son diferentes de las simples protestas o disputas. Las negociaciones suponen más que la mera discrepancia de puntos de vista jurídicos o de intereses entre dos partes, o la sola existencia de una serie de reclamaciones y refutaciones, o incluso el intercambio de demandas y contrademandas. Como tal, el concepto de “negociaciones” se diferencia del concepto de “controversia”, y requiere -al menos- un intento genuino

de una de las partes contendientes de involucrarse en discusiones con la otra parte contendiente, con miras a resolver la controversia.

Ha entendido que, para la evidencia del intento de negociar -o de la celebración de negociaciones- no se requiere que se haya alcanzado un acuerdo real entre las partes contendientes. En este sentido, en su Opinión Consultiva sobre tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia, la Corte Permanente Internacional de Justicia dijo que la obligación de negociar como obligación “no sólo requiere entrar en negociaciones, sino también llevarlas adelante en la medida de lo posible, con un fin de concertar acuerdos [aunque] la obligación de negociar no implica la obligación de llegar a un acuerdo (...)” (*Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, Opinión Consultiva de 1931, *CPJI, Series A/B, N° 42*, p. 116; véase también *Plataforma continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania / Países Bajos), Sentencia, *CIJ Recueil 1969*, p. 48, para. 87; *Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay* (Argentina c. Uruguay), Sentencia de 20 de abril de 2010, para. 150).

En ausencia de evidencia de un verdadero intento de negociar, la condición previa de la negociación no se cumple. Sin embargo, cuando las negociaciones se intentan o se han iniciado, la jurisprudencia de la CIJ y de la CPJI revela que la condición previa de la negociación se cumple sólo cuando ha habido un fracaso de las negociaciones, o cuando las negociaciones se han convertido en inútiles o han arribado a punto muerto.

Por otra parte, la determinación de si las negociaciones -a diferencia de la mera protesta o disputa- se han producido, y si han fracasado o se han convertido en inútiles o estancadas, son esencialmente cuestiones de hecho “a ser consideradas en cada caso” (*Concesiones Mavrommatis en Palestina*, Sentencia N° 2, 1924, *Serie CPJI, A, N° 2*, p. 13). Pese a ello, la jurisprudencia de la Corte ha señalado criterios generales para determinar si las negociaciones han tenido lugar. En este sentido, el Tribunal ha llegado a aceptar menos formalismo en lo que puede considerarse son las negociaciones y ha reconocido la “diplomacia por conferencia o la diplomacia parlamentaria” (*South West Africa* (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), Excepciones Preliminares, Sentencia, *ICJ Reports 1962*, p. 346).

En cuanto a la *sustancia de las negociaciones*, la Corte ha aceptado que la ausencia de una referencia expresa al tratado en cuestión no impide la invocación de la cláusula compromisoria para establecer la jurisdicción (*Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicara-*

gua (*Nicaragua c. Estados Unidos de América*), Competencia y admisibilidad, sentencia, *ICJ Reports 1984*, p. 428, para. 83). Sin embargo, para cumplir con el requisito previo de negociación en la cláusula compromisoria de un tratado, estas negociaciones deben estar relacionados con la materia objeto del tratado que contiene la cláusula compromisoria.

Después de examinar las pruebas presentadas por las Partes, la Corte concluyó que la controversia entre Georgia y la FR, en el ámbito de la CEDR, sólo surgió en el período inmediatamente anterior a la presentación de la demanda. En concreto, las pruebas presentadas por Georgia, anteriores al inicio de las hostilidades en Osetia del Sur durante la noche del 7 a 8 agosto 2008 no demostraron existencia de una controversia jurídica entre Georgia y la FR sobre materias de competencia del Comité de la CEDR.

Si bien hubo negociaciones entre Georgia y la FR antes del inicio de la controversia ante la Corte, esas negociaciones se ocuparon de varios asuntos de importancia para las relaciones entre Georgia y la FR, a saber, el *status* de Osetia del Sur y Abjasia, la integridad territorial de Georgia, la amenaza o el uso de la fuerza, las presuntas violaciones del derecho humanitario internacional y de los derechos humanos y el papel de las fuerzas de paz de la FR. Sin embargo, en ausencia de una controversia relativa a las materias incluidas en el CEDR antes del 9 de agosto de 2008, estas negociaciones no se puede decir que hayan cubierto la materia, y por lo tanto carecen de pertinencia para el examen del Tribunal de la segunda excepción preliminar de la FR.

En el para. 181, la Corte expresó que no podía considerar a las declaraciones en la rueda de prensa presidencial georgiana o en reunión del Consejo de Seguridad como un intento genuino por parte de Georgia para negociar materias incluidas en la CEDR. Entendió que las acusaciones y réplicas de ambas partes sobre las cuestiones de “exterminio” y de “depuración étnica” dan fe de la existencia de una controversia entre ellos sobre un tema capaz de caer bajo la CEDR, sin embargo, no demuestran un intento de negociación de estas cuestiones.

La Corte señaló que Georgia no alegó que antes del recurso a la Corte hubiese utilizado o intentado utilizar el modo de solución de controversias que figura en el artículo 22, a saber, los procedimientos expresamente previstos en la CEDR. Teniendo en cuenta la conclusión de la Corte, en el apartado 141, que las negociaciones y los procedimientos expresamente previstos en la CEDR constituyen condiciones previas para

el ejercicio de su jurisdicción, y teniendo en cuenta la constatación fáctica de que ninguno de estos dos modos de solución de controversias fueron intentados por parte de Georgia, la Corte no procedió a examinar si las dos condiciones del art. 22 de la CEDR son acumulativas o alternativas.

En consecuencia, la Corte concluyó que ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 22 había sido satisfecho. Por lo tanto, el artículo 22 de la CEDR no podía servir para fundar la competencia de la Corte, razón por la cual la segunda excepción preliminar de la FR debía ser admitida y con ello -sin necesidad de considerar las otras excepciones preliminares presentadas por la FR-, la Corte se declaró no competente para conocer de la demanda presentada por Georgia el 12 de agosto de 2008. Se pronunciaron en contra de esta resolución Owada, Presidente y los jueces Simma, Abraham, Caňado Trindade, Donoghue y el Juez *ad hoc* Gaja. Merecen destacarse algunos argumentos de esos pronunciamientos

La Opinión disidente conjunta del Presidente Owada (Japón) y los Jueces Simma (Alemania), Abraham (Francia), Donoghue (EE.UU.) y Juez *ad hoc* Gaja considera que no hay argumento para sostener que la única base de la competencia de la Corte invocada por Georgia -y por lo tanto la única base a ser examinada por el Tribunal- haya sido la cláusula compromisoria contenida en el artículo 22 del CEDR. También critica la interpretación del artículo 22 de la CERD por parte de la Corte en el sentido de que la disposición establece “condiciones previas” para el recurso a la Corte ya que otros argumentos hubiesen podido dar lugar a otra conclusión. Los disidentes entendieron que, de hecho, las dos presuntas “condiciones” del art. 22 sólo pueden ser alternativas por su propia naturaleza y no acumulativas. Entendieron que un intento de resolver el conflicto mediante la negociación debía ser entendido y aplicado de manera realista y sustantiva, no de manera puramente formalista, tal como fue aplicada por la sentencia. En relación con ese último punto, entendieron que cualquier posibilidad razonable de resolver la controversia mediante la negociación se había agotado a la fecha en que se presentó la demanda, de manera que las condiciones sobre el ejercicio de la Corte de su jurisdicción se habían cumplido en todo caso. Destacaron que era la primera vez que el Tribunal de Justicia se declaraba incompetente debido únicamente a que la demandante, antes de llegar a la Corte, no hizo los esfuerzos suficientes para resolver el conflicto mediante la negociación con el demandado. Hasta ahora, en una amplia gama de casos de supuestos de hecho diferentes de uno a otro, el Tribunal de Justicia casi siempre

rechazó su recusación. Dado el objeto de la presente controversia (protección de derechos humanos fundamentales) y las circunstancias del caso, les resultaba difícil entender por qué la mayoría había entendido que debía ser tan exigente⁹.

Asimismo, presentó Opinión disidente el Juez Cançado Trindade (Brasil) quien recordó que la interpretación de los tratados de derechos humanos –atento a que son orientados a la protección de la víctima- deben dar mayor peso al objeto y fin de los tratados para garantizar la protección de los seres humanos, la parte más débil. Además, recordó que en el Derecho Internacional General los elementos para la interpretación de los tratados desarrollan principalmente directrices para el proceso de interpretación dadas por los propios Estados Partes. En cambio, los tratados de derechos humanos, llaman a una interpretación de sus disposiciones teniendo en cuenta el carácter esencialmente objetivo de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Dichas obligaciones tienen por objeto la protección de los derechos humanos y no en el establecimiento de los derechos subjetivos y recíprocos para los Estados Partes. “La interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos han sido guiadas por consideraciones de interés general superior u orden público, que trascienden los intereses individuales de las Partes Contratantes. [E]sos tratados son distintos a los tratados del tipo clásico que incorporan restrictivamente concesiones recíprocas [...]”. “El carácter de los tratados de derechos humanos -en particular, su carácter no sinalagmático- proporciona una razón para una amplia interpretación de las cláusulas compromisorias, y no para su interpretación limitada o restrictiva. En el presente caso, tal visualización proporciona una razón más para rechazar la opinión de la FR de que el artículo 22 está subordinado al artículo 11”.

Tal como lo señalaran las opiniones disidentes, es de observar que este fallo de la mayoría se atiene a la literalidad del texto, al que aplica con excesivo rigor por tratarse de materia propia de derechos humanos. Llama la atención -tal como lo señaláramos precedentemente- que este dictamen esté tan alejado del pronunciado pocos meses antes en el

⁹ Recordamos que los jueces que votaron a favor fueron: Tomka Vice-Presidente; Jueces, Koroma (Sierra Leona), Keith (Nueva Zelanda), Al-Khasawneh (Jordania), Sepúlveda Amor (Méjico), Bennouna (Marruecos), Skotnikov (Federación Rusa), Yusuf (Somalia), Greenwood (Reino Unido), Xue (China).

asunto *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática de Congo)*, sentencia de 30 de noviembre de 2010, en el que la Corte había considerado debía dar gran consideración a la interpretación adoptada por los organismos independientes de derechos humanos (siempre progresiva *pro homine*), creados especialmente para supervisar la aplicación de los tratados de derechos humanos (para. 66).

Además, independientemente de las observaciones de los jueces en disidencia, debe tenerse en cuenta que el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ya había emitido en 2001 un informe en el que reconocía que la situación en Osetia del Sur y Abjasia había dado lugar a la discriminación de personas de distintas etnias, incluyendo el forzamiento de un gran número de desplazados internos y refugiados. Además, en repetidas ocasiones, llamó la atención sobre la obstrucción por parte de las autoridades de Abjasia del retorno voluntario de los desplazados:

*“ [...]the situations in South Ossetia and Abkhazia have resulted in discrimination against people of different ethnic origins, including a large number of internally displaced persons and refugees. On repeated occasions, attention has been drawn to the obstruction by the Abkhaz authorities of the voluntary return of displaced populations, and several recommendations have been issued by the Security Council to facilitate the free movement of refugees and internally displaced persons.”*¹⁰

También debe tenerse en cuenta que el Consejo de la Unión Europea a los fines de determinar responsabilidades constituyó una misión de observación: “The Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict of Georgia”¹¹, la que había constatado situaciones de discriminación y violaciones de derechos humanos.

¹⁰Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Concluding Observations: Georgia, para. 4 (Apr. 27, 2001), UN Doc. CERD/C/304/Add.120.

¹¹ Cf. MUSSELMAN, T.B., “Skirmishing for Information: The Flaws of the International Legal System as Evidenced by the Russian-Georgian Conflict of 2008”, *19 Transnat’l L. & Contemp. Probs.* (2010-2011), pág. 345. V. asimismo, “Compliance with International Humanitarian Law: The International Fact-Finding Commission”, *7 Crim. L.F.* (1996), págs. 485-486.

Los internacionalistas esperaban que la CIJ aportara una importante y novedosa orientación en materia de ataques a población civil, expulsiones en masa y discriminación en aplicación de la CERD. Probablemente, el hecho de que el Estado demandado haya sido la poderosa Rusia haya incidido en la decisión de la Corte en no ingresar en la cuestión de fondo. Ello, más la circunstancia de que se trata de una secularmente conflictiva región en la que se hablan más de 70 lenguas, resultando difícil desentrañar para los foráneos las complicadas redes, lazos, complicidades y contradicciones que imperan en todas las relaciones ¹². No por nada un antiguo aforismo popular de la zona reza para los suyos -sin distinciones-: “de cada tres palabras, cuatro son mentira”.

¹² V. CHIVERS, C. J.- BARRY, E., *Accounts Undercut Claims by Georgia on Russia War*, N.Y. TIMES, Nov. 7, 2008, at A1; WATERS, Ch., “Russia, Georgia and the Use of Force”, *Jurist Forum* (Aug. 14, 2008), (<http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2008/08/russia-georgia-and-use-of-force.php>); WALLACE, R. - QUIROZ, D., *Refugees and Internally Displaced: A Challenge to Nation-Building*, 60 *ME. L. REV.* (2008), pág. 409 y ss.

LA CARACTERIZACIÓN DEL CONCEPTO DE ATAQUE ARMADO DEL ART. 51 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA *

Eduardo José Pintore **

Sumario: I. Introducción. II. El ataque armado determina la legitimación subjetiva del derecho a legítima defensa. III. La intensidad del ataque armado. IV. La estatalidad del ataque armado. V. La atribución de un ataque armado realizado por un grupo de personas a un Estado. VI. Elementos caracterizantes no tratados por la CIJ. VII. Conclusiones.

I. Introducción

Con el fin de ubicar y determinar la importancia de la problemática aquí abordada, comenzaremos recordando que en el derecho internacional contemporáneo existe una obligación general de abstención tanto de la amenaza como del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Esta obligación internacional que toma una forma prohibitiva, como obligación de no hacer, encuentra su base normativa en el art. 2 inc. 4 de la Carta de las Naciones Unidas, como así también en el derecho consuetu-

* Artículo recibido el 2 de septiembre de 2011 y aprobado para su publicación el 20 de noviembre de 2011.

** Abogado. Doctor en Derecho y Magister Legum (LL.M.) ambos por la Freie Universität Berlin -Alemania-. Profesor Ayudante en Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

dinario¹. La abstención de la amenaza o del uso de la fuerza constituye de este modo la regla general vigente en las relaciones entre Estados. Esta regla general conoce, empero, dos excepciones. Tanto la aplicación de la fuerza que el Consejo de Seguridad ordene conforme al Cap. VII como la legítima defensa del art. 51, ambos de la Carta de las Naciones Unidas, constituyen uso legítimo de la fuerza en las relaciones internacionales. De estas dos excepciones mencionadas se debe tener en cuenta que la primera de ellas es ejercida exclusivamente por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mientras que la segunda está prevista para ser ejecutada por los Estados, ya sea de forma individual o colectiva, pero por propia autoridad, teniendo éstos solamente la obligación de comunicar dicho ejercicio al Consejo de Seguridad. Con ello, la legítima defensa internacional contenida en el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas y reconocida también en el derecho consuetudinario², es la única causa de justificación que poseen los Estados para aplicar la fuerza en sus relaciones por cuenta propia y sin tener que solicitar autorización a instancia alguna. Por esta razón los Estados, en los casos en que utilizan la fuerza en contra de otros Estados, tratan de justificar su conducta -en principio prohibida por el orden legal-, invocando el ejercicio del derecho a legítima defensa. Es esto justamente lo que determina su gran trascendencia no sólo dentro del orden jurídico internacional, sino también en general para la vida internacional.

El art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce el derecho a legítima defensa pero su texto no enumera todos sus requisitos. Sin embargo, y en esto se puede ya notar la importancia que el concepto que aquí se analiza posee, dicho artículo dispone que este derecho se ejercerá sólo “en caso de ataque armado”. La letra de la Carta de Naciones Unidas es en esto muy clara: si no hay ataque armado, no hay derecho a legítima defensa. Esto rige, como la Corte bien lo remarcó en el caso concerniente a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, tanto para el ejercicio individual como para el colectivo de este derecho y tiene vigencia ya sea en el derecho convencional de legítima

¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, en adelante: ICJ Reports (1986), para. 187 y ss.

² ICJ Reports (1986) para. 193.

tima defensa contenido en el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas, como en su manifestación consuetudinaria³. El concepto de ataque armado, no obstante, siendo de esencial importancia para el instituto jurídico de la legítima defensa internacional, no conoce una definición legal. Viene exigido por la Carta de las Naciones Unidas, pero ella misma no explica qué debe entenderse bajo el concepto de “ataque armado”, como tampoco lo hace tratado alguno⁴. En razón de ello, la Corte Internacional de Justicia fue construyendo una descripción de este concepto a través de sus fallos y opiniones consultivas, otorgándole sentido y contenido al requisito en cuestión. Aspectos constituyentes de este concepto que fueron tratados por la Corte son: la intensidad del ataque armado, la estatalidad del mismo y conexo a esto la temática de la atribución de los hechos cometidos por particulares a un Estado determinado. Hay otros elementos igualmente constitutivos de este requisito, que no fueron tratados por la Corte, si bien, en opinión de muchos, en determinados casos podría y debería haberlo hecho, tal como lo veremos en la parte final de este trabajo.

II. El ataque armado determina la legitimación subjetiva del derecho a legítima defensa

Antes de analizar la caracterización del ataque armado dada por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, nos detendremos en una cuestión en torno a éste, que es de suma importancia para el ejercicio del derecho a legítima defensa internacional: el ataque armado determina qué sujeto es el legitimado a llevar adelante la conducta defensiva, es decir, quién tiene la legitimación activa del ejercicio de este derecho, como así también determina en contra de qué sujeto es lícito dirigir esta conducta defensiva, estando justificada la lesión de sus bienes jurídicos. El sujeto pasivo del ataque armado o Estado víctima de él es el único legitimado a defenderse, mientras que el sujeto activo del ataque armado o Estado

³ ICJ Reports (1986), para. 193 en conexión con para. 195.

⁴ ICJ Reports (1986) para. 176: “(...), a definition of the “armed attack” which, if found to exist, authorizes the exercise of the “inherent right” of self-defence, is not provided in the Charter, and is not part of treaty law”.

atacante, es el *único* sujeto en contra de cuyos bienes jurídicos se puede aplicar la fuerza en legítima defensa. Este principio fue afirmado por la Corte en el caso concerniente a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. Con respecto a la legitimación activa del Estado víctima la Corte sostuvo allí claramente:

“In the case of individual self-defence, the exercise of this rights subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this” ⁵.

Esta jurisprudencia fue nuevamente sostenida en el caso concerniente a las plataformas petrolíferas ⁶.

A diferencia del derecho interno, en donde una persona cualquiera puede realizar la conducta defensiva sin necesidad de que el sujeto atacado lo requiera, en el derecho internacional, el ejercicio por parte de un Estado de una legítima defensa a favor de un tercero, que constituye la base de legítima defensa colectiva, es imprescindible el consentimiento del Estado víctima del ataque armado ⁷. Esto significa, que un Estado cualquiera no puede de *motu proprio* intervenir militarmente invocando legítima defensa colectiva ⁸. Con respecto a ello, la Corte aclaró que el requisito del requerimiento realizado por el Estado víctima a terceros Estados, es adicional al requisito de que el Estado víctima haya invocado

⁵ ICJ Reports (1986) para. 195.

⁶ Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161, en adelante: ICJ Reports (2003), para. 51.

⁷ En su fallo de 1986 la Corte expresó: *“At all events, the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the inter-American legal system, there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which regards itself as the victim of an armed attack”*. ICJ Reports (1986) para. 199. Esta jurisprudencia fue confirmada en el caso concerniente a la plataforma petrolífera: *“(...) this would have required the existence of our quest made to the United States ‘by the State which regards itself as the victim of an armed attack’”* (1. C.J. Reports 1986, p. 105, para. 199).

ICJ Reports (2003) para. 51.

⁸ En el párrafo 195 de ese fallo, la Corte lo expresa claramente: *“There is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation. Where collective self-defence is invoked, it is to be expected that the State for whose benefit this right is used will have declared itself to be the victim of an armed attack”*. ICJ Reports (1986) para. 195.

haber sido atacado⁹. Si bien la Corte deja esto sentado como derecho vigente, no expresa el fundamento jurídico de este principio. Entendemos que el requisito de requerimiento de ayuda para poder actuar a favor del Estado atacado en legítima defensa, es una proyección de la prohibición de intervenir en los asuntos internos de los Estados. El decidir quién le ayudará en su defensa es una medida que le corresponde sólo al Estado atacado, lo cual excluye la posibilidad de que un tercer Estado se introduzca en la contienda movido, en realidad, por intereses distintos a la mera defensa.

Como lo adelantáramos más arriba, el ataque armado determina también el sujeto contra el cual es lícito dirigir la conducta defensiva, esto es el Estado agresor. Este principio ha sido claramente establecido por la Corte en el caso de las plataformas petrolíferas:

*“Therefore, in order to establish that it was legally justified in attacking the Iranian platforms in exercise of the right of individual self-defence, the United States has to show that attacks had been made upon it for which Iran was responsible (...).”*¹⁰

Si bien la Corte aquí tampoco analiza el posible fundamento jurídico de este principio, a nuestro parecer, el fundamento más sólido es que, aquel que ha realizado la conducta ilícita del ataque armado, debe ser el único que esté obligado a soportar los daños de la conducta defensiva, ya que él es el autor del hecho ilícito que desencadenó la legítima defensa¹¹. En virtud de este principio, si el Estado atacado, ejerciendo su conducta defensiva, debe lesionar bienes jurídicos de un Estado inocente, es decir, de un Estado que no realizó ningún ataque armado en contra de él, esta conducta lesiva ya no será justificada por la legítima defensa, sino por el estado de necesidad, y deberá ser ejecutada de acuerdo a sus requisitos¹².

⁹ *“The Court concludes that the requirement of a request by the State who is the victim of the alleged attack is additional to the requirement that such a State should have declared itself to have been attacked.”* ICJ Reports (1986) para. 199.

¹⁰ ICJ Reports (2003) para. 51.

¹¹ Así por ejemplo: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Montevideo, 1996, pág. 314.

¹² LAMBERTI ZANARDI, “Necessità” (Diritto Internazionale), en: *Enciclopedia del Diritto*, Varese, 1977, págs. 899 y 900.

III. La intensidad del ataque armado

Un elemento fundamental que se debe tener en cuenta en el análisis tendiente a constatar si estamos frente a un caso de legítima defensa es, sin ningún lugar a dudas, la *intensidad* del ataque. No cualquier uso de fuerza realizado por un Estado en contra de otro constituye ataque armado a los fines del art. 51 de la Carta de Naciones Unidas. Como veremos bajo este título, es la intensidad del ataque la que le dará o no, la calificación de ataque armado.

Es con respecto a esta temática que la Corte Internacional de Justicia realiza, en el párrafo 191 de su fallo en el caso concerniente a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, una distinción entre las formas más graves de uso de la fuerza de aquellas menos graves¹³. Según el criterio de la Corte sólo las primeras formas de uso de la fuerza constituyen ataque armado. La Corte realiza allí una descripción de las formas menos graves, apoyándose en la Res. 2625 (XXV) de la Asamblea General¹⁴. De ese modo la Corte distingue como formas que constituyen sólo (*only*) formas menos graves de uso de la fuerza, y que por lo tanto no podrían ser calificadas como ataque armado: la violación de las fronteras internacionales o la solución de controversias internacionales, incluidas cuestiones territoriales, a través de la amenaza o uso de la fuerza; las represalias que incluyen el uso de la fuerza; la utilización de la fuerza para privar a un pueblo el ejercicio del derecho a autodeterminación o quebrantar el principio de igualdad; el organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o bandas armadas para realizar incursiones en territorio de otro Estado; la organización, instigación, ayuda o participación en actos de guerra civil o de terrorismo en otro

¹³ICJ *Reports* (1986) para. 191. Allí destaca la Corte: “As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms.”

¹⁴UN Doc. A/RES/2625 (XXV), del 24 de octubre de 1970, Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Fuente: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/IMG/NR035286.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: 07/07/2012.

Estado; o el consentir en su propio territorio la organización de dichos actos. Con respecto a esta cita que realiza la Corte de ciertas conductas descriptas en la Res. 2625 (XXV) y que describen formas menos graves de uso de la fuerza cabe dos reflexiones. La primera reflexión es que las conductas descriptas por Res. 2625 (XXV) y no citadas aquí por la Corte, tales como la guerra de agresión y la ocupación militar o la adquisición del territorio de un Estado por otro, ambas derivadas del uso de la fuerza¹⁵, pueden ser tomadas como casos de ataque armado, si interpretamos la afirmación de la Corte *a contrario sensu*, ya que ellas constituirían formas más graves de utilización de la fuerza en el caso concreto. Ahora bien, en el parágrafo del fallo que estamos analizando, notamos que la Corte utiliza el concepto de agresión y no el de ataque armado¹⁶. Es preciso entonces aclarar que todo ataque armado es necesariamente un acto de agresión, pero no todo acto de agresión constituye necesariamente un ataque armado, justamente, por faltarle la intensidad necesaria¹⁷. La Corte sin embargo, no realiza una distinción entre ambos conceptos apareciendo algunas veces como utilizados indistintamente, tal como lo remarcamos en la nota a pie de página número 16.

La segunda reflexión es que en las conductas descriptas en este parágrafo de la sentencia, hay casos que serán tomados como forma menos grave de uso de la fuerza bajo la condición -creemos que así lo

¹⁵ Es claro que los casos de *amenaza* del uso de la fuerza, contemplados por esta resolución como actos de “agresión”, no pueden constituir nunca una de las formas más graves de *uso* de la fuerza.

¹⁶ El pasaje del parágrafo 191 refiriéndose a la descripción de conductas realizadas por la Res. 2625 (XXV), dice textualmente: “(...) *Alongside certain descriptions which may refer to aggression, this text include (...) which refer only to less grave forms of the use of force.*” La Corte utiliza aquí el concepto de agresión y no el de ataque armado.

¹⁷ RANDEL ZHOFER, Albrecht, “Article 51”, en: *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Bruno Simma (Edit.), München 2002, Article 51, para. 17. Dada la distinción de conceptos que la Carta realiza entre “acto de agresión” del artículo 39 y el concepto de “ataque armado” del artículo 51, este autor sostiene, citando los trabajos preparatorios de la resolución 3314 (XXIX) y doctrina, que el concepto de ataque armado es el más restringido de ambos. En ese lugar remarca también, que la misma resolución 3314 (XXIX) en el párrafo segundo de su preámbulo hace referencia expresa al artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas en donde se habla de acto de agresión, sin mencionar para nada al artículo 51 de la Carta.

entendió la Corte- que se trate de aplicación de la fuerza de forma puntual y en baja intensidad. Nos referimos al caso de violación de un límite internacional y al caso de represalias armadas. Con respecto a las restantes formas mencionadas por la Corte en este párrafo, parece ser más claro que no pueden constituir ataque armado.

En el párrafo siguiente, el 192, la Corte cita otra forma aún menos grave de uso de la fuerza contemplada en la Res. 2625 (XXV), en la parte que ésta describe el principio de no intervención. Las conductas allí aludidas son: organizar, asistir, fomentar, financiar, incitar o tolerar actividades subversivas, terroristas o armadas encaminadas a cambiar a través de la violencia el régimen de otro Estado o intervenir en las luchas violentas del mismo. En consecuencia, estas formas de uso de la fuerza en contra de un Estado no podrían llegar a ser valoradas como ataque armado.

Sin embargo en párrafo 195, la Corte afirma que un ataque armado puede ser realizado por un Estado *enviando* grupos armados para realizar incursiones violentas en el territorio de otro Estado si la *escala* y *efecto* de dichas operaciones pueden ser clasificadas como ataque armado y no como un mero incidente fronterizo¹⁸. Si no existe un envío (*despatch*) de parte de un Estado, sino sólo un apoyo logístico (*supply of arms and other support*), se dará entonces un uso de la fuerza valorado por la Corte como menor, el cual no puede ser calificado como ataque armado¹⁹. ¿Qué es lo que hace que el uso de la fuerza pueda constituir ataque armado? Utilizando los conceptos empleados por la misma Corte,

¹⁸ ICJ Reports (1986) para. 195, en donde se lee: "(...) *The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces....*"

¹⁹ La Corte sostiene al respecto: "(...) *while the concept of an armed attack includes the dispatch by one State of armed bands into the territory of another State, the supply of arms and other support to such bands cannot be equated with armed attack. Nevertheless, such activities may well constitute a breach of the principle of the non-use of force and an intervention in the internal affairs of a State, that is, a form of conduct which is certainly wrongful, but is of lesser gravity than an armed attack.*" ICJ Reports (1986) para. 247.

se debe valorar tanto la *escala* como sus *efectos*. Éstos son entonces los dos elementos a tener en cuenta para valorar la intensidad del ataque y así poder calificarlo, o no, como ataque armado. La Corte no realiza, lamentablemente, mayores precisiones en lo atinente a la magnitud de la escala y los efectos necesarios, al menos de forma aproximativa, para estar en frente a un ataque armado.

En la constelación del ataque armado indirecto que se analiza en esta parte del fallo sobre Nicaragua, se puede observar, igualmente, una vinculación entre la intensidad del ataque, esto es si las acciones armadas de personas privadas constituyen o no ataque armado, y la atribución de esas acciones armadas a un Estado determinado. En el parágrafo 195 de su fallo la Corte no toma cualquier forma de atribución, sino que sólo hace referencia a la constelación del envío (*sending*), ya sea por parte del mismo Estado, o en su nombre o su participación sustancial en los actos del grupo armado. En la constelación del envío, la vinculación factual entre el grupo de privados y el Estado es tal, que el primero aparece *de facto* actuando como órgano del Estado. Si bien la Corte no analiza la vinculación entre intensidad y atribución del ataque armado se puede especular, que para la elaboración del juicio de intensidad del ataque, en esta constelación del envío, no se trata de un mero grupo de personas privadas que reciben ayuda de un Estado, como son las formas de ayuda descritas en el parágrafo 192 arriba mencionadas, sino que *es el Estado mismo el que actúa* a través de un grupo, lo que introduce en el conflicto todo el poderío que puede ofrecer un Estado, en primer lugar su poderío militar, y que no lo posee un simple grupo de personas privadas por más organizadas que estén. Esta situación le da una dimensión mayor a la escala del ataque aumentando, al menos potencialmente, a sus efectos.

Si, según la Corte, sólo las más graves formas de uso de la fuerza constituyen ataque armado, es claro que la amenaza percibida de ciertos intereses de seguridad nacional no constituye ataque armado a los fines del derecho a la legítima defensa previsto en el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas. Por esta razón la Corte desestimó que, en el caso de las actividades militares en el Congo, Uganda haya actuado frente a un ataque armado²⁰.

²⁰ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J Reports 2005, p. 168, en adelante: ICJ Reports (2005), para. 148 en conexión con para. 109.

Tampoco en su fallo sobre las plataformas petrolíferas reconoció la Corte que los incidentes reclamados por los EE.UU. puedan constituir un ataque armado. En este caso la Corte recordó la información que los EE.UU. realizaron ante el Consejo de Seguridad²¹ en donde, justificando la destrucción de la plataforma iraní de *Rashadat* el 19 de octubre de 1987, en base al art. 51 de la Carta de Naciones Unidas, se alega que un buque de bandera norteamericana (el *Sea Isle City*) había sido atacado por un misil desde territorio ocupado por Irán. Los EE.UU. agregan allí además que Irán había minado aguas internacionales para dañar buques norteamericanos y había abierto fuego contra aviones militares estadounidenses, sin existir provocación alguna²². El mismo reclamo es presentado por este Estado ante la Corte, sosteniendo que, si bien fue víctima de una serie de ataques armados, el ataque misilístico al *Sea Isle City* por sí solo constituía ya un ataque armado a los fines del ejercicio de legítima defensa²³. La Corte, sin expresarse sobre la cuestión de si una serie de ataques aislados pueden ser valorados cumulativamente como un único ataque armado (*accumulation of events theory*), rechaza la posibilidad de que esos ataques lleguen a constituir un ataque armado por no constituir la “forma más grave de uso de la fuerza” tal como lo había reclamado en su fallo de Nicaragua²⁴. Como en otras ocasiones ya señalada por nosotros en este trabajo, la Corte no explica el fundamento de por qué estos incidentes no llegan a constituir un ataque armado.

En el mismo caso, pero valorando la destrucción por parte de EE.UU. de las plataformas iraníes de *Salman* y *Nasr* el 18 de abril de 1988, la Corte vuelve a citar textualmente la presentación de los EE.UU. ante el Consejo de Seguridad²⁵. Allí este Estado expone como “ataque armado”

²¹ Letter from de Unites States Permanent Representative of the 19 October 1987. UN Doc. S/19219.

²² ICJ Reports (2003) para. 48, en donde la Corte cita textualmente la totalidad de la presentación de los EE.UU. ante el Consejo de Seguridad del 19 de octubre de 1987.

²³ ICJ Reports (2003) para. 62.

²⁴ ICJ Reports (2003) para. 64, en donde se lee: “(...) *these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States, of the kind that the Court, in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, qualified as a “most grave” form of the use of force (see paragraph 51 above).*”

²⁵ Letter from de United States Permanent Representative of 18 April 1988. UN Doc. S/19791.

la avería de un buque de guerra, el *USS Samuel B. Roberts*, por una mina sembrada por el Irán. Al igual que en el caso anterior, en la presentación norteamericana se sostiene que éste fue el último de una serie de ataques llevado a cabo por la fuerza naval del Irán y que los EE.UU. había anticipado al gobierno de ese país que no iban a aceptar el sembrado de minas que realizaba en aguas internacionales o de Estados neutrales²⁶. Ante la Corte, los Estados Unidos sostuvieron que el daño de su buque de guerra a través de una mina constituía, por sí solo, un ataque armado dando lugar al derecho del art. 51 de la Carta de Naciones Unidas²⁷. Dado que otros buques dañados en distintas circunstancias no eran de bandera norteamericana, la Corte valora sólo el incidente del *USS Samuel B. Roberts*. Allí la Corte no reconoce ataque armado por falta de atribución al Irán de la colocación de la mina concreta que averió el buque pero, al menos en aparente contradicción con lo que sostuvo en el incidente de la plataforma *Rashadat*, la Corte no excluye la posibilidad de que el minado de un buque individual podría ser suficiente para activar el derecho a legítima defensa²⁸. Existe aquí al menos una aparente contradicción con lo sostenido en el mismo fallo con respecto a la destrucción de la plataforma *Rashadat* pues, recordemos, allí la Corte negó que el ataque con un misil a un buque pueda alcanzar la intensidad de un ataque armado. De todos modos la Corte no dice bajo qué circunstancias el minado de un buque de guerra puede constituir “*the most grave form of the use of force*”²⁹.

De todos modos, reservando la calificación de ataque armado sólo a las formas más graves de uso de la fuerza, la Corte estableció un criterio seguramente elevado de determinación de este tipo legal, sentando las bases también en esta temática para una interpretación restrictiva de este instituto jurídico.

²⁶ ICJ Reports (2003) para. 67.

²⁷ ICJ Reports (2003) para. 72.

²⁸ ICJ Reports (2003) para. 72. La parte del referida del fallo dice: “*The question is (...) whether that incident sufficed in itself to justify action in self defence, as amounting to an ‘armed attack.’ The Court does not exclude the possibility that the mining of a single military vessel might be sufficient to bring in to play the ‘inherent right of self-defence’.*”

²⁹ Tal como lo requiere la Corte en los fallos analizados bajo este título.

IV. La estatalidad del ataque armado

El requisito de la *estatalidad* del ataque armado significa, que para dar existencia a un ataque armado a los fines del art. 51 de la Carta de Naciones Unidas, el ataque debe ser realizado o por lo menos atribuible a un *Estado*. El art. 51 de la Carta de San Francisco establece que el ataque armado es ejecutado “contra de un miembro de las Naciones Unidas” y, como sólo los Estados pueden ser miembros de las Naciones Unidas (art. 4º de la Carta), sujeto pasivo de un ataque armado sólo puede ser un Estado³⁰. El art. 51, empero, nada dice sobre el *sujeto activo* del ataque armado, esto es, sobre quien lo ejecuta. Luego de los ataques en New York del 11 de septiembre de 2001, la cuestión referente al sujeto activo del ataque armado cobró importancia: ¿puede un grupo de personas privadas, tal como las organizaciones terroristas, llevar a cabo un ataque armado a los fines del art. 51 de la Carta de Naciones Unidas? Esta pregunta fue tratada por la Corte en la opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en los territorios ocupados de Palestina del año 2004³¹. En esa ocasión Israel había declarado que la construcción del muro era consistente con el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas y las resoluciones del Consejo de Seguridad números 1368 (2001) y 1373 (2001) ya que, tal como lo había manifestado el embajador israelí ante la ONU el 20 de octubre de 2003, esas resoluciones “han reconocido claramente el derecho a usar la fuerza en legítima defensa en contra de ataques terroristas”³². Con ello el representante israelí ante la ONU vinculaba la legalidad de la construcción del cuestionado muro en territorio palestino con la legalidad de la operación *Enduring Freedom* contra Afganistán del año 2001, ejecutada por una coalición de más de cincuenta Estados incluidos los miembros de la OTAN.

³⁰ Si bien India y Filipinas fueron aceptados como miembros de la Organización sin haberse aún constituidos como Estados, el artículo 4 establece que “podrán ser miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados...”. La condición de Estado para ser aceptado como miembro de Naciones Unidas fue por su parte confirmada por la práctica internacional sucesiva.

³¹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, en adelante: *ICJ Reports* (2004).

³² *ICJ Reports* (2004) para. 138.

Presentada la cuestión de esa manera la Corte, luego de citar el art. 51 de la Carta, exigió la estatalidad del ataque armado de forma contundente:

*“Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State.”*³³

La segunda oración de este párrafo, reafirma lo sostenido en la primera oración ya que, luego de sostener que el art. 51 de la Carta reconoce el derecho a legítima defensa en caso de ataque armado realizado por un Estado en contra de otro Estado, la Corte remarca que Israel no reclama que los ataques en su contra sean *imputables* a otro Estado. El tema de la imputación o atribución de las conductas de personas o grupos de personas a un Estado será motivo de análisis en el título siguiente. Lo importante es que la Corte exige en estos casos que dichas conductas sean imputables a un Estado.

La Corte desvincula la situación producida por la construcción del muro de aquella sobre la cual rezan las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001), liberándose quizás de dar una opinión que hubiera tenido una gran repercusión jurídico-política, fundamentando que los ataques que sufre Israel provienen del interior del territorio controlado militarmente por él mismo, mientras que en el caso de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 provenían del exterior, sin analizar el tema, por razones obvias, si estos últimos ataques eran atribuibles o no a Estado alguno.

El párrafo citado inmediatamente arriba confirma, a su vez, la estatalidad de la víctima del ataque armado, tal como fuera sostenido analizando la Carta de Naciones Unidas al comenzar este título. Es así que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, sólo los Estados pueden ser sujetos pasivos del ataque armado a los fines del art. 51 de la Carta. Las intervenciones militares frente a masivas violaciones, reales o supuestas, de los derechos humanos por un Estado contra su propia población, no pueden fundamentar el ejercicio de una legítima defensa por

³³ ICJ Reports (2004) para. 139.

parte de un Estado o un grupo de Estados por autoridad propia, sino que la facultad de decidir recae sobre el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la misma Carta.

Pero volviendo la atención sobre el sujeto activo del ataque armado, en cierta forma la jurisprudencia de la Corte que exige la estatalidad del ataque armado como *conditio sine qua non* para su existencia, estuvo ya mencionada en el Caso Concerniente a Plataformas Petrolíferas en el año 2003, en tanto y en cuanto la Corte requirió de los EE.UU. que probara la imputabilidad o atribución de los ataques al Irán³⁴. Pero fue en el caso de la construcción del muro en territorio palestino, en donde el tema fue tratado concretamente por la Corte, ya que se trató allí de un punto central de la controversia.

En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte sólo Estados pueden ser tanto sujetos activos como sujetos pasivos de un ataque armado. Si no hay Estado que lo realice o que le sea atribuible y que lo ejecute a su vez en contra de otro Estado, no hay ataque armado a los fines del derecho a legítima defensa internacional. Con ello la Corte se ubica también en este requisito a favor de una interpretación restrictiva de este derecho.

V. La atribución de un ataque armado realizado por un grupo de personas a un Estado

Si la estatalidad del ataque armado es *conditio sine qua non* para su existencia, una cuestión a dilucidar, y que ha ganado vital importancia desde los ataques terroristas en New York del año 2001, es la cuestión de la *atribución* a un Estado determinado de un ataque armado realizado por un grupo de personas privadas en contra de otro Estado. Se trata del problema de la agresión armada indirecta cuando ésta por su intensidad, constituye un ataque armado. La Corte describió esta posibilidad, utilizando el art. 3 para. g) de la definición de Agresión³⁵ de la siguiente manera:

³⁴ICJ Reports (2003) para. 51.

³⁵UN Doc. A/RES/3314 (XXIX) Definición de la Agresión, del 14 de diciembre de 1974.

*“In particular, it may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also ‘the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to’ (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces, ‘or its substantial involvement herein’. This description, contained in Article 3, paragraph(g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law.”*³⁶

La misma constelación fue objeto de análisis en su fallo sobre las actividades armadas en el territorio del Congo³⁷ y, tal como lo exige el art. 3 para. g) de la resolución 3314 (XXIX), la atribución de la conducta de un grupo de personas privadas a un Estado se basa en el envío por un Estado, o en su nombre de grupos armados para realizar actos de fuerza armadas en el territorio de otro Estado.

En el caso particular de Nicaragua, la Corte realiza una distinción entre los ataques realizados por los UCLAs³⁸, tratado en los parágrafos 81 a 86, y aquellos actos realizados por los contras, analizados en los párrafos 93 a 122. Los primeros son atribuibles a los EE.UU. ya que, si bien no fue probado hayan sido ejecutados por personal de las fuerzas armadas de los EE.UU., agentes del gobierno norteamericano participaron en la planificación, dirección, apoyo y ejecución de las operaciones³⁹.

La vinculación entre el Estado norteamericano y la actividad de los contras es más compleja. En contra de lo que sostuvo Nicaragua, que los EE.UU. había concebido, creado y organizado un ejército de mercenarios, la Corte remarcó el hecho que ciertas milicias operaban ya con ante-

³⁶ ICJ Reports (1986) para. 195.

³⁷ ICJ Reports (2005) para. 146.

³⁸ De acuerdo al para. 75 del fallo, los UCLAs (Unilaterally Controlled Latino Assets) eran o personal militar norteamericano o personal cuya nacionalidad correspondía a un país latinoamericano no definido, pagados por y actuando en virtud de instrucciones directas del personal militar o del personal de inteligencia de los EE.UU.

³⁹ ICJ Reports (1986) para. 86.

rrioridad a la fecha en la que Nicaragua establecía el inicio del actuar de los EE.UU. en su territorio⁴⁰, si bien a partir del apoyo norteamericano, tanto financiero como de otros tipos, el número de efectivos de los contras aumentó considerablemente⁴¹. Consistiendo esta ayuda en apoyo logístico, transferencia de información sobre el movimiento de tropas nicaragüenses, etc., como así también la coordinación con agentes norteamericanos de algunas operaciones, la Corte observó sin embargo que no existía prueba de que todas las operaciones de los contras estuvieran ideadas por los EE.UU.⁴². A esa altura del análisis la Corte afirmó que para que los actos que los contras realizaron sean imputables a los EE.UU. era necesario demostrar que la relación de dependencia, por un lado, y control, por el otro, equiparaban a los primeros como un órgano de los EE.UU. o que actuaran por parte del gobierno norteamericano, lo cual no existían evidencias de que ese fuera el caso⁴³. Es decir que, tal como lo remarca la doctrina, la Corte exigió que el grupo de personas se constituyera *de facto en un órgano del Estado* a quien se le imputan las conductas de ese grupo⁴⁴. Pues si bien toda esa ayuda le otorgaba un control general (*general control*) sobre los contras, no probaba que los EE.UU. tuvieran el control efectivo (*effective control*) sobre las operaciones particulares que se les querían atribuir al Estado norteamericano:

⁴⁰ICJ *Reports* (1986) paras. 93 y 108.

⁴¹De unos 500 hombres en diciembre de 1981 a unos 12.000 en noviembre de 1982. ICJ *Reports* (1986) para. 94.

⁴²ICJ *Reports* (1986) para. 106 y, con respecto a la agrupación más importante de los contras, esto es, la Fuerza Democrática Nicaragüense (FDN), ver para. 108 donde se afirma: "(...) *On the other hand, the Court holds it established that the United States authorities largely financed, trained, equipped, armed and organized the FDN.*"

⁴³ICJ *Reports* (1986) paras. 109 a 111.

⁴⁴LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi, "Aggressione armata indiretta ed elemento soggettivo dell' illecito internazionale", en: *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago*, Milano, 1987, pág. 163, quien menciona la correspondencia de esta decisión con el artículo 8 del proyecto sobre responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos, realizado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. En el mismo sentido: RANDELZHOFFER, ob. cit., Article 51, para. 32.

“(...) *All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the contras without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.*”⁴⁵

La distinción que realiza la Corte entre un control general (*general control*), ejercido por el Estado sobre el grupo de personas, y un control efectivo (*effective control*) ejercido por el Estado con respecto de las operaciones militares o paramilitares concretas que se le quieren atribuir, es de fundamental importancia ya que para imputar los actos de personas privadas a un Estado es necesario que ese Estado detente el *control efectivo* sobre esos actos en particular y no basta un control general sobre el grupo de individuos. Esta jurisprudencia es repetida en el párrafo 160 del caso concerniente a actividades armadas en el territorio del Congo en el año 2005⁴⁶. Este párrafo es de suma importancia ya que en él la Corte establece los estándares de atribución de las conductas de privados a un Estado, apoyándose en los arts. 4, 5 y 8 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos del año 2001⁴⁷.

⁴⁵ ICJ Reports (1986) para. 115.

⁴⁶ ICJ Reports (2005) para. 160. Aquí la Corte remite a su propia jurisprudencia en el Caso Concerniente a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, paras. 109 a 115.

⁴⁷ Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los Estados por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos, presentada ante Asamblea General en el 56° periodo de sesiones, año 2001. UN Doc. A/56/10.

El párrafo 160 de este fallo dice en su parte más importante:

*“(...) In the view of the Court, the conduct of the MLC was not that of ‘an organ’ of Uganda (Article 4, International Law Commission Draft Article s on Responsibility of States for internationally wrongfulacts,2001), nor that of an entity exercising elements of governmental authority on its behalf (Art. 5). The Court has considered whether the MLC’s conduct was ‘on the instructions of, or under the direction or control of’ Uganda (Art. 8) and finds that there is no probative evidence by reference to which it has been persuaded that this was the case. Accordingly, no issue arises in the present case as to whether the requisite tests are met for sufficiency of control of paramilitaries (see Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, pp. 62-65, paras. 109-115).”*⁴⁸

Es claro que de los tres artículos de este proyecto nombrados por la Corte, el art. 8 es el que encuentra una aplicación directa sobre la base fáctica analizada en estos dos fallos y la constelación de control exigido por este tribunal. En efecto, la atribución de la conducta de la persona o grupo de personas se da, de acuerdo al art. 8 del proyecto, cuando ellos “actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado al observar ese comportamiento”. El tipo descrito en este artículo concuerda con la jurisprudencia de la Corte en tres elementos. El primero de ellos, es que se trata de una relación *de facto*, no *de jure*, el grupo actuante no pertenece jurídicamente al aparato estatal⁴⁹. El segundo elemento a tenerse en cuenta, es que este grupo actúa por instrucciones o bajo la dirección o control del Estado. Para explicar este elemento, la CDI en su comentario cita al párrafo 115 del fallo de la Corte en el asunto Nicaragua, incluido más arriba en este trabajo, y en consecuencia exige un control o dirección, utilizando aquí estos términos evidentemente

⁴⁸ ICJ Reports (2005) para. 160. En este caso, el Congo pretendía que las acciones militares del MLC (*Movement for the Liberation of the Congo*) le fueran imputadas a Uganda.

⁴⁹ UN Doc. A/56/10, comentario al artículo 8, para. 2.

como sinónimos⁵⁰. Establecido esto, se dirá que el tercer elemento requerido por el tipo legal del art. 8 aquí analizado, es que el control del Estado sobre el grupo debe ejercerse *al observar ese comportamiento*, esto es y utilizando las palabras de la Corte en Nicaragua parágrafo 115, debe haber un “control efectivo de las operaciones militares o paramilitares” que se le deseen imputar. La CDI hace suya la sentencia de la Corte en el sentido que una situación general de dependencia y apoyo, no son suficientes para atribuir el comportamiento al Estado⁵¹.

Descrita la constelación básica en sus tres elementos, es claro que cuando la Corte cita al art. 5 del proyecto, lo hace de forma analógica y no aplicándolo de forma directa ya que este artículo trata exclusivamente de órganos que pertenecen formalmente al aparato estatal⁵². Esta “equiparación” está claramente anunciada en el fallo de la Corte en el asunto de Nicaragua⁵³. Lo mismo cabe decir con respecto al artículo 5 del proyecto, ya que él se refiere “claramente a las entidades facultadas por el derecho interno para ejercer atribuciones del poder público”⁵⁴.

Es importante sin embargo destacar que en el caso concreto, si bien el entrenamiento y ayuda militar provista por Uganda al MLC no fundamentaban una atribución al Estado de los hechos del grupo armado, sí constituían una violación tanto a la prohibición del uso de la fuerza, como a la obligación de no intervenir en los asuntos internos de los Estados⁵⁵. Con ello la Corte confirmó en el año 2005 su jurisprudencia del año 1986 en el caso Nicaragua⁵⁶. En estas situaciones, el Estado ayudante usa la fuerza contra del Estado víctima de la actividad del grupo armado, pero ese uso de fuerza no llega a constituir un ataque armado a los fines de la legítima defensa internacional, por falta de nexo suficiente (control) que justifique la atribución de esa actividad.

⁵⁰ UN Doc. A/56/10, comentario al artículo 8, paras. 3 y 4.

⁵¹ UN Doc. A/56/10, comentario al artículo 8, para. 4.

⁵² Véase UN Doc. A/56/10, Artículo 4 y paras. 1 y 2 de su comentario.

⁵³ En ese fallo se lee: “(...) *to equate the contras, for legal purposes, with an organ of the United States Government...*” *Reports* (1986) para. 109.

⁵⁴ Véase para. 7 del comentario al artículo 5 del proyecto, UN Doc. A/56/10.

⁵⁵ ICJ *Reports* (2005) paras. 161 y 162.

⁵⁶ ICJ *Reports* (1986) para. 195.

A modo de conclusión, tanto en el fallo de 1986 como en el de 2005 la Corte aceptó la posibilidad de imputar a un Estado un ataque armado indirecto realizado por un grupo de personas, en la forma descrita en el art. 3 párrafo g) de la Res. 3314 (XXIX), en los casos en que el Estado detentara el control efectivo sobre las actividades del grupo armado. Para ello se basó en el art. 8 del proyecto de responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI, el cual exige concretamente que el Estado ejerza un control *de facto* pero efectivo sobre las conductas del grupo de personas; a la par de ello utilizó también los parámetros descritos en los arts. 4 y 5 de ese proyecto. En virtud de la exigencia del control efectivo de las actividades a imputar, rechazó la atribución de los actos de grupos de personas a un Estado, cuando la ayuda de éste a aquéllos consistía en actividades que no fundamentaban ningún control de ese tipo del Estado sobre las operaciones del grupo. Estas ayudas comprendían: financiación, organización, apoyo logístico y equipamiento militar, la selección por parte del Estado de los objetivos militares o paramilitares a ser atacados como así también la organización completa de operaciones a ejecutar.

Al igual que se ha observado en los otros elementos caracterizantes del concepto de ataque armado, también aquí la Corte ofreció una interpretación restrictiva en cuanto a los parámetros de imputación a un Estado de las actividades ejecutadas por un grupo de personas privadas.

VI. Elementos caracterizantes no tratados por la CIJ

Hay dos aspectos de gran actualidad en torno del concepto de ataque armado, sobre los cuales la Corte evitó pronunciarse, un aspecto es la problemática de la legítima defensa preventiva y otro aspecto es la cuestión si una serie de ataques que se repiten en el tiempo deben ser valorados cumulativamente como un ataque continuo o si, por el contrario, deben ser valorados cada uno por separado.

La cuestión central en la legítima defensa preventiva es acertar si la conducta defensiva puede ser dirigida sólo contra un ataque armado ya en curso o si la defensa también puede dirigirse en contra de un mero peligro de ataque, esto es, un ataque que aún no ha comenzado pero se supone se ejecutará en un futuro más o menos cercano. En el caso Nica-

ragua, como bien lo expresó la misma Corte, las partes no invocaron un derecho a legítima defensa preventiva y en virtud de ello, este tribunal internacional no se pronunció sobre el asunto⁵⁷. En el caso concerniente al Congo, remarcando que Uganda “insistió” que no actuó anticipándose a un ataque armado alguno, la Corte recordó el párrafo de su fallo en el caso Nicaragua citado inmediatamente arriba y sostuvo que tampoco aquí había necesidad de pronunciarse sobre este tema⁵⁸. Sin embargo, la Corte destacó, que los motivos principales que Uganda invocó para lanzar la operación *Safe Haven* son necesariamente de naturaleza preventiva⁵⁹. Es interesante el catálogo de actos que la Corte toma del documento del alto mando militar de Uganda para justificar sus acciones militares, ya que aquí la Corte determina, casi tipificándolas, una serie de conductas que necesariamente poseen carácter preventivo. Estas conductas son: el garantizar los intereses legítimos de seguridad nacional de Uganda, el asegurar que el vacío político en el Congo no afecte negativamente a Uganda, el prevenir el ataque de elementos genocidas, el tomar una posición que proteja a Uganda del peligro de una invasión y evitar que Sudán utilice el territorio del Congo para desestabilizar Uganda⁶⁰. Ello significa

⁵⁷ ICJ Reports (1986) para. 194. Allí se lee: “*In view of the circumstances in which the dispute has arisen, reliance is placed by the Parties only on the right of self defence in the case of an armed attack which has already occurred, and the issue of the lawfulness of a response to the imminent threat of armed attack has not been raised. Accordingly the Court expresses no view on that issue.*”

⁵⁸ ICJ Reports (2005) para. 143.

⁵⁹ ICJ Reports (2005) para. 143.

⁶⁰ ICJ Reports (2005) para. 143. El pasaje referido dice textualmente: “*The Court feels constrained, however, to observe that the wording of the Ugandan High Command document on the position regarding the presence of the UPDF in the DRC makes no reference whatever to armed attacks that have already occurred against Uganda at the hands of the DRC (or indeed by persons for whose action the DRC is claimed to be responsible). Rather, the position of the High Command is that it is necessary “to secure Uganda’s legitimate security interests.” The specified security needs are essentially preventative - to ensure that the political vacuum does not adversely affect Uganda, to prevent attacks from “genocidal elements”, to be in a position to safeguard Uganda from irresponsible threats of invasion, to “deny the Sudan the opportunity to use the territory of the DRC to destabilize Uganda”.* La Corte manifiesta en el mismo párrafo, que sólo una conducta esgrimida por Uganda no poseía carácter preventivo: “*Only one of the five listed objectives refers to a response to acts that had*

que estas conductas, interpretando la Corte *a contrario sensu*, no pueden ser invocadas como ejercicio de una legítima defensa ordinaria, sino sólo a través de una pretendida legítima defensa preventiva.

Si bien en este caso la Corte evitó pronunciarse sobre la legalidad de una pretendida legítima defensa preventiva, tal como fue señalado en la doctrina⁶¹, hay indicios en el mismo fallo que mostrarían un rechazo por parte de la Corte a esta posibilidad. En efecto en el párrafo 148 del fallo la Corte, luego de citar el art. 2 inc. 4 de la Carta de Naciones Unidas, expresa que el art. 51 no habilita a los Estados a usar la fuerza en legítima defensa a causa de percibidos intereses de seguridad del Estado, más allá de los estrictos confines establecidos por ese artículo. En este caso, los Estados poseen otros medios, especialmente el recurrir al Consejo de Seguridad⁶².

Otras de las cuestiones sobre las cuales la Corte Internacional de Justicia no se pronunció en estos fallos, es la pregunta si frente a una serie de ataques que se repiten en el tiempo es lícito unirlos a todos como constituyendo un único ataque armado continuo, como lo hace la *accumulation of events theory*⁶³, o si por el contrario, estos ataques deben ser valorados individualmente, aislados los unos de los otros. Esta cuestión tiene su repercusión en el requisito de la intensidad, ya que la suma de varios ataques menores puede alcanzar la intensidad de un ataque armado. Tiene su repercusión también en el requisito de actualidad del ataque armado, ya que si la serie de ataques se toma como un ataque continuo la conducta defensiva será siempre actual aun en ausencia de un ataque que se esté llevando a cabo. Y por último tiene su efecto también sobre los juicios de necesidad y proporcionalidad de la conducta defensiva, ya que no será lo mismo que a la conducta defensiva, quizás de gran escala, sea confrontada con un ataque individual menor, general-

already taken place - the neutralization of "Uganda dissident groups which have been receiving assistance from the Government of the DRC and the Sudan".

⁶¹ GRAY, Christine, *International Law and Use of Force*, 3rd edition, Oxford, 2008, pág. 216.

⁶² ICJ Reports (2005) para. 148.

⁶³ Sobre este concepto ver: KAMMERHOFFER, J., "Uncertainties of the Law on Self Defence in the United Nations Charter", en: *Netherlands Yearbook of International Law*, 35 (2004) 143-203 (177 y 178).

mente el inmediatamente anterior a la defensa, o con la suma de todos los ataques. En el caso concernientes a las plataformas petrolíferas, los EE.UU. adujeron ser víctimas de una serie de ataques ilícitos por parte de Irán⁶⁴. La Corte sin embargo no se pronunció sobre la procedencia o no de la acumulación de actos para su valoración ya que, como lo expresó, incluso si todos los actos alegados por los EE.UU. fueran valorados cumulativamente, ellos no llegarían a constituir “la forma más grave de uso de la fuerza”⁶⁵. Con ello el proceder de la Corte en esta temática fue la siguiente: al no alcanzar la serie de actos reclamados la intensidad necesaria para constituir un ataque armado incluso en la hipótesis de ser valorados cumulativamente, la Corte no se pronuncia si esa hipótesis es lícita o no. No obstante la forma de proceder de la Corte en lo sucesivo del fallo, muestra una tendencia a rechazar la *accumulation of events theory* tratando los diversos ataques de forma individual y aislada de los restantes⁶⁶. Esto se observa especialmente en la valoración que la Corte hace de la proporcionalidad de las acciones militares norteamericanas, cuando los daños ocasionados por la operación *Praying Mantis* sólo los

⁶⁴En el párrafo 62 la Corte lo explica: “*In its notification to the Security Council, and before the Court, the United States has however not relied solely on the Sea Isle City incident as constituting the “armed attack” to which the United States claimed to be responding. It asserted that that incident was “the latest in a series of such missile attacks against United States flag and other non belligerent vessels in Kuwaiti waters in pursuit of peaceful commerce” and that: “These actions are, moreover, only the latest in a series of unlawful armed attacks by Iranian forces against the United States, including laying mines in international waters for the purpose of sinking or damaging United States flagships, and firing on United States aircraft without provocation.” (See paragraph 48 above).*” ICJ Reports (2003) para. 62.

⁶⁵El pasaje correspondiente dice: “*On the hypothesis that all the incidents complained of are to be attributed to Iran, and thus setting aside the question, examined above, of attribution to Iran of the specific attack on the Sea Isle City, the question is whether that attack, either in itself or in combination with the rest of the “series of... attacks” cited by the United States can be categorized as an “armed attack” on the United States justifying self-defence... Even taken cumulatively, and reserving, as already noted, the question of Iranian responsibility, these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States, of the kind that the Court, in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, qualified as a “most grave” form of the use of force (see paragraph 51 above).*” ICJ Reports (2003) para. 64.

⁶⁶Esto se puede constatar en: ICJ Reports (2003) para. 72.

confronta con el daño del *USS Samuel B. Roberts* producido por una mina y no con los daños provenientes de toda una serie de ataques, incluyendo los posibles ataques futuros, tal como fuera pretendido por los EE.UU., como se desprende claramente en su alegato en la audiencia pública del 5 de marzo de 2003⁶⁷. Es en la postura defendida por los EE.UU. donde se puede observar la naturaleza preventiva de la *accumulation of acts theory*. Allí EE.UU. realizó una analogía entre los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, cuya idoneidad para desencadenar el derecho a legítima defensa, según ese Estado, fue reconocido por el Consejo de Seguridad⁶⁸. En ese sentido, los EE.UU. expresaron:

“But more to the point, the Council’s acknowledgment of the right of self-defence in the case of 11 September precisely proves the point that in such circumstances the right to act in self-defence does not necessarily end just because the specific attack in question ends. In fact, although the two cases of course differed in various respects, the circumstances of 11 September were in this respect very much the same as in the present case. Al Qaeda had committed a series of attacks on United States targets and so had Iran; Al Qaeda had made known its intention to continue these attacks and so had Iran; Al Qaeda had the capability of conducting further attacks and so had Iran; the likelihood of such further attacks by Al Qaeda posed a serious threat to United States lives, and the same was true with respect to Iran; measures not involving the use of force would not have given adequate protection against further al Qaeda attacks, and the same was true with

⁶⁷ Los EE.UU. invocaron allí expresamente la acumulación de la serie de ataques pasados con los ataques que se esperaban en el futuro de no mediar la citada operación militar, a los fines de establecer el juicio de proporcionalidad fundamentando así en los términos de una *accumulation of events theory*. Ver: Audiencia pública del 5 de marzo de 2003, CR 2003/18 para. 28.17. Este documento puede consultarse en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/5181.pdf> Fecha de consulta: 23/07/2012. Ver asimismo: ICJ Reports (2003) para. 77.

⁶⁸ Sin realizar mención expresa el argumento se refería a la UN Doc. S/RES/1368 (2001), consultable en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/533/85/PDF/N0153385.pdf?OpenElement> Fecha de consulta: 23/07/2012.

*respect to Iran; forcible action in self-defence was therefore justified to protect against further attacks from Al Qaeda, and the same was true with respect to Iran. In every respect relevant to this case, the situations were essentially identical. And in the case of Al Qaeda, the Security Council agreed that the United States was entitled to act in the exercise of self-defence. The same conclusion would apply in this case.”*⁶⁹

Este alegato vinculó expresamente la cuestión que se ventilaba ante la Corte con la licitud o ilicitud de la operación *Enduring Freedom* iniciada el 7 de octubre contra Afganistán, como respuesta a los ataques del 11 de septiembre de 2001, teniendo como denominador común los elementos típicos de una *accumulation of eventstheory*. Se trataba entonces no sólo de lo atinente a la legalidad de una pretendida legítima defensa preventiva, sino también de uno de los temas de principal importancia en el derecho internacional, de candente actualidad y de espinosa naturaleza por los intereses que implica. A pesar de todo ello, o justamente por ello, la Corte evitó expresarse sobre esta temática. Se podría empero intuir un rechazo, por vía indirecta, a causa de la no contemplación en el juicio de proporcionalidad de los daños que hubieran ocasionado los ataques futuros, tal como lo manifestamos más arriba y la falta absoluta de consideración del alegato norteamericano sobre la necesidad de prevenir futuros ataques⁷⁰. Esta postura evasiva de parte de la Corte mereció las críticas del juez Simma en su voto en disidencia. En los párrafos 5 y 6 de su voto en disidencia, el juez Simma no se manifiesta en desacuerdo con aquello que la Corte en su fallo manifestó, sino más bien por aquello que la Corte decidió no manifestarse si bien podría haberlo hecho a través de un *obiter dictum*. El juez Simma destacó la importancia que esto hubiera tenido justamente en los tiempos que corre:

“What we cannot but see outside the court room is that, more and more, legal justification of use of force within the system of the United Nations Charter is discarded even as a fig leaf,

⁶⁹ CR 2003/18 para. 28.15.

⁷⁰ En el mismo sentido: OCHOA-RUIZ, Natalia y SALAMANCA-AGUADO, Esther, “Exploring the limits of international law relating to the use of force in self-defence”, *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005) 499-524 (516 y 517).

while an increasing number of writers appear to prepare for the outright funeral of international legal limitations on the use of force. If such voices are an indication of the direction in which legal-political discourse on use of force not authorized by the Charter might move, do wended more to realize that for the Court to speak up as clearly and comprehensively as possible on that issue is never more urgent tan today? In effect, what the Court has decided to say – or, rather, not to say – in the present Judgment is an exercise in inappropriate self-restraint”.⁷¹

Las expresiones del juez Simma no pueden sino ser plenamente compartidas, en un tiempo en donde las guerras iniciadas bajo el pretexto de legítima defensa han cobrado la vida de millones de personas y producido insufribles e irreparables daños a quienes tuvieron la “suerte” de sobrevivir.

VII. Conclusiones

Si se observan las exigencias establecidas por la Corte con respecto a la intensidad, la estatalidad y la atribución del ataque armado, se podría concluir que esas exigencias son en general bastantes altas y que tienden

⁷¹ El juez Simma expresó también: “... *I find it regrettable that the Court has not mustered the courage of restating, and thus reconfirming, more fully fundamental principles of the law of the United Nations as well as customary international law (principles that in my view are of the nature of jus cogens) on the use of force, or rather the prohibition on armed force, in a context and at a time when such a reconfirmation is called for with the greatest urgency... What the Court could have done, without neglecting any jurisdictional bounds as I see them, is to restate the backbone of the Charter law on use of force by way of strong, unequivocal obiter dicta. Everybody will be aware of the current crisis of the United Nations system of maintenance of peace and security, of which Articles 2 (4) and 51 are cornerstones. We currently find ourselves at the outset of an extremely controversial debate on the further viability of the limits on unilateral military force established by the United Nations Charter. In this debate, “supplied” with a case allowing it to do so, the Court ought to take every opportunity to secure that the voice of the law of the Charter rise above the current cacophony...*” Ver: Separate opinión of Judge Simma, para. 6, consultable en :<http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9735.pdf>
Fecha de consulta 24/07/2012.

a restringir el uso de este derecho por parte de los Estados. Esto no es en absoluto algo infundado si se tiene en cuenta el *carácter excepcional* que el derecho a legítima defensa posee, frente a la prohibición general del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, establecida expresamente en el art. 2 inc. 4 de la Carta de Naciones Unidas⁷². Esta circunstancia se explica con la intención de la Carta de Naciones Unidas de evitar el escalamiento de los conflictos armados internacionales. Desde el punto de vista teleológico la finalidad primordial de la Carta, tal como bien lo pronuncia su preámbulo, es de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra”. En este entendimiento, el uso de la fuerza por parte de los Estados por autoridad propia, tal como lo reconoce el art. 51 de la Carta, está reducido a situaciones excepcionales, esto es sólo en caso de ataque armado. Sólo cuando se está frente a un ataque de alta intensidad es lícito responder con medios militares. La excepcionalidad de este derecho se comprueba también en su funcionamiento frente al Sistema de Seguridad Colectivo, pues es clara la intención de la Carta de Naciones Unidas de reducir a un mínimo las facultades de aplicar la fuerza de parte de Estados individuales, tomando una solución a favor de la actuación de la comunidad internacional representada en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Es así que la misma Carta en su Capítulo VII, reconoce al Consejo de Seguridad facultades amplias de cara a los términos excepcionales en que está redactado el artículo 51. En base a esto, en el caso concerniente a las actividades militares en el territorio del Congo, la Corte, luego de citar el artículo 2 inciso 4 de la Carta de Naciones Unidas, expresó:

*“Article 51 of the Charter may justify a use of force in self-defence only within the strict confines there laid down. It does not allow the use of force by a State to protect perceived security interests beyond these parameters. Other means are available to a concerned State, including, in particular, recourse to the Security Council.”*⁷³

Se explica de este modo la interpretación restrictiva que la Corte realiza del concepto de ataque armado como requisito esencial del dere-

⁷² ICJ Reports (1986) para. 193.

⁷³ ICJ Reports (2005) para. 148.

cho a legítima defensa, en definitiva, también allí la Corte Internacional de Justicia no hace más que cumplir su función, esto es, interpretar y aplicar el derecho internacional vigente.

EL ESTOPPEL Y LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES *

Susana Galván **

Sumario: Distintas concepciones del estoppel. El estoppel y los actos unilaterales. El estoppel en la CIJ. El estoppel en la Corte IDH. Caso Abril Alosilla y otros c/ Perú.

El “estoppel” es una técnica procesal cuyos orígenes se encuentran en el derecho anglosajón y puede enunciarse como la prohibición de contradecirse ante un tribunal internacional en perjuicio de la otra parte.

Presenta cierta similitud con la “preclusión” del derecho francés o la “doctrina de los actos propios” del sistema hispánico, pero como señala Raúl Villanueva Pasquale ¹, la doctrina de los actos propios se encuentra íntimamente ligada al principio de “buena fe”, mientras que en el derecho anglosajón no se considera a la buena fe como principio general del derecho. A consecuencia de ello, la prohibición de contradecirse en perjuicio de otro cuenta en el Derecho Comparado con un campo de aplicación mucho más amplia.

El estoppel es un concepto en evolución. Algunos estudiosos han querido verlo como un principio general del Derecho Internacional, pero la jurisprudencia lo ha interpretado de diferentes maneras y tanto en la doctrina como en la práctica internacionales existe gran variedad de definiciones.

* Artículo recibido el 13 de septiembre de 2011 y aprobado para su publicación 3 de noviembre de 2011

** Abogada. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ VILLANUEVA PASQUALE, Raúl, “El caso Fujimori: apuntes para una estrategia jurídica frente al Japón”, pág. 92, edición 26/12/2002 (obtenible en <http://es.scribd.com/doc/51608213/Caso-Fujimori>).

En general, se le reconocen las siguientes características: 1) no es una fuente de creación de derechos materiales, sino una técnica procesal de carácter autónomo que no puede alegarse fuera del ámbito internacional; 2) es un medio de defensa, no de acción, que tiene por objeto impedir a una de las partes contestar o contradecir en la instancia judicial, lo que previamente ha dicho, hecho o dejado creer; 3) no funciona en favor o en contra de terceros sino únicamente de las partes en el proceso; 4) no puede presumirse, sino que tiene que ser demostrado.

Distintas concepciones del estoppel

El estoppel ha sido invocado frecuentemente ante los tribunales internacionales y se advierten dos concepciones en el tema: una, en un sentido restringido, que responde a las rigurosidades y tecnicidades con que lo reviste el derecho anglosajón y otra, de carácter amplio, que carece de esas exigencias y se asimila a la preclusión o a la teoría de los actos propios de los otros sistemas.

La concepción restringida, establece que “(...) cuando un parte, por sus declaraciones o comportamientos, ha llevado a la otra parte a creer en la existencia de un cierto estado de cosas, en fe de lo cual la ha incitado a actuar o a abstenerse de actuar, de tal manera que se ha operado una modificación en sus posiciones relativas en perjuicio de la segunda o en ventaja de la primera (o los dos casos a la vez), la primera queda impedida de establecer contra la segunda un estado de cosas distinto al que anteriormente había presentado como existente”².

En esta concepción, la parte que invoca el estoppel debe probar la existencia de una situación creada por la otra parte y que la conducta seguida por ella se basó directamente en aquella actitud; es decir, que ha sido inducida a actuar o a abstenerse de actuar de la manera que alega y que efectivamente ha actuado o se ha abstenido de actuar fiándose de

² BOWER, G. S. - TURNER, A. K., *The law relating to estoppel by representation*, 3ª ed., London, 1977.

esa declaración o compromiso. En suma, debe demostrar que como resultado de dicha declaración, acto o compromiso se ha operado una modificación perjudicial de su posición o una ventaja para la otra parte, o las dos cosas a la vez.

En cambio, la concepción amplia está basada fundamentalmente en el principio de buena fe y el principio latino “*non concedit venire contra factum proprium*” que apunta, no a analizar los actos derivados del segundo estado, sino a impedir a una parte contradecir o contestar lo que previamente ha dicho o dejado creer. Se aplica en caso de contradicción entre un comportamiento actual y un comportamiento anterior de un sujeto de derecho internacional.

El estoppel y los actos unilaterales

En este sentido, debe distinguírsele de los actos unilaterales propiamente dichos, siendo clave para ello que el carácter vinculante de las declaraciones del Estado que lo obligan a respetar una cierta conducta, no está fundado -como en los actos unilaterales- en la declaración de la intención del Estado que la expresa, sino en los actos secundarios del otro Estado y en los perjuicios que podría causarle un cambio de actitud operado en base a la representación que ha sido formulada por el primero.

Esta misma concepción amplia es la que motivó la redacción del art. 45 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados -“Pérdida del derecho de alegar una causa de nulidad, retardo o suspensión de la aplicación de un tratado”-, que establece que un Estado no podrá alegar una causa para anular, etc., si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, “*b)(...) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o aplicación, según el caso*”.

El estoppel en la CIJ

La CIJ, en general, no siempre ha acogido la concepción amplia del estoppel, pues tomando en cuenta las rigurosas condiciones que estable-

ce el derecho inglés, la ha rechazado en el caso *Barcelona Traction*³, en el de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*⁴ y en el *Asunto de la frontera terrestre y marítima* entre Camerún y Nigeria⁵, considerando no probado fehacientemente el perjuicio causado a un Estado por el cambio de actitud operado en base a la representación que ha sido formulada por el otro.

El estoppel en la Corte IDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por su parte, se ha inclinado por la concepción “amplia” del estoppel en varios de sus pronunciamientos, de manera conteste a la postura asumida al respecto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su escrito del 20 de marzo de 1987 con observaciones a las excepciones preliminares opuestas por el Gobierno de Honduras⁶, en la que se refiere al estoppel como “regla” y efectúa interesantes consideraciones:

“Por ello, la regla del estoppel, consagrada en el derecho internacional por una abundante práctica, subsidiariamente, vendría a confirmar que la actuación de la Comisión en cuanto al procedimiento de que ella utilizó respecto a la admisibilidad de este caso no puede ser impugnado ahora por el Gobierno de Honduras.

Aplicada a una controversia internacional, la regla del estoppel significa, como lo ha expresado el juez Ricardo J. Alfaro en el Caso del Templo de Préah Vihéar que disputaban Camboya y Tailandia: ‘Un Estado parte de un litigio internacional está obligado por sus anteriores actos o actividades cuando éstos contradicen sus pretensiones en el litigio’.

³ *Barcelona Traction light and Power Company Limited*, C.I.J. Recueil, 1964, p. 24/25.

⁴ BOWER, G.S. - TURNER, A.K., *The law relating to estoppel by representation*, 3ª ed., London, 1977.

⁵ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, C.I.J. Recueil, 1998, pp. 303/6

⁶ Serie D, N° 2, Doc. 4, Caso N° 7951.

Como se sabe, la regla del estoppel ha sido reconocida y aplicada tanto en el derecho internacional general como en el derecho internacional de los derechos humanos.

En el derecho internacional general, la regla del estoppel se ha conceptualizado restringida o ampliamente.

El concepto restringido del estoppel requiere básicamente los siguientes elementos: a) manifestación de silencio clara e inequívoca; b) efectuada voluntariamente y por las autoridades pertinentes, y c) que la otra parte o instancia tome en cuenta dicha conducta de modo que una alteración posterior le acarree perjuicio o le niegue un beneficio”.

En los párrafos siguientes, la Comisión claramente adhiere a la concepción amplia del estoppel en estos términos:

“La noción amplia del estoppel, en cambio, no requiere la presencia del requisito de perjuicio ni beneficio. La Corte Internacional de Justicia aplicó esta noción de estoppel en el caso del Laudo Arbitral efectuado por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 entre Honduras y Nicaragua. En dicho caso la Corte decidió en favor de Honduras y en contra de las objeciones de Nicaragua. La Corte señaló que Nicaragua, que impugnaba ese Laudo Arbitral respecto de Honduras, se encontraba obligada por una serie de actos posteriores a la sentencia del Rey de España de 1906, de lo que cabía inferir una aceptación de ella.

Igualmente, en el ya mencionado caso del Templo de Préah Vihéar la Corte sostuvo que la conducta de Tailandia y de las anteriores autoridades de Siam con respecto a un mapa confeccionado en el año 1908 por las autoridades francesas a pedido de las siamesas y que atribuía el templo a la Indochina francesa, así como la falta de objeciones durante un largo período de tiempo, significaban reconocer de parte de Tailandia la titularidad de Francia y de su Estado sucesor, Camboya, sobre el Templo.

En el derecho internacional de los derechos humanos la Corte Europea de Derechos Humanos también ha aplicado consistentemente el principio de estoppel en el sentido que objeciones de jurisdicción y admisibilidad deben, en principio, ser planteadas ante la misma Comisión. Si tal no ocurre, el Estado del caso no puede plantear las objeciones en una etapa posterior.

Sin duda, los procedimientos ante la Corte no son los mismos que aquellos que tuvieron lugar ante la Comisión y que usualmente

las partes no son las mismas; sin embargo, se trata del mismo caso y surge claramente del sistema de la Convención que objeciones a la jurisdicción y admisibilidad deben en principio ser planteadas primero ante la Comisión en la medida en que su carácter y las circunstancias del caso lo permitan.

En virtud de las consideraciones expuestas, y aunque la Comisión está convencida de que en esta materia se ha ceñido a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, subsidiariamente, solicita a la Ilustre Corte que dando aplicación a las normas del derecho internacional considere que Honduras, en virtud del principio del estoppel, no puede ahora válidamente plantear objeciones sobre la admisibilidad de este caso, las que debió haber formulado en otra instancia”.

No obstante el criterio expresado, la Corte IDH ha considerado también el “perjuicio-beneficio” al aplicar el estoppel en algunos de sus fallos, refiriendo a las posturas asumidas por una parte en virtud de la conducta de la primera y las consecuencias que les aparejaba su alteración posterior. Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso *Abril Alosilla y otros c/ Perú*.

Caso Abrill Alosilla y otros c/ Perú

Resumen del caso

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) declaró responsabilidad internacional del Estado peruano en el caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, relacionado con la vulneración del derecho a un recurso efectivo. El caso se relaciona con la aplicación retroactiva de decretos leyes que entre 1991 y 1992 eliminaron la escala salarial que regía a los trabajadores de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SIFUSE), a pesar de la existencia de la garantía constitucional de la irretroactividad de las normas.

Aunque el Estado reconoció totalmente, tanto los hechos del caso como la vulneración del derecho a un recurso efectivo en el procedimiento ante la Comisión Interamericana, se manifestó en desacuerdo con el *quantum* del daño material ocasionado. La Corte IDH, al emitir pronunciamiento -04/03/2011-, advirtió que el Estado objetó su responsabilidad res-

pecto de la vulneración del derecho a la propiedad privada; por ello, la Corte se pronunció declarando que el Estado vulneró tanto el derecho a un recurso efectivo como el derecho a la propiedad de los trabajadores, por lo que deberá publicar la sentencia en el diario oficial y pagar la reparación por daño material e inmaterial en el monto y oportunidad determinados por la Corte.

Sobre el particular, la Comisión resaltó que en la primera comunicación del Estado ante dicho órgano, recibida el 4 de octubre de 2001, aquél *“indicó expresamente que los requisitos contemplados en los artículos 46.1 a) y b) se encontraban cumplidos en el presente caso, sin distinción alguna respecto de los dos grupos de víctimas”*. La Comisión agregó que *“en ese momento, el Estado no solicitó [...] que se otorgara algún efecto procesal a la afirmación sobre la no interposición del recurso de apelación por el segundo grupo de trabajadores”* y que, por el contrario, *“el Estado no consideró este hecho como un incumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos”*. Por tanto, la Comisión consideró que en virtud del principio de *estoppel*, *“(...) el Estado no estaba facultado para cambiar la posición mantenida en la primera respuesta ante la Comisión, más aún cuando los peticionarios pudieron asumir ciertas decisiones procesales -como iniciar un proceso de solución amistosa- basadas precisamente en dicha posición”*. De otra parte, la Comisión indicó que el Estado *“no presentó ni ante la Comisión ni ante la Corte argumentos específicos sobre la efectividad del recurso que menciona como no agotado”* y agregó que *“el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 25 de la Convención, se basa precisamente en la falta de efectividad de los procesos judiciales internos intentados por las víctimas”*.

“Cada acto de reconocimiento realizado por dicho Estado, tanto a nivel interno como ante la Comisión creó un estoppel. Por ello, al haber admitido como legítima, por medio de un acto jurídico unilateral de reconocimiento, la pretensión planteada en el procedimiento ante la Comisión, el Perú quedó impedido de contradecirse posteriormente. Tanto las presuntas víctimas y sus representantes como la Comisión Interamericana actuaron en el procedimiento ante dicho órgano con base en esa posición de reconocimiento adoptada por el Estado”.

De esta manera, los actos de reconocimiento realizados por el Estado durante el trámite de una petición ante la Comisión resultan necesariamente relevantes para la determinación de la aplicación del principio de estoppel respecto de posiciones contrarias alegadas durante el procedimiento del caso ante la Corte. Si la controversia planteada por la Comisión ante el Tribunal se basa necesariamente en ciertos actos de reconocimiento realizados por el Estado, éste no puede posteriormente negar el efecto jurídico que tienen dichos pronunciamientos en la determinación de la controversia que plantee la Comisión ante el Tribunal. Por lo tanto, la Corte considera que, mediante los actos en el proceso ante la Comisión, el Estado peruano no planteó una excepción al agotamiento de recursos internos y que esto, consecuentemente, generó un efecto jurídico sobre el cual actuaron tanto el representante como la Comisión”.

Como puede advertirse, en este caso, la Corte IDH, dada la posición inicial del Estado peruano de admitir como legítima la pretensión planteada por dos grupos de trabajadores, consideró que por el principio del estoppel aquél no podía asumir luego otra conducta, que cambiara el estado de cosas en base al cual se guió y actuó la otra parte.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ¹
CASO GELMAN VS. URUGUAY
Sentencia de 24 de febrero de 2011
(Fondo y reparaciones) *

*Arturo Pagliari ***

Sumario: Antecedentes. La solicitud de la Comisión. Competencia. Partes lesionadas. Sentencia. Derecho aplicado. Reconocimiento parcial. Responsabilidad internacional. Irrelevancia del derecho interno. Consecuencias de la responsabilidad. 1. La obligación de ofrecer garantías y seguridades de no repetición. 2. La obligación de reparar íntegramente el perjuicio. 2.1. Daño material o daño emergente. 2.2. Lucro cesante. 2.3. Costas y gastos. 2.4. Daño inmaterial o moral. 2.5. Satisfacción. 2.6. Intereses. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados. Cumplimiento. Supervisión.

La sentencia que nos ocupa fue dictada de conformidad con los arts. 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los arts. 31, 32, 62, 64, 65 y 67 del Reglamento de la Corte ² en el caso

¹ La Corte la integraron los siguientes jueces: Diego García-Sayán, presidente; Leonardo A. Franco, vicepresidente; Manuel E. Ventura Robles, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet y Eduardo Vio Grossi.

*Artículo recibido el 4 de octubre de 2011 y aprobado para su publicación el 6 de diciembre de 2011.

** Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² El Reglamento de la Corte aplicado en el presente caso es el aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009 y que entró en vigor el 1 de enero de 2010, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 del mismo. Vigente.

Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena contra la República Oriental del Uruguay, denominado “Caso Gelman vs. Uruguay”.

Antecedentes

El presente caso reviste una particular trascendencia histórica, pues los hechos comenzaron a perpetrarse en colaboración con autoridades argentinas³ en un contexto de práctica sistemática de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la Operación Cóndor. Para noviembre de 1975, la cooperación de inteligencia militar se concretó aún más con la formalización de la denominada “Operación Cóndor”, lo que facilitó la creación de estructuras militares paralelas, que actuaban de forma secreta y con gran autonomía. Esa operación fue adoptada como una política de Estado de las “cúpulas de los gobiernos de hecho”, y estaba dirigida, en ese entonces, por cuerpos castrenses principalmente de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil⁴.

³ En su voto concurrente, el juez Eduardo Vio Grossi hace referencia a la participación de la República Argentina en los hechos en cuestión. Si bien es cierto que la demanda fue presentada exclusivamente con relación a Uruguay, por lo que la Corte carece de competencia sobre el particular, no es menos cierto que el Derecho Internacional contempla la situación en que un tercer Estado ha cooperado con el autor del hecho ilícito (arts. 16 y 47, Proyecto de Artículos Preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos) por lo que tal vez hubiese sido más conveniente dejar expresa esta circunstancia a los efectos que las instituciones correspondientes tomaran, si lo tuviesen a bien, las acciones que consideraran adecuadas a fin de permitir el total esclarecimiento de los hechos de autos y se exigieran todas las responsabilidades que eventualmente procedieran.

⁴ Párrafos 54 a 63 de la sentencia.

La solicitud de la Comisión

La Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare que el Estado uruguayo es responsable por la violación: a) del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial reconocidos en los arts. 8.1 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, y en relación con los arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como los arts. 1, 6, 8 y 11 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Juan Gelman, María Claudia García de Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares; b) del derecho a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a la obligación de sancionar estas violaciones en forma seria y efectiva reconocidos en los arts. 3, 4, 5, 7 y 1.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y con los arts. 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio de María Claudia García; c) de la integridad personal reconocida en el art. 5.1 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana, respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares; d) del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección de la honra y de la dignidad, al nombre, a medidas especiales de protección de los niños y niñas y a la nacionalidad reconocidos en los arts. 3, 11, 18, 19 y 20 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana, respecto de María Macarena Gelman derechos, y d) del derecho a la protección de la familia reconocido en los arts. 17 de la Convención y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana, respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares.

Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado determinadas medidas de reparación.

Competencia

La Corte fue para conocer del presente caso, en los términos del art. 62.3 de la Convención Americana, ya que Uruguay es Estado Parte de la

Convención Americana desde el 19 de abril de 1985 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha, como así también de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura desde (1992) y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas desde el 2 de abril de 1996, y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1996)⁵.

Partes lesionadas. Sentencia

Se considera parte lesionada en este caso a María Claudia García, María Macarena Gelman y Juan Gelman. Así lo reconoció Uruguay y de esa forma lo declara la Sentencia. a) María Claudia García de Gelman: El Estado es responsable por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, por lo cual violó sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, reconocidos en los arts. 3, 4.1, 5.1 y 5.2 y 7.1, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 44 a 63 y 79 a 101 de la Sentencia. b) María Macarena Gelman García: El Estado es responsable por la supresión y sustitución de identidad⁶ de

⁵ Párrafo 18 de la sentencia.

⁶ En su voto concurrente, el juez Grossi sobre el particular efectúa una interesante acotación sobre el denominado “Derecho a la Identidad”. En la resolución se alude al “*Derecho a la Identidad*”, aunque expresamente reconoce que no se encuentra expresamente contemplado en esa Convención. Tal vez por tal motivo es que en su parte resolutive, la sentencia no expresó que el Estado había violado ese derecho. Y es que aunque él incluiría los derechos previstos en dicho texto normativo, asimismo comprendería otros no contemplados en el mismo. El *Derecho a la Identidad* sería, por tanto, más amplio que la suma de los derechos a la familia, al nombre, a la nacionalidad y a los de los niños y niñas aludidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por eso es que la alusión que hace la sentencia en cuestión al referido derecho se debería entender o insertar precisamente con relación a la función de la jurisprudencia de la Corte, que, como fuente auxiliar del Derecho Internacional, no es crear derecho, sino interpretar el sentido y

María Macarena Gelman García, ocurrida desde su nacimiento hasta que se determinó su verdadera identidad y expresada como una forma de desaparición forzada, por lo cual, en ese período, violó sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos de los niños y niñas y a la nacionalidad, reconocidos en los arts. 3, 4.1, 5.1, 7.1, 17, 18, 19 y 20.3, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los arts. I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 106 a 132 y 137 de la Sentencia. c) Juan Gelman: El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, reconocidos en los arts. 5.1 y 17, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor Juan Gelman, en los términos de los párrafos 133 a 135 y 138 de la Sentencia.

Derecho aplicado

El Pacto de San José de Costa Rica en cuanto a la violación de Derechos Humanos fundamentales. Personalidad jurídica, vida, integridad y a libertad

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. La Corte sobre esta Convención formula las siguientes apreciaciones: a) El con-

alcance del establecido por una fuente autónoma, sea tratado, costumbre, principio general de derecho o acto jurídico unilateral. Y en tal sentido, lo que ella hace con esa alusión debería ser entendido como un estímulo para que los órganos competentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA) o aun los propios Estados partes de la Convención, si así lo estiman, expresa y convencionalmente consagren y desarrollen tal derecho, posibilitando, entonces, que en el futuro y siempre que la norma pertinente presente un aspecto oscuro o dudoso y, por tanto, sea susceptible de varias alternativas de aplicación en el concreto caso de que se trate, la jurisprudencia de la Corte la interprete, fijando su verdadero sentido y alcance. En suma, se debe tener presente, al respecto, que a la Corte no le corresponde fallar exclusiva ni principalmente conforme a su propia jurisprudencia, sino de acuerdo a lo que se establezca en la correspondiente norma jurídica internacional,

cepto de desaparición forzada de personas se ha consolidado internacionalmente en tanto grave violación de derechos humanos; b) Los elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada son: b.1. la privación de la libertad; b.2. la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y b.3. la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada; c) Los arts. II y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas la contemplan. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima; d) La práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*; e) Esta desaparición forzada constituye, por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de “terrorismo de Estado” a nivel inter-estatal y, por ende, puede ser calificada como un crimen de lesa humanidad⁷.

Reconocimiento parcial

En cuanto al reconocimiento parcial adoptado por Uruguay, la Corte se manifiesta: a) El reconocimiento parcial de responsabilidad es una contribución positiva al desarrollo de este proceso, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana y a la conducta a la que están obligados los Estados en esta materia; b) Dicho reconocimiento produce plenos efectos jurídicos y tiene un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares; c) La delimitación temporal del reconocimiento formulado por el Estado no es relevante para el análisis del fondo

establecida por un tratado, la costumbre, un principio general de derecho o un acto jurídico unilateral, vigente para el Estado parte de la pertinente causa. De allí se deduce, consecuentemente, la relevancia de citar y aun reproducir, en los fallos de la Corte, las normas aplicables y que son objeto de su interpretación.

⁷ Párrafos 64 a 78 de la sentencia.

y las reparaciones en el presente caso ⁸; d) En consecuencia, la controversia subsiste en cuanto a la determinación de las consecuencias de los hechos ocurridos desde febrero de 1985. De tal manera, el Tribunal considera necesario dictar una Sentencia en la cual se determinen los hechos y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias en cuanto a las reparaciones ⁹.

Responsabilidad internacional

Es un principio general de derecho que la violación de una norma jurídica genera la responsabilidad del autor, quién está obligado a reparar el perjuicio ocasionado por tal infracción. Este principio se incorpora al derecho internacional enunciándose como que todo comportamiento ilícito de un sujeto internacional, origina la responsabilidad de éste. Tanto el principio de que la violación de una obligación internacional origina la responsabilidad internacional, como su corolario, el deber de reparar en forma adecuada el daño causado, han sido aceptados y ratificados en forma pacífica por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los estados. La institución de la responsabilidad internacional se encuentra establecida por el derecho consuetudinario general, que ha incorporado las

⁸ Distinta es la postura del juez Grossi sobre este tema. En tal sentido expresa: "... los hechos de la causa podrían dividirse en dos etapas. La primera incluyendo aquellos acontecidos durante la dictadura militar, vale decir, hasta febrero de 1985 y la segunda, los que han tenido lugar desde entonces a la fecha. Por tanto, dicho reconocimiento permitiría distinguir con mayor claridad los hechos no controvertidos de la causa y, por ende, darlos por probados, máxime cuando algunos de ellos, particularmente los referidos al contexto en que se desarrollaron los pertinentes a María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García, son, a estas alturas del desarrollo histórico, "hechos públicos y notorios" y, por tanto, sin necesidad de ser demostrados ni reiterados o desarrollados en autos. Probablemente también una única relación de los hechos en la sentencia en comento y, además, efectuada en forma previa a ese reconocimiento parcial formulado por el Estado, habría permitido precisar más exactamente aquellos acontecidos antes del mes indicado como efectivamente reconocidos, ponderando mejor el alcance de tal acto unilateral.

⁹ Párrafos 19 a 31 de la sentencia.

disposiciones del Proyecto de codificación sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales.

La regla general en materia de responsabilidad, es que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad. El hecho internacionalmente ilícito, existe cuando hay un comportamiento, por acción u omisión, atribuible al Estado, que constituya una violación de una obligación internacional; es necesario pues que un comportamiento de un Estado le sea atribuible y que el mismo constituya una efectiva violación de una obligación internacional vigente, cualquiera sea su naturaleza. La conducta del Estado, ya sea por acción u omisión, está exenta del todo factor subjetivo (dolo, culpa o negligencia)¹⁰, y comprende a la totalidad de las conductas de sus órganos, representantes, o actos de otras entidades, estados, órganos o personas, que de una manera u otra, puedan atribuirse a dicho Estado¹¹.

Irrelevancia del derecho interno

Ratificando un principio ya enraizado en el derecho internacional, el proyecto de 2001, confirma la regla de que el Estado responsable no puede alegar como motivo de justificación de su conducta violatoria de una obligación internacional las disposiciones de su derecho interno¹²

¹⁰Estos factores subjetivos son tomados en cuenta para determinar el monto de la reparación. De esta manera se encuentran establecidos en los incisos a) y b) del art. 42 del proyecto de 1996 y en el art. 39 del proyecto 2001.

¹¹Diversas son las formas en atribuir un comportamiento ilícito al Estado. La más corriente es por la imputación del obrar de sus órganos, que es en definitiva, la forma mediante la cual se expresa la voluntad del Estado. Pero ante esta precisión concreta, se encuentra una más general, que amplía la responsabilidad al Estado por los actos de otras entidades con la condición que ejerzan funciones de poder público; de órganos puestos a disposición por otro estado; de personas controlados por el Estado, o bien de personas que ejerzan de hecho funciones propias del Estado; o incluso, de movimientos insurreccionales. Todas estas situaciones han sido contempladas en el proyecto de codificación de 2001.

¹²*El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de*

Las amnistías¹³. Sobre este tema la Corte se expide la siguiente forma: a) Las amnistías o figuras análogas han sido uno de los obstáculos alegados por algunos Estados para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Este Tribunal (en casos de graves violaciones a los derechos humanos relativos a Perú (*Barrios Altos y La Cantuta*), Chile (*Almonacid Arellano y otros*) y Brasil (*Gomez Lund y Otros*), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos universales y regionales de protección de los derechos humanos se han pronunciado sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía relativas a graves violaciones de derechos humanos con el derecho internacional y las obligaciones internacionales de los Estados; b) Asimismo, en una interpretación del art. 6-5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra a la luz del Derecho Internacional Humanitario, el CICR aclaró que las amnistías no podían amparar a los perpetradores de crímenes de guerra; c) La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina resolvió, en el caso Simón, declarar sin efectos las leyes de amnistía que en ese país constituían un obstáculo normativo para la investigación, juzgamiento y eventual condena de hechos que implicaban violaciones a derechos humanos; d) Las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus arts. 1.1. y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos; e) La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías” y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los dere-

la presente parte (art. 32) (en concordancia con el art. 3 en cuanto a la calificación del hecho ilícito). principio, también receptado en la CV 69 (art. 27), se encuentra ampliamente confirmado por la práctica de los Estados y por la jurisprudencia internacional.

¹³ Párrafos 195 a 229 de la sentencia.

chos consagrados en los arts. 8 y 25, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención; f) El hecho de que la Ley de Caducidad¹⁴ haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia -recurso de referéndum (párrafo 2º del art. 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y -plebiscito (literal A del art. 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los arts. 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél; g) La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías.

Es interesante la opinión y argumentos del juez Grossi en su voto concurrente acerca de temas como la atribución de responsabilidad al Estado por hechos ilícitos, aun en los casos de que se tratara de facultades democráticas apoyadas por la mayoría de la población de un Estado. Refiriéndose a la Ley de Caducidad expresa: *“En esta perspectiva, es que se deber tener presente que, con respecto al origen de las leyes y a su eventual ilicitud internacional, determinada conforme al Derecho Internacional y, en consecuencia, con prescindencia de lo que disponga el Derecho Nacional (artículo 3 del Proyecto de Artículos preparado por la Comisión de Derecho Internacional de las Nacio-*

¹⁴Párrafos 230 a 240 de la sentencia.

nes Unidas sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, acogido por Resolución aprobada por la Asamblea General (A/56/10) 2001, Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito.), el Estado incurre en responsabilidad internacional por todo hecho que le sea atribuible y que constituya una violación de una de sus obligaciones internacionales y a tales propósitos se considera hecho del Estado según el Derecho Internacional, en especial, la costumbre internacional, el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas ejecutivas, judiciales o de otra índole (art. 4 del Proyecto). De ello se desprende, en consecuencia, que para que un hecho considerado internacionalmente ilícito sea atribuible al Estado, se atiende únicamente a que corresponda al comportamiento de uno de sus órganos, contemplando entre éstos a los que ejercen funciones legislativas, por lo que los pronunciamientos directos de la ciudadanía relativos a la aprobación o ratificación de una ley podrían ser estimados como parte de esas funciones y, por ende, que aquella, en el ejercicio de esa facultad, integra el órgano legislativo pertinente. A mayor abundamiento y siempre a que, a los efectos de atribuir el respectivo comportamiento al Estado, el órgano pertinente puede incluso ejercer funciones de “cualquier otra índole”, esto es, distintas, por tanto, a las ejecutivas, legislativas o judiciales, con lo que podría incluirse entre aquellas funciones, entre otras, las que corresponden a la democracia directa. Por tanto, también la ciudadanía toda, en el ejercicio sea de ésta sea de la función legislativa, podría infringir una norma de Derecho Internacional y, consecuentemente, comprometer la responsabilidad internacional del Estado¹⁵. Es por tal razón que se estima que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así ha sido, por lo demás, considerado por la pro-

¹⁵ Ello sería más evidente aun cuando la norma de Derecho Internacional infringida es *jus cogens*, esto es, al tenor de lo dispuesto en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que también recoge la costumbre en la materia, norma imperativa de Derecho Internacional general y, por tanto, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo

*pia Carta Democrática Interamericana*¹⁶, la que si bien señala en su artículo 3º que el respeto de los derechos humanos es un elemento esencial de la democracia y en su artículo 7º, que ésta es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, igualmente reitera en su artículo 8º, el derecho de toda persona que considere que sus derechos humanos han sido violados a interponer las denuncias o peticiones pertinentes ante el sistema interamericano de derechos humanos, con lo que excluiría, para estos casos, el recurso ante los órganos políticos interamericanos encargados de velar por el ejercicio efectivo de la democracia representativa.

Consecuencias de la responsabilidad

La responsabilidad del Estado originada en un hecho internacionalmente ilícito, produce una serie de efectos jurídicos¹⁷: a) El deber del Estado infractor de continuar cumpliendo lo preceptuado por la obligación violada; b) Poner fin a la violación de la obligación; c) Ofrecer garantías y seguridades de no repetición, si las circunstancias así lo requieren; d) Reparar íntegramente el perjuicio (tanto el daño material como el moral) causado.

1. La obligación de ofrecer garantías y seguridades de no repetición

Esta obligación constituye una norma de derecho internacional general de carácter consuetudinario que ha sido receptada por el Proyecto de la CDI de la siguiente forma: *El Estado responsable de hecho internacionalmente ilícito está obligado: b) Ofrecer seguridades y garan-*

en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹⁶ Resolución de la Asamblea General de la OEA aprobada el 11 de septiembre de 2001.

¹⁷ Artículos 29, 30, ap. a) y b) y 31 del Proyecto.

tías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. Las seguridades y garantías cumplen una función preventiva más que reparativa, se traducen en un reforzamiento positivo del cumplimiento de la obligación. Supone, obviamente, que la obligación primaria violada continúa en vigor. En cuanto a la clase de garantías que pueden solicitarse acotamos: a) La práctica internacional no es uniforme; b) El Estado lesionado las puede solicitar sin especificar la forma; c) Pero, también puede pedir medidas concretas: como un comportamiento específico; d) Dependen de las circunstancias del caso, la naturaleza de la obligación, la violación misma, ya que son factores a tener en cuenta de conformidad a lo dispuesto por el propio articulado que las consagra: "... si las circunstancias lo exigen".

La Corte en el caso que nos ocupa las determina de la siguiente manera: a) En un plazo razonable, el Estado debe conducir y llevar a término eficazmente la investigación de los hechos del presente caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea¹⁸; b) El Estado debe continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruetagoiena, o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares¹⁹; c) El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos²⁰; d) El Estado debe colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar²¹; e) El Estado debe implementar, en un plazo razo-

¹⁸ Punto 9 de la parte dispositiva de la sentencia.

¹⁹ Punto 10 de la parte dispositiva.

²⁰ Punto 11 de la parte dispositiva.

²¹ Punto 13 de la parte dispositiva.

nable y con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Uruguay²²; f) El Estado debe adoptar, en el plazo de dos años, las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura²³.

2. La obligación de reparar íntegramente el perjuicio

La responsabilidad internacional comporta el deber de reparar los perjuicios ocasionados por la comisión de un hecho ilícito. La regla general es que la reparación debe ser íntegra, entendiéndose por tal que el resarcimiento debe borrar las consecuencias producidas por el hecho ilícito. Este principio es aceptado en forma pacífica por la doctrina y la jurisprudencia. Así lo dispone el art. 31 del Proyecto: 1. *El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.* 2. *El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.*

La Corte, en virtud de lo dispuesto por el art. 63.1 de la Convención, indicó “... *que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*²⁴ y que esa disposición “*recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado*”²⁵ (párr. 247).

²²Punto 15 de la parte dispositiva.

²³Punto 16 de la parte dispositiva.

²⁴Confr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, Nº 7, párr. 25; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, supra nota 16, párr. 245, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, supra nota 16, párr. 209.

²⁵Confr. *Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, Nº, 43, párr. 50; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do*

La reparación, en la medida de lo posible, debe hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito; restableciendo la situación como si no hubiera existido la violación. De no ser posible la restitución, la reparación debe traducirse en una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del hecho ilícito. La obligación comprende la reparación íntegra del perjuicio causado abarcando todo daño causado por el hecho ilícito, tanto material como moral. También es precisa la existencia de un nexo causal entre el hecho ilícito y el perjuicio²⁶. En efecto, la causalidad es una condición necesaria, pero no suficiente, para la reparación, ya que puede variar la intensidad de su requerimiento en relación a violaciones de obligaciones internacionales de distinta naturaleza. Se dan casos en que factores diversos se combinan (varias causas concurrentes) para producir el daño, por ejemplo el incumplimiento de dos obligaciones que concurren a producir un daño. Otro aspecto a considerar para determinar la reparación, es la conducta el Estado lesionado o una persona en relación al mismo, en la contribución al perjuicio resultante de la violación²⁷. Como lo establece el propio artículo, tales circunstancias son una pauta más a considerar en lo relacionado con la evaluación de reparación (forma y cuantía) que se determine con motivo de la violación.

En el caso que estamos analizando la Corte condenó al Uruguay al pago de indemnizaciones por daños materiales, inmateriales, costas y gastos y lucro cesante, estableciendo para los primeros el plazo de un año: *El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en los párrafos 291, 293, 296 y 304 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por*

Araguaia), supra nota 16, párr. 245, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, supra nota 16, párr. 209.

²⁶(248) "... las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho."

²⁷El art. 39 del Proyecto dispone: *Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.*"

el reintegro de costas y gastos, según corresponda, de conformidad con los párrafos 305 a 311 de la misma.

2.1. Daño material o daño emergente

La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo. Este Tribunal ha establecido que el daño material supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los del caso” (párr 290). La Corte fija en equidad la cantidad de US\$ 5.000.00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de María Macarena Gelman por los gastos incurridos en la búsqueda del paradero de su madre (párr. 291).

2.2. Lucro cesante

En cuanto los ingresos dejados de percibir, los representantes indicaron que María Claudia García tenía 19 años al momento de su desaparición y que, de acuerdo a los datos disponibles, la expectativa de vida para la época en Argentina era de 72 años, por lo que le restaban por vivir aproximadamente 53 años. Estimaron que de no haber sido desaparecida, habría culminado su carrera universitaria aproximadamente en 1982, cuando habría iniciado su carrera profesional. Indicaron que el salario mínimo en Argentina en 1976 era de US\$ 200, pero realizaron el cálculo hasta la fecha actualizando el monto al valor actual y aplicaron una fórmula con varios criterios y datos consultados en Argentina, para llegar a la cifra de US\$ 312.512,02. Sostuvieron que esa cantidad debe incrementarse en un 50%, teniendo en cuenta que María Claudia García habría percibido ingresos superiores debido a su formación profesional en filosofía y letras, y que también se le debe sustraer un 25% por concepto de gastos personales. Finalmente, solicitaron que el Estado pague a María Macarena, en su calidad de heredera, el monto de US\$ 385.326,02, en concepto de lucro cesante por los ingresos dejados de percibir por María Claudia García (parr. 292). *Atendiendo a los ingresos que habría probablemente percibido María Claudia García durante su vida, de no haber acontecido su desaparición forzada, el Tribunal decide fijar, en equidad y*

por concepto de la correspondiente por lucro cesante, la cantidad de US\$ 300.000,00 (trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda uruguaya, la que deberá ser distribuida en partes iguales entre sus derechohabientes conforme al derecho aplicable (párr. 293).

2.3. Costas y gastos

Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el art. 63.1 de la Convención Americana (párr. 298). Los gastos y costas comprenden los generados tanto ante las autoridades de la jurisdicción interna, como ante el Sistema Interamericano. Al respecto, el Tribunal reitera que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento. Asimismo, no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos (párr. 302). La Corte observa que de los comprobantes enviados respecto de algunos gastos no se desprende claramente su relación con erogaciones vinculadas al presente caso. Sin embargo, también constata que los representantes incurrieron en diversos gastos ante ella, relativos, entre otros aspectos, a recolección de prueba, transporte, servicios de comunicación en el trámite interno e internacional del presente caso. El Tribunal reitera que le corresponde apreciar prudentemente tales gastos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos, apreciación que puede realizar con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable, disponiendo el reembolso por parte del Estado a las víctimas o sus representantes de aquellos que considere razonables y debidamente comprobados (párr. 303). *La Corte determina, en equidad, que el Estado debe entregar, por concepto*

de gastos y costas, la cantidad de US\$ 28.000,00 (veintiocho mil dólares de los Estados Unidos de América) a los representantes de María Macarena Gelman y Juan Gelman. Igualmente, señala que en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente sentencia, podrá disponer el reembolso a las víctimas o sus representantes, por parte del Estado, de los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal (párr. 304).

2.4. Daño inmaterial o moral

La Comisión alegó que el daño inmaterial a raíz de la desaparición de María Claudia García resulta evidente, como también lo son las consecuencias lesivas de la denegación de justicia a sus familiares. Agregó que es presumible que sus familiares hayan tenido un sufrimiento psicológico intenso, angustia, pena y alteración de sus proyectos de vida en razón de las acciones estatales y la falta de justicia en un plazo razonable y la sanción respectiva de los involucrados en los hechos (párr. 294). Sobre el particular la Corte manifestó: a) el daño inmaterial comprende “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”; b) Además, es necesario considerar las circunstancias del caso *sub judice*, por los sufrimientos que las cometidas causaron a las víctimas, dada la profunda afectación que los hechos ocasionaron en el caso de María Claudia García, especialmente por su estado de embarazo; c) Por otra parte, es particularmente relevante el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial o no pecuniario que sufridas por María Macarena Gelman. En consecuencia, la Corte estima pertinente fijar una cantidad, en equidad, como compensación por concepto de daños inmateriales, las cantidades de: a) US\$ 100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de la señora María Claudia García de Gelman; y b) US\$ 80.000,00 (ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de María Macarena Gelman García. La Corte toma en cuenta la decisión expresa del señor Juan Gelman de ser excluido como beneficiario de indemnizaciones compensatorias (párr. 296/297).

2.5. Satisfacción

La satisfacción como forma de reparación es subsidiaria y excepcional y su relación con el principio de la reparación íntegra, en principio, es conducente sólo en la medida en que el perjuicio ocasionado por el acto ilícito internacional no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización²⁸ y, en su caso, la infracción de la obligación constituya una ofensa para el Estado. Reviste la forma de un reconocimiento de la violación de una obligación internacional por el Estado responsable, y se materializa mediante una expresión de pesar, disculpa formal, o mediante cualquier otro acto que exprese su excusa por el hecho cometido²⁹. La exigencia de este medio y las formas de solicitar su cumplimiento, registran dos limitaciones: a) Que no sea desproporcionado con relación al perjuicio efectivamente ocasionado por el acto ilícito; b) Que no revista una forma humillante para el Estado responsable.

Distintas son las formas que puede revestir la satisfacción (una investigación, medidas disciplinarias o penales, etc.), incluso seguridades de no repetición. Una de las modalidades más comunes de satisfacción es la declaración de ilicitud del hecho por el tribunal competente, tal como sucedió en el caso que nos ocupa.

Sobre esta forma de reparación la Corte declaró que: a) La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia puede constituir *per se* una forma de reparación; b) El Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con el párrafo 266 de la Sentencia³⁰; c) El Estado deberá develar, en el plazo de

²⁸ (art. 37, 1.): *El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.*

²⁹ (art. 37, 2.): *La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. 3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.*

³⁰ (266) “... El acto deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública conducida por altas autoridades nacionales y con presencia de las víctimas del presente caso...”.

un año, en un lugar con acceso público del edificio del SID, una placa con la inscripción de los nombres de las víctimas y el período en que estuvieron allí detenidas ilegalmente. d) Publicación de la Sentencia en el plazo de seis meses ³¹.

2.6. Intereses

En consonancia con la regla general de la reparación íntegra, el Estado responsable se encuentra obligado al pago de intereses sobre la suma principal adeudada de conformidad al monto de la indemnización resultante por los perjuicios ocasionados por el acto ilícito ³². Los intereses no constituyen una forma autónoma de reparación como las anteriores, ni tampoco son obligatorios en todos los casos. Han sido establecidos para resguardar el principio de la reparación íntegra, y generalmente su fijación y monto constituye una decisión discrecional del tribunal dependiendo de las circunstancias de cada caso. Los intereses se devengarán desde la fecha fijada para el pago de la suma principal, hasta la fecha del efectivo pago ³³. De acuerdo con estos criterios generales, y teniendo en cuenta que se fijaron distintos montos y plazos para el pago de los diferentes conceptos reclamados la Corte en este caso dispuso que: *En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Uruguay* ³⁴.

³¹ (271) *La Corte estima... que el Estado deberá publicar...: a) por una sola vez, en el Diario Oficial, la presente Sentencia, con los respectivos títulos y subtítulos, sin las notas al pie de página; b) en otro diario de amplia circulación nacional, y por un sola vez, el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, y c) el resumen oficial y el presente Fallo íntegramente en un sitio web oficial, que deberá estar disponible por un período de un año.*

³² (art. 38, 1.) *Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo del cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.*

³³ (art. 38, 2.) *Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.*

³⁴ Párrafo 311 de la sentencia.

Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

Plazos. La sentencia establece distintos plazos para que el Estado de Uruguay cumpla con las distintas reclamaciones por las que fue condenada, a saber (todos los plazos corren a partir de la notificación del fallo): a) Para el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos, año; b) Para las obligaciones de garantías y seguridades de no repetición: para la colocación una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en el edificio del Sistema de Información de Defensa (SID), un año; Para la implementación de un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial un plazo razonable; Para la adopción de medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura, dos años, c) Para las medidas que constituyen una satisfacción: Para el acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, un año; para descubrir, en un lugar con acceso público del edificio del SID, una placa con la inscripción de los nombres de las víctimas y el período en que estuvieron allí detenidas ilegalmente, un año, d) Para la publicación de la Sentencia, seis meses.

Moneda de pago. El Estado debe cumplir sus obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en un equivalente en moneda uruguaya, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que esté vigente en la bolsa de Nueva York, el día anterior al pago.

Prescripción. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

Forma. Las cantidades asignadas en la Sentencia como indemnización y como reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas a las personas y organizaciones indicadas en forma íntegra, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

Mora. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Uruguay.

Cumplimiento. Supervisión

Conforme a lo establecido en la Convención, la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal ejecución a lo dispuesto en la misma, debiendo el Estado rendirle, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, un informe sobre las medidas adoptadas para tal efecto (Punto 18 de la parte dispositiva).

VIII.

PUNTOS RESOLUTIVOS

312. Por tanto,

La Corte

Declara,

por unanimidad, que:

1. Acepta el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 25 a 31 de la Sentencia.

El Estado es responsable por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, por lo cual violó sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1 y 5.2 y 7.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 44 a 63 y 79 a 101 de la Sentencia.

El Estado es responsable por la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García, ocurrida desde su nacimiento hasta que se determinó su verdadera identidad y expresada como una forma de desaparición forzada, por lo cual, en ese período, violó sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos de los niños y niñas y a la nacionalidad, reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1, 7.1, 17, 18, 19 y 20.3, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 106 a 132 y 137 de la Sentencia.

El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, reconocidos en los artículos 5.1 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor Juan Gelman, en los términos de los párrafos 133 a 135 y 138 de la Sentencia.

El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los artículos 8.1 y 25.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los artículos I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, así como del juzgamiento y sanción de los responsables, en perjuicio del señor Juan Gelman y de María Macarena Gelman García, de conformidad con los párrafos 225 a 246 de la Sentencia.

El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos, de conformidad con los párrafos 237 a 241 y 246 de la Sentencia.

No procede emitir un pronunciamiento sobre las alegadas violaciones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho a la honra y dignidad, reconocidos en los artículos 13 y 11 de la Convención, ni de las normas de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) cuya violación fue alegada.

Y Dispone

por unanimidad, que:

2. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

En un plazo razonable, el Estado debe conducir y llevar a término eficazmente la investigación de los hechos del presente caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea, de conformidad con los párrafos 252 a 256, 274 y 275 de la Sentencia.

El Estado debe continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruretagoyena, o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación, de conformidad con los párrafos 259 y 260 de la Sentencia.

El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.

El Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con el párrafo 266 de la Sentencia.

El Estado debe colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar, de conformidad con el párrafo 267 de la Sentencia.

El Estado debe realizar, en el plazo de seis meses, las publicaciones dispuestas en el párrafo 271 de la Sentencia.

El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Uruguay, de conformidad con el párrafo 278 de la Sentencia.

El Estado debe adoptar, en el plazo de dos años, las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales, de conformidad con los párrafos 274, 275 y 282 de la Sentencia.

El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en los párrafos 291, 293, 296 y 304 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, de conformidad con los párrafos 305 a 311 de la misma.

Conforme a lo establecido en la Convención, la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal ejecución a lo dispuesto en la misma, debiendo el Estado rendirle, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, un informe sobre las medidas adoptadas para tal efecto.

El juez Vio Grossi hizo conocer a la Corte su voto concurrente, el cual acompaña la presente Sentencia.

Redactada en español y en inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el día 24 de febrero de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO ABRILL ALOSILLA Y OTROS VS. PERU
Sentencia del 4 de Marzo de 2011
(Fondo, Reparaciones y Costas) *

*Marta Susana Sartori ***

Sumario: 1. Reseña del Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Aspectos determinados. Sentencia de la Corte. 2. Reseña del Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Aspectos determinados. 3. Asunto Andrejeva c. Letonia. Demanda N° 55707/00, Sentencia de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos, Estrasburgo, del 18 de febrero de 2009. Aspectos destacados. Referencia a votos concurrentes y razonados de jueces en relación al Caso Cinco Pensionistas. Consideraciones finales.

El presente análisis se inscribe en el ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a partir del actual tratamiento del haber jubilatorio por parte de los Estados, término que en otros países es conocido como pensión.

Teniendo en cuenta la propuesta de trabajo tendiente a conocer cómo se han actualizado diversos aspectos en la jurisprudencia de los distintos órganos jurisdiccionales seleccioné el caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú¹ - Corte Interamericana de Derechos Humanos-, que trata la temática señalada.

*Artículo recibido el 22 de septiembre de 2011 y aprobado para su publicación el 1 de diciembre de 2011.

** Abogada. Magister en Derecho Internacional Público. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 4 de Marzo de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

El análisis comparativo incluye en particular otros fallos relacionados: uno anterior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otro de la Corte Europea de Derechos Humanos ².

1. Reseña del Caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*. Aspectos determinados

Un grupo de doscientas treinta y tres personas compuesto por funcionarios, profesionales y técnicos de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima presentó una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000. El reconocimiento por parte de Perú de su responsabilidad internacional determinó que la Comisión resolviera que se realizaran tratativas entre las partes tendientes a lograr un acuerdo.

Dado que el mismo no se concretó, la Comisión presentó el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2010.

La demanda está basada en el hecho de que Perú dio vigencia con retroactividad a nueva normativa que eliminó un sistema de escala salarial que regía para los demandantes y omitió proveerles un recurso de protección judicial al respecto a pesar de que la propia Constitución del Perú dispone que “sólo es retroactiva la norma en el ámbito penal y cuando sea más favorable”

La Comisión fue explícita y concreta solicitando a la Corte que otorgue plenos efectos al reconocimiento efectuado por Perú declarando la violación y o incumplimiento del art. 25³ de la Convención Interamericana-

² Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de febrero de 2003; y Corte Europea de Derechos Humanos - Gran Sala: *Asunto Andrejeva c. Letonia* (Demanda N° 55707/00) Sentencia del 18 de febrero de 2009. Estrasburgo.

³ “Artículo 25 (Protección Judicial) 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados

na referido a la Protección Judicial señalando que ha sido aun en contra de la Constitución de Perú que tiene más valor que una norma interna y ordenando, en consecuencia, la adopción de medidas de reparación por parte del Perú incluidos los gastos y costas.

Al reconocimiento efectuado por Perú, la Comisión entendió que era pleno cuando en realidad Perú dejó establecido en la contestación de la demanda que únicamente reconocía responsabilidad internacional por violación del citado art. 25 por no haber prestado la protección judicial manifestando expresamente que dicho reconocimiento no implicaba aceptación total de los argumentos de las presuntas víctimas respecto al *quantum*.

Asimismo y en relación al art. 21.1 y 21.2 ⁴ referido al derecho de propiedad, Perú alegó que el Estado puede restringir o limitar legítimamente el derecho a la propiedad porque no toda restricción implica una vulneración de dicho derecho.

Sentencia de la Corte

De esta sentencia que en lo formal, se estructura con la introducción de la causa y objeto de la controversia, el procedimiento ante la Corte y competencia, destaco dos aspectos:

- El reconocimiento de Responsabilidad Internacional por parte del Estado
- y el derecho a la Protección Judicial y a la Propiedad Privada en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos.

partes se comprometen: a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b: a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c: a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

⁴ “Artículo 21: (derecho a la propiedad privada): toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2.Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Formalmente, la Corte estableció en virtud de los hechos la responsabilidad de Perú por violación de, o incumplimiento o haberse afectado el derecho a la protección judicial establecido en el art. 25, y aun en contra de la propia Constitución de Perú que tiene más valor que una norma interna.

La Corte reconoce que Perú señaló que no existe controversia respecto a los hechos alegados por las presuntas víctimas y los reconocidos por Perú, por lo que debe expresarse o pronunciarse de manera exclusiva y definitiva respecto del *quantum* a raíz del descuento de los incrementos otorgados por aplicación de las *rationes* salariales porque Perú considera que sólo existe vulneración por un período nada más que de once meses en razón que a partir de esa fecha se estableció una nueva escala salarial ⁵.

En este sentido la Corte expresa que la aceptación de la manifestación de ese reconocimiento debe estar acompañada por una actividad propia de la Corte que debe confrontar esa manifestación con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, exigencias e interés de la justicia y la actitud y posición de las partes en esta instancia. Se refiere, en consecuencia, a sus propios precedentes ⁶ y *lo destacable es que justamente la Corte valora la declaración de responsabilidad y de aceptación de no haber cumplido con lo estipulado en el artículo 25 por parte de Perú manifestando “que ello constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana”*.

Al respecto podemos señalar que la Corte asume que Perú no cumplió con su deber de protección judicial.

Hay también un reconocimiento de la Corte al principio de estoppel que había sido invocado por el representante de las presuntas víctimas.

En cuanto a la vulneración del derecho de propiedad, la Corte establece que la aplicación retroactiva de la norma tuvo como consecuencia que las víctimas dejaran de recibir su remuneración tal como hasta ese momento lo que significó y tuvo efectos negativos sobre los compromisos futuros contraídos por las víctimas. Nuevamente la Corte se refiere a su

⁵ Lo señalado expresa el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte de Perú sólo por incumplimiento del art. 25.

⁶ Caso Kimel vs. Argentina; Caso Ibsen Cárdenas y Peña vs. Bolivia, Caso Vélez Loor vs. Panamá; Caso Rosendo Catú y otra vs. México, entre otros.

jurisprudencia, donde el concepto de propiedad por ella establecido determina que el derecho a la propiedad se refiere también a uso y goce de bienes materiales apropiables o intangibles señalando que en el derecho consuetudinario general se ha establecido igualmente ese concepto incluyendo en él los derechos intangibles, los derechos contractuales tales como han resultado protegidos por diversos laudos arbitrales ⁷.

Estos derechos se consideran ya incorporados al patrimonio siendo esto uno de los fundamentos de la irretroactividad de la ley ⁸.

Por ello los futuros aumentos o escala salarial vigente significa *ab initio* que esos montos fueran ya derecho adquirido por las víctimas, concluyendo en consecuencia que Perú también violó el derecho de propiedad de las doscientos treinta y tres personas demandantes.

Por tal motivo determinó la reparación fundada en norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional en relación con la responsabilidad del Estado.

Ello ha llevado entonces al reconocimiento por parte de la Corte de la existencia concreta del daño material; el daño inmaterial, el daño al proyecto de vida no han podido probarse, no obstante la Corte determinó que Perú debe abonar a cada una de las víctimas y a través del representante un monto determinado como una especie de compensación por el daño inmaterial “porque es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece una violación a sus derechos humanos experimente un sufrimiento” ⁹.

En cuanto al monto por daño material efectivamente reconocido por la Corte y que debe abonar Perú, éste ofrece un monto que no es el pedido por las víctimas que no pudieron probar la cantidad solicitada, a lo que se agrega que Perú también alega que en el período de negociación las mismas fueron mutuas.

⁷ Hace expresa mención al fallo de la Corte Internacional de Justicia referente a Intereses de la Alta Silesia. Ello nos permite expresar que para la Corte Interamericana son sumamente importantes las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, en particular las relacionadas con la protección de los derechos de los individuos.

⁸ A ello se refirió la Corte con anterioridad en el Caso Cinco Pensionistas de 2003 que comentaremos a continuación, en el cual afirmó que cuando una persona se acoge al régimen de jubilaciones adquiere ya un derecho de propiedad sobre sus “pensiones” (entendidas como jubilaciones) con todos los incrementos que pudiere tener.

⁹ La suma de U\$S 1.500 a cada una de las víctimas.

Hay un reconocimiento expreso de la Corte al señalar el derecho a solicitar reparación que sólo corresponde a las víctimas y no a sus familias ¹⁰¹¹.

2. Reseña del Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Aspectos Determinados ¹²

El 4 de diciembre de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú originada en la denuncia N° 12.034 recibida en la Secretaría de la Comisión en febrero de 1998.

¹⁰**Puntos Resolutivos:** la Corte declara por unanimidad que: 1. Acepta el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 23 y 26 de la presente Sentencia. 2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25.1, en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de las 233 víctimas en el presente caso, en los términos del párrafo 76 de la presente sentencia. 3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad privada reconocido en los artículos 21.1 y 21.2 en relación con los artículos 25.1 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de las 233 víctimas en el presente caso, en los términos de los párrafos 84 y 85 de la presente Sentencia, y dispone: por unanimidad que: 4. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación. 5. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año, las cantidades fijadas en el anexo adjunto al presente fallo y en el párrafo 132 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda, en los términos de los párrafos 115, 132, 139, y 140 a 145 de la misma. 6. El Estado debe, en el plazo de seis meses, realizar la publicación de la presente Sentencia en el Diario Oficial, de conformidad con el párrafo 92 de la presente Sentencia. 7. Conforme a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal ejecución a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia el Estado deberá rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento. Redactada en español e inglés haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica el 4 de marzo de 2011.

¹¹Monto solicitado por las 233 víctimas 3.334.725,87 nuevos soles actualizado, Perú abonó 9.301.528,68 nuevos soles que convertidos en dólares estadounidenses suman 3.260.000 dólares.

¹²Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia del 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los arts. 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 25 (Protección Judicial) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1. (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de dicho tratado, debido a la modificación en el régimen de pensiones que los señores Benvenuto, Ruiz Huidobro, Alvarez Hernández, Bertra Vázquez y Gamarra Ferreyra (en adelante “las presuntas víctimas, los cinco pensionistas o los pensionistas”) venían disfrutando conforme a la legislación peruana hasta 1992 y por el incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú “que ordenaron a órganos del Estado peruano pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario”.

Interesa comentar de este caso resuelto en el año 2003 algunos conceptos fijados por la Corte Interamericana, en particular referencia al art. 26 de la Convención Interamericana que alude al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ¹³.

Tanto los alegatos de la Comisión Interamericana como de los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares tratan de obtener de la Corte la declaración que por parte del Perú ha habido violación del citado artículo y que se ha vulnerado el principio de “progresividad” en él establecido.

Al respecto entiendo de gran relevancia las consideraciones de la Corte que ha señalado: “...146. *La Comisión Interamericana y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares alegaron el incumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana en cuanto*

¹³ “Artículo 26: *Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*”.

el Estado, al haber reducido el monto de las pensiones de las presuntas víctimas, no cumplió el deber de dar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a la pensión.

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas se debe medir en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso”.

Volveremos sobre este punto al que se han referido los votos concurrente y razonados de miembros de la Corte.

Un aspecto destacable de este fallo es señalar que este es el primer caso tramitado en su totalidad con el Reglamento vigente desde el 1º de junio de 2001.

Y justamente presenta una diferencia de interpretación del mismo que dilucida la Corte en relación al alcance de las solicitudes, argumentos y pruebas a cargo de los representantes de las presuntas víctimas y de la Comisión.

El art. 8 de la Convención referido a Garantías Judiciales en particular el punto 8.1 ¹⁴ fue incluido por los representantes de las presuntas

¹⁴ Artículo 8: (Garantías Judiciales) 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

víctimas y sus familiares alegando que el Estado había violado su disposición, lo que no fue tenido en cuenta por la Comisión.

Al respecto la Corte señala: 152: “(C)on motivo de esta controversia surgida entre la Comisión y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares, y por tratarse del primer caso tramitado en su totalidad con el Reglamento que entró en vigencia el 1º de Junio de 2001, este Tribunal cree conveniente dilucidar la cuestión relacionada con la posibilidad de que se aleguen otros hechos o derechos que no estén incluidos en la demanda”.

La Corte hace un análisis diferenciando la no admisibilidad de alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda a excepción de los que permitan explicar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda, señalando que es distinto el caso de hechos supervinientes los que deben ser puestos en conocimiento del Tribunal antes de ser dictada la Sentencia.

En cuanto a la incorporación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda presentada por la Comisión, la Corte considera que los peticionarios pueden invocar tales derechos en virtud que ellos son los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se entiende que lo anterior relativo a otros derechos, se atiene a los hechos ya contenidos en la demanda.

Asimismo entiende la facultad del Tribunal de analizar la violación o no de artículos de la Convención que no hubieren sido incluidos en los escritos de demanda, solicitudes, argumentos y pruebas y contestación de la demanda con base en el principio *iura novit curia* sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional “y del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente”¹⁵.

¹⁵ Así señala los precedentes Caso *Cantos*, *supra* nota 3. párr. 58; Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros* *supra* nota 4. párr. 107; Caso *Durand y Urgarte*, Sentencia del 16 de agosto de 2000, entre otros.

Finalmente, la Corte zanja la presente situación no emitiendo pronunciamiento alguno señalando la falta de suficientes elementos probatorios al respecto.

Otro aspecto contemplado en esta sentencia, alegado tanto por la Comisión como por los representantes de las víctimas es el referido al *Incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 (Obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno)*.

Por su parte, la Comisión alega que “las violaciones de los artículos 21,25 y 26 de la Convención cometidas por el Perú en perjuicio de los cinco pensionistas implican que dicho Estado no cumplió con el deber general de respetar los derechos y libertades y de garantizar su libre y pleno ejercicio”, mientras los representantes de las presuntas víctimas alegaron que: “*como consecuencia de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 21,25 y 26 de la Convención, el Estado violó a su vez la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción*”¹⁶.

El Estado nada expresó al respecto mientras que la Corte mediante exhaustivas consideraciones concluye que Perú incumplió las obligaciones generales de los arts. 1.1. y 2 de la Convención Americana¹⁷.

La Corte se refiere a su propia jurisprudencia en este aspecto y así cita en la referencia al art. 1.1. el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra* nota 2, párrafo 154; Caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 2 de febrero de 2001 y Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrafo 56; y en el caso del artículo

¹⁶Puntos 158 y 159.

¹⁷Artículo 1.1.: “Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Artículo 2: “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

2 menciona también al caso “Ultima tentación de Cristo” sentencia del 5 de febrero de 2001, también el Caso Baena Ricardo y otros y el Caso Durand y Ugarte.

La Corte pondera el art. 1.1, *“señalando que es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. Este artículo pone a cargo de los Estados Parte los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido según las reglas del Derecho Internacional a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”*.

Continúa señalando la Corte: *“conforme el artículo 1.1. es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en este artículo”*.

“Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”.

En relación al artículo 2 de la Convención, la Corte ha dicho que: *“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa*

que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”.

Asimismo la Corte ha señalado: *“el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.*

El fallo concluye con la aplicación del art. 63.1¹⁸, respecto al cual la Comisión manifestó que corresponde a los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares presentar la concreción de sus pretensiones en materia de reparaciones y costas.

En tal sentido, resumiré las consideraciones relativas a reparaciones, costas y gastos presentadas por los representantes, entre las que destaco:

- la inclusión como beneficiarios de las reparaciones tanto a los cinco pensionistas como sus familiares en razón de haber sufrido igualmente las consecuencias de no recibir el monto correcto;
- el restablecimiento por parte del Estado del derecho de los cinco pensionistas a la pensión en los mismos términos y condiciones en que fue establecida al momento de su jubilación debiendo pagar las diferencias entre los montos percibidos y los que les correspondía percibir junto con los intereses moratorios correspondientes;
- como reparación por daño material solicitaron a la Corte tener en cuenta una pericia judicial realizada en su oportunidad para poder establecer la cuantía exacta de la indemnización por daños y perjuicios;

¹⁸Artículo 63.1: *cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*

- igualmente por daño moral solicitaron se determine en equidad dicho monto teniendo en cuenta los padecimientos sufridos, angustias y preocupaciones por falta de medios económicos,
- con relación a medidas de satisfacción y garantías de no repetición solicitaron ordene al Estado que reconozca públicamente su responsabilidad internacional por la reducción de los montos de la pensión y otras consecuencias y que pida disculpas públicas por la ocurrencia de tales hechos, igualmente que publique el reconocimiento de responsabilidad y la petición de disculpas en dos diarios de amplia circulación nacional.

Concretamente, como garantía de no repetición solicitaron que la Corte ordene al Estado peruano “*conformar un grupo de estudio del que harán parte reconocidos académicos y expertos internacionales vinculados al tema, de la OIT y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el que deberá rendir un informe con recomendaciones sobre las modificaciones o iniciativas legislativas necesarias para ajustar integralmente la legislación peruana en materia de seguridad social a las obligaciones internacionales del Perú*”.

El Estado presentó sus propios alegatos por lo que en base a todo lo actuado la Corte realizó las siguientes consideraciones:

- Básicamente la Corte determina la violación de los arts. 21 y 25 de la Convención Americana en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma en perjuicio de los cinco pensionistas.
- Hace referencia nuevamente a su “*jurisprudencia constante*”¹⁹ en la cual ha establecido que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comparta el deber de repararlo adecuadamente.
- La Corte valora la actitud del Estado peruano por constituir un aporte positivo para la solución de la presente controversia por cuanto con posterioridad a la presentación de la demanda tomó una serie de medidas tendientes a dar cumplimiento a las pretensiones tanto de la Comisión como de los representantes de las víctimas y familiares;

¹⁹ Conf. Caso *Cantos*, *supra* nota 3, párr. 66; Caso del *Caracazo*. Reparaciones, *supra* nota 3, párr. 76 y Caso *Trujillo Oroza*, Reparaciones, *supra* nota 4, párr. 60.

- La Corte considera que las consecuencias patrimoniales por violación al derecho a la propiedad privada deberán establecerse en los términos de legislación interna por los órganos nacionales competentes.
- La Corte considera procedente la pretensión de que se lleve a cabo una investigación imparcial y efectiva por el prolongado incumplimiento de las sentencias judiciales.
- Respecto a otras pretensiones ya comentadas, la Corte estima que la presente Sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, además, considera que se debe indemnizar a los cinco pensionistas en concepto de daño inmaterial.

También señala que el Estado puede cumplir sus obligaciones mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en cantidad equivalente en moneda peruana; los pagos de la indemnización por concepto de daño inmaterial y el de las costas y gastos no podrán ser objeto de impuesto o tasa; y se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento integral de la presente Sentencia ²⁰.

²⁰ **Puntos Resolutivos:** la Corte por unanimidad: 1) declara que el Estado violó el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los cinco pensionistas; 2) declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención, en perjuicio de los cinco pensionistas, 3) declara que el Estado incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1. y 2 de la Convención en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señaladas en los puntos resolutivos anteriores; 4) declara que la presente Sentencia constituye *per se* una forma de reparación para las víctimas, 5) decide que las consecuencias patrimoniales que pudiera tener la violación al derecho a la propiedad privada, deberán establecerse, en los términos de la legislación interna, por los órganos nacionales competentes; 6) decide que el Estado debe realizar las investigaciones correspondientes y aplicar las sanciones pertinentes a los responsables del desacato de las sentencias judiciales emitidas por los tribunales peruanos en el desarrollo de las acciones de garantía interpuestas por las víctimas; 7) decide por equidad que el Estado debe pagar a las cuatro víctimas y a la viuda del señor Gamarra Ferreira de conformidad con lo indicado en el párrafo 180 de la presente Sentencia, la cantidad de tres mil dólares de los Estados Unidos de América por concepto de daño inmaterial en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia; 8) decide que el Estado deberá pagar la cantidad total de trece mil dólares de los Estados Unidos de América por concepto de gastos y la cantidad total de tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América por concepto de costas, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 182 de la presente sentencia; 9) declara que los pagos de indemnización por

3. Asunto Andrejeva c. Letonia. Demanda N° 55707/00, Sentencia de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos, Estrasburgo, del 18 de febrero de 2009. Aspectos destacados ²¹

Demanda N° 55707/00 contra la República de Letonia por la que una “no ciudadana residente permanente” de Letonia -anteriormente ciuda-

concepto de daño inmaterial y el de las costas y gastos establecidos en la presente Sentencia, no podrán ser objeto de impuesto o tasa actualmente existente o que pueda decretarse en el futuro; 10) declara que el Estado deberá cumplir la presente Sentencia dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de ésta; 11) declara que en caso que el Estado incurriese en mora deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada que corresponderá al interés bancario moratorio en el Perú; 12) decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en ella. Dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento a esta Sentencia, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 186 de la misma.

²¹ Génesis del asunto. Nacida en Kazakhanstan la demandante llega a Letonia en 1954, a la edad de doce años, cuando este país era una de las quince repúblicas socialistas soviéticas de la Unión Soviética. Desde entonces residió allí de modo permanente. Tras terminar sus estudios en el Instituto Politécnico de Riga, en 1966, obtuvo un empleo en el centro de industria química de Olaine (Letonia) para trabajar en el laboratorio de una fábrica de reciclaje.

En 1973 la demandante fue trasladada a la división regional del Servicio de Control de Protección Medioambiental, que dependía del Ministerio de Industria Química de la URSS. Hasta 1981, trabajó en una empresa del Estado perteneciente al Ministerio y con sede principal el Kiev (Ucrania). A continuación pasó a pertenecer a una delegación de la misma empresa, situada en Bielorrusia subordinada asimismo a una entidad con sede en Dolgoproudny (región de Moscú, Rusia). La empresa en cuestión era una empresa de la Unión regida por el derecho federal y perteneciente al poder central de la URSS. El salario de la demandante era pagado mediante giros postales mensuales provenientes de Kiev y Moscú. A pesar de estos cambios de destino, la demandante continuó ejerciendo sus funciones en el seno de la fábrica de reciclaje de Olaine. Igualmente durante todo este período estuvo afiliada a la misma unidad local del sindicato soviético centralizado de trabajadores de la industria química. El 4 de mayo de 1990 el Consejo Supremo (la asamblea legislativa de la época) adoptó la Declaración sobre el Restablecimiento de la Independencia de la República de Letonia. El 21 de noviembre de 1990 se suprimió el Servicio de control de Protección Medioambiental. Al convertirse la empresa en autónoma, la demandante quedó inmediatamente subordinada a la dirección de la fábrica. En agosto de 1991, quedó enteramente establecida la independencia de Letonia. Más tarde, en diciembre de 1991, la Unión Soviética, el Estado del que hasta entonces había sido ciudadana la demandante, desapareció. La demandante se encontró entonces sin ninguna nacionalidad. Tras la adopción el 12 de

dana de la ex URSS, Sra. Natalija Andrejeva- acudió al Tribunal el 27 de febrero de 2000 en virtud del art. 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

La demandante alegaba en particular que al negarse a admitirla como beneficiaria de la pensión del Estado por el trabajo que había efectuado en la ex URSS antes de 1991 por no tener la nacionalidad letona, las autoridades nacionales le habían hecho padecer una discriminación en el ejercicio de sus derechos patrimoniales. Invocaba a este respecto el art. 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo N° 1. La demanda quedó atribuida a la sección tercera del Tribunal siendo declarada parcialmente admisible por una sala de dicha sección el 11 de julio de 2006 la que se inhibió a favor de la Gran Sala el 11 de diciembre de 2007.

Este fallo tiene un componente distinto de los analizados anteriormente porque la base es un acuerdo internacional en materia de seguridad social.

Letonia y Rusia firmaron un acuerdo sobre cooperación en materia de seguridad social el 18 de diciembre de 2007 que fue aprobado por el Parlamento letón el 2 de octubre de 2008 y por las cámaras baja y alta del Parlamento ruso el 3 y 15 de octubre del mismo año. Justamente el art. 3 de este acuerdo amplía expresamente su campo de aplicación a los “no ciudadanos residentes permanentes de Letonia”, tal el caso de la demandante. El art. 10.1 al calcular una pensión de jubilación se tiene en cuenta el tiempo de trabajo realizado por el interesado en los dos países, previéndose una excepción por el art. 4.2 según el cual el principio de igualdad entre los nacionales y los residentes de los dos estados no se aplica para el cálculo de los períodos de trabajo de los nacionales letones, anteriores a 1991.

Habíamos señalado que la demandante amparaba sus pretensiones en el art. 14 del Convenio combinado con el art. 1 del Protocolo N° 1 en el sentido de una diferencia de trato prohibida por el art. 14 ²².

abril de 1995 de la ley relativa al estatus de los ciudadanos de la ex URSS que no poseían la nacionalidad letona o la de otro Estado, se confirió a la demandante el estatus de “no ciudadana residente permanente”. En setiembre de 1993 se despidió a la demandante tras una reducción de personal. Firmó a continuación un contrato con otro empresario, domiciliado en Riga para el que trabajó hasta su jubilación en 1997.

²² Artículo 14: “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de*

Ante la declaración del Gobierno²³ que el objeto del presente litigio se encuentra fuera de la jurisdicción de Letonia por lo que considera que hay que desestimar la demanda, el Tribunal recuerda que la noción de “jurisdicción” en el sentido del art. 1 del Convenio refleja la concepción de esta noción en Derecho Internacional Público y que está estrechamente vinculada con la de la responsabilidad internacional del Estado afectado. Al respecto, al tribunal señala que la demandante dependería de la jurisdicción del Estado demandado y que la excepción del Gobierno debe ser desestimada.

En relación con la aplicabilidad del art. 14 del Convenio, el Tribunal señala que sirve para el goce de los derechos y libertades garantizados por las otras cláusulas normativas del Convenio y sus Protocolos²⁴; la prohibición de discriminación que consagra este artículo sobrepasa por tanto al disfrute de los derechos y libertades que el Convenio y sus Protocolos obligan a garantizar a cada Estado, se aplica igualmente a los derechos adicionales, pertenecientes al campo de aplicación general de todo artículo del convenio que el Estado ha decidido proteger voluntariamente.

En tal sentido, el Tribunal no podría aceptar la tesis del Gobierno según la cual bastaría con que la demandante se naturalizara como letona para obtener la pensión reclamada en su integridad. La prohibición de discriminación consagrada por el art. 14 del Convenio sólo tiene sentido si en cada caso particular, la situación personal del demandante en relación

(...)origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, (...) nacimiento o cualquier otra situación”.

Artículo 1 del Protocolo N° 1: *“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio de derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones, o de las multas”.*

²³ Artículo 1 del Convenio: *“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título 1 del presente Convenio”.*

²⁴ Cita su jurisprudencia entre ellos: *Gaygusuz c. Austria* del 16-9-1996; Repertorio de sentencias y decisiones 1996-IV; *Thlimmenos c. Grecia* (GS) N° 34369/97, 40, TEDH 2000-IV.

con los criterios enumerados por esta disposición se tiene en cuenta como tal. Si se necesitara modificar uno de los elementos litigiosos, por ejemplo adquiriendo una nacionalidad, vaciaría al art. 14 de contenido por lo que el Tribunal concluye que en este caso se ha producido violación del art. 14 del Convenio combinado con el art. 1 del Protocolo N° 1.

En relación con el recurso de casación, el Tribunal concluye que el hecho de que este recurso fuera interpuesto por el Ministerio Público no disminuye en nada el derecho de la demandante a estar presente en el examen de su asunto, derecho que no pudo ejercer como deseaba, por lo que determina que hubo violación del art. 6.1 del Convenio ²⁵.

Finalmente y a modo de conclusión, la demandante reclama daño material ocasionado por la violación del art. 14 del Convenio combinado con el artículo 1 del Protocolo N° 1; respecto al perjuicio moral la demandante lo define como “un sentimiento de frustración e impotencia, de estrés, de angustia prolongada e incertidumbre financiera” debido a una violación del Convenio durante cerca de 11 años, a partir del momento de su primera solicitud de pensión de jubilación.

La demandante expresa que al ser imposible el cálculo del perjuicio moral por su propia esencia, confía en el principio de equidad aplicado por el Tribunal.

En relación con los gastos y costas, el Tribunal constata que la solicitud de reembolso de gastos y costas presentada por la demandante no cumple con las exigencias requeridas al no encontrarse justificados la mayor parte de los elementos presentados por lo que juzgando en equidad como ordena el art. 41 decide concederle 1.500 euros por todo concepto ²⁶.

²⁵ Ver *mutatis mutandis*, *Vermeulen c. Bélgica*, 20 de febrero de 1996, 29, Repertorio 1996-I, *Kress c. Francia* (GS), N° 39594/98, 67-71, TEDH 2001-VI.

²⁶ **Puntos Resolutorios:** 1. Desestima por unanimidad las excepciones planteadas por el Gobierno, 2. Dice por 16 votos contra uno, que se ha producido violación del artículo 14 del convenio combinado con el art. 1 del Protocolo N° 1, 3. Dice por unanimidad que se ha producido violación del artículo 6.1 del Convenio. 4. Dice a) que el Estado defensor debe abonar a la demandante en tres meses las siguientes cantidades a convertir en lats letones a la tasa aplicable en la fecha del pago:

i. 5000 euros más cualquier otra cantidad que pudiera ser debida a títulos de impuestos por el conjunto de perjuicios sufridos,

Referencia a votos concurrentes y razonados de jueces en relación al Caso Cinco Pensionistas

Considero importante destacar algunos aspectos de estos votos, comenzando por el del juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

En su voto a favor de la adopción de la Sentencia comentada Cinco Pensionistas, señala que la Corte afirma el carácter de derecho adquirido del derecho a la pensión, subsumido en el derecho a la propiedad privada bajo el art. 21 de la Convención Americana.

Habla del amplio alcance del derecho de acceso a la justicia, tanto en lo nacional como internacional, estableciendo que “ese derecho es en definitiva el derecho a obtener justicia. Se refiere a que en esta sentencia se visualiza un verdadero derecho al Derecho en el sentido que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana entre los cuales se encuentra el derecho a la pensión como derecho adquirido”.

Refiere nuevamente que es el primer caso contencioso totalmente tramitado bajo el nuevo Reglamento de la Corte el cual otorgó *locus standi in iudicio* a los peticionarios en todas las etapas del procedimiento ante la Corte.

Al respecto señala y hace referencia a que la Corte tuvo en cuenta tanto los “enfoques de la *tesis de derecho procesal* con énfasis en la facultad privativa de los Estados Partes y de la Comisión y la *tesis de derecho sustantivo* con énfasis en la condición de los individuos de titulares de los derechos consagrados en la Convención”.

Los párrafos pertinentes de la sentencia (153-154-155) de acuerdo con lo manifestado por el juez Cançado permiten señalar que con toda prudencia la Corte ha dado un paso en la dirección reivindicada por los

ii. 1500 euros más cualquier otra cantidad que pudiera ser debida a título de impuestos, para gastos y costas,

b) que a partir de la expiración de dicho plazo y hasta el pago, estas cantidades se incrementarán por interés simple a una tasa igual a la de facilidad de préstamo personal del Banco Central europeo aplicable durante este período incrementado en tres puntos, 5. desestima por unanimidad la demanda de satisfacción equitativa en cuanto al resto.

Hecho en francés e inglés y después leído en sentencia pública en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo, el 18 de febrero de 2009.

individuos peticionarios sin perjuicio del derecho de defensa del Estado demandado y sin menoscabo del relevante rol de la comisión en el curso del procedimiento contencioso; se ha preservado plenamente el principio del contradictorio, el Estado demandado ha podido ejercer ampliamente su derecho de defensa y se ha preservado el rol de la Convención como guardiana del interés público.

Asimismo el importante paso dado por la Corte a favor de los individuos peticionarios *tesis de derecho sustantivo*, reconociendo el Dr. Cançado que “siempre subsistirá diferencia de enfoque entre ambas tesis, no obstante el reconocimiento de la subjetividad jurídico internacional de la persona humana conlleva asumir sus consecuencias jurídicas y en este sentido reconocer que son los propios peticionarios quienes mejor que nadie pueden evaluar qué derechos han sido presumiblemente violados”.

Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez: El juez se permite aclarar que no ha habido violación del derecho a la propiedad de los pensionistas por cuanto hay que considerar la conducta del Estado en su conjunto. Y en este caso los tribunales peruanos emitieron resoluciones de garantía para asegurar los derechos de los pensionistas que finalmente la administración se abstuvo de complimentar por un prolongado período, por lo que considera que de esta justificada inobservancia deriva el quebrando al derecho de propiedad asociando ambas violaciones, la del artículo 21 con el del artículo 25 de la Convención.

Con relación a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que habíamos señalado volveríamos a comentar, el juez García Ramírez expresa que es un tema todavía novedoso para la jurisdicción interamericana y que la propia Corte todavía no ha podido pronunciarse acerca del sentido que posee esta progresividad contemplada en el art. 26 de la Convención y también en el Protocolo de San Salvador.

Reitera que la Corte ha manifestado que la progresividad de los derechos de referencia se debe medir “en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión, en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social”, considerando entonces la vinculación que ha quedado evidenciada en este fallo del movimiento progresivo de los derechos referidos y su proyección sobre el conjunto de la población y fundamentalmente el carácter de equidad social que debe caracterizar esa progresividad.

Postura que tiene otro enfoque en el voto razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, quien comparte la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el art. 26 en análisis pero no el argumento.

Para este juez, el razonamiento según el cual “sólo sería procedente someter al test del art. 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población no tiene asidero en la Convención porque entre otras razones la Corte Interamericana no puede ejercer una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos tanto de los civiles y políticos como de los económicos sociales y culturales”.

“El tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas sin que la convención exija que éstas tengan que alcanzar determinado número”.

Consideraciones finales

Podemos señalar aspectos comunes tenidos en cuenta en los fallos señalados que han tratado y considerado este tema tan sensible como es el de la jubilación o pensión, donde prácticamente se ha priorizado el derecho de los demandantes a su percepción sin desmedro alguno de su monto.

Los artículos de la Convención Americana sobre los que giran ambos casos son básicamente los mismos, entre ellos el art. 1.1 obligación de respetar los derechos; el art. 2 deber de adoptar disposiciones de derecho interno, el art. 25 referido a la protección judicial, los arts. 21.1 y 21.2 derecho de propiedad, el art. 26, desarrollo progresivo, el art. 63.1 competencia y funciones de la Corte.

El reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del gobierno allana el camino y flexibiliza el accionar de la Comisión quien *ab initio* propicia negociaciones pertinentes entre las partes tendientes a alcanzar un acuerdo.

A su vez, este reconocimiento de responsabilidad es considerado por la Corte como una contribución al desarrollo y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana.

El caso citado en segundo lugar, “Cinco Pensionistas”, es el primer caso enteramente desarrollado a partir del nuevo Reglamento.

El hecho de atribuir la violación al Estado Parte compromete la responsabilidad del Estado, quien además de cesar el ilícito se le ha generado la obligación de reparar.

Otro aspecto destacable es la obligación directa que le cabe a un Estado que ha ratificado un tratado de Derechos Humanos de generar en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas, implicando la adopción de medidas que han de ser efectivas.

En el tercer caso también se hace referencia a la responsabilidad internacional, destacando que la base es un acuerdo internacional en materia de seguridad social, esta noción de responsabilidad está estrechamente vinculada con la noción de jurisdicción del Estado.

La prohibición de discriminación consagrada por el art. 14 del Convenio se aplica más allá de los derechos y libertades que el Convenio y sus Protocolos obligan a garantizar a cada Estado alcanzando e incluyendo los derechos adicionales pertenecientes al campo de aplicación general de todos los artículos del convenio.

Es destacable en este caso lo señalado por la demandante quien confía en el principio de equidad del Tribunal aplicable para dimensionar pecuniariamente el daño moral por ella alegado.

Volviendo a la Convención Interamericana, el art. 26 referido a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales muestra cierta dificultad a la hora de ser valorado su alcance y desarrollo por cuanto la Corte falla sobre determinados y concretos derechos violados.

Como conclusión, podemos señalar la importancia y reconocimiento que ha adquirido el derecho a la jubilación (pensión) tal como lo señala el juez Cançado Trindade quien expresa al respecto: *“este derecho se ha incorporado al patrimonio personal como contraprestación del poder público por los años de trabajo y contribución social prestados por el individuo y que no puede ser afectado por alteraciones legislativas (o de otra índole) subsiguientes, con consecuencias confiscatorias”*.

En el primer caso comentado, la Corte deja establecido que en su concepción el concepto de propiedad determina que el derecho a la propiedad se refiere también al uso y goce de bienes materiales apropiables o intangibles, ello también establecido en su propia jurisprudencia como en de otros tribunales en particular la Corte Internacional de Justicia al referirse al Caso Intereses de la Alta Silesia.

Ello demuestra, tal como lo señalara el profesor Héctor Gros Espiell, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido y tiene en cuenta en su jurisprudencia la de la Corte Internacional de Justicia tanto en su competencia contenciosa como consultiva.

EL CASO APABLAZA Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES ARGENTINO-CHILENAS *

*Diego García Montaña***

Sumario: I. Introducción. II. Dictamen del Procurador General de la Nación Argentina, refutando los argumentos del Juez Federal que entendiera en Primera Instancia. II.a. El Estado chileno habría afectado las garantías constitucionales de Apablaza. II.b. La prueba ofrecida por el Estado chileno sería insuficiente. II.c. En Chile, y a pesar del retorno a la democracia, subsistiría un Estado de Terror. II.d. Qué debe entenderse por “delito político”. II.e. Las conclusiones del Procurador. III. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. III.a. El requerimiento de la Corte ante las demoras de la CONARE. III.b. El fondo de la cuestión. IV. Algunos aspectos del *dossier* de la CONARE. V. Marco normativo en torno a los refugiados. VI. Conclusiones.

I. Introducción

“La predecible decisión del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner de no conceder a Chile la extradición de Sergio Galvarino Apablaza Guerra, alguna vez el máximo dirigente del Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR), ha dañado seriamente la relación bilateral. A tal punto que el propio presidente chileno, Sebastián Piñera, la calificó sin rodeos de ‘retroceso para la causa de la justicia y de los derechos humanos’... Cabe preguntarse, finalmente, con qué autoridad moral podrá a partir de ahora

* Artículo recibido el 8 de octubre de 2011 y aprobado para su publicación el 15 de diciembre de 2011.

** Abogado. Profesor de Derecho Internacional Público y Adscripto de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Derecho Internacional Público y de Ciencia Política en la Universidad Blas Pascal. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

la presidenta Cristina Kirchner reclamar la extradición de los iraníes acusados por el grave atentado contra la sede de la AMIA...”¹.

Así de claros y directos suenan los conceptos vertidos en la nota editorial de uno de los diarios pioneros de la Argentina.

El denominado “Caso Apablaza” ha provocado una fisura en las relaciones bilaterales con nuestro vecino país y su impacto final, tal vez no lo podamos apreciar en el corto plazo.

Es que cuando el máximo Tribunal argentino, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 14 de septiembre del 2010 dio a conocer su fallo², declarando procedente la extradición de Apablaza, no parecía muy auspicioso que unos pocos días después, un organismo dependiente del poder político vernáculo, la Comisión Nacional para los Refugiados (en adelante CONARE), le concediera estatus de refugiado a Apablaza, cerrando así las posibilidades de extraditarlo.

En el presente trabajo analizaremos el dictamen del Procurador General de la Nación en torno al caso³; el mencionado fallo de la Corte; el *dossier* que a través de la prensa se ha conocido acerca de los motivos de la CONARE para denegar la extradición; el marco normativo en torno al asunto y, finalmente, algunas reflexiones a modo de conclusión.

II. Dictamen del Procurador General de la Nación Argentina, refutando los argumentos del juez federal que entendiera en primera instancia

Inicia el Procurador su escrito haciendo una reseña de los hechos por los cuales Apablaza era requerido en Chile, como supuesto autor: “*El 1º de abril de 1991, a la salida de la Universidad Católica de Chile, dos individuos interceptaron el automóvil en el que se encontraba Jaime Guzmán Errázuriz, senador de la República de Chile y profesor de Derecho Constitucional, y le efectuaron varios disparos con sendas armas de fuego, provocándole la muerte.*”

¹ Diario *La Nación* de Argentina, 5 de octubre del 2010.

² Ver: www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc/jsp

³ Véase: www.mpf.gov.ar/dictamenes/2006/righi/a_g_galvarino_a_1579_1_xli.pdf

Cinco meses después, el 9 de septiembre, alrededor de las 21 horas, Cristián Edwards del Río, hijo del dueño del periódico El Mercurio, fue encañonado, encapuchado y amarrado por un grupo de cuatro personas... se lo mantuvo cautivo casi cinco meses, hasta el 1 de febrero de 1992, fecha en la cual fue liberado, tras pagarse por su rescate un millón de dólares estadounidenses”.

Luego, hace un resumen de los argumentos esgrimidos por el Jgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11, quien rechazara la extradición en primera instancia.

Según el Procurador, los argumentos del juez fueron: 1) Que Chile había afectado las garantías del debido proceso, toda vez que la extradición fue dictada sin que el requerido hubiera sido oído; 2) Que las pruebas aportadas por Chile eran insuficientes; 3) Que los delitos endilgados a Apablaza eran de naturaleza política, y por lo tanto, no extraditable según la Convención sobre Extradición de Montevideo 1993.

La contestación del Procurador a lo manifestado por el *a quo*, se puede sintetizar tal como lo señalamos a continuación.

II.a. El Estado chileno habría afectado las garantías constitucionales de Apablaza

Respecto del primer punto, acerca de que la decisión de someter a proceso a Apablaza fue dictada sin la previa indagatoria del requerido, responde: “... *se advierte su impertinencia*”, porque lo que reza la Ley 24767 de Cooperación Internacional en Materia Penal, es que: “*la extradición no será concedida...d) Cuando la condena (subrayado del original), se hubiese dictado en rebeldía y el Estado no diese seguridades...*

En suma, la decisión que no es posible dictar sin que el requirente sea escuchado previamente... es la sentencia de condena y no, como pretende el magistrado, cualquier resolución...no puede predicarse de una resolución de la naturaleza de la que aquí se considera -como principio, interlocutoria- toda vez que al persistir el proceso, el imputado todavía tiene oportunidad de declarar y defenderse. En efecto, la decisión del magistrado chileno que se impugna es -tal como se dice- al solo efecto de requerir la extradición...”.

II.b. La prueba ofrecida por el Estado chileno sería insuficiente

Con relación al punto 2, relativo a la entidad y la calidad de la prueba ofrecida por el Estado chileno, el Procurador argumenta: “*Es pacífica y conteste la doctrina de la Corte según la cual, las cuestiones en torno a la validez de la prueba o de los actos procesales, deben ventilarse donde se realiza el juzgamiento y no en el proceso de extradición (Fallos: 324:1694)... ‘el proceso de extradición posee singulares características ya que no constituye un juicio en sentido estricto’... (Fallos: 323:1755)”.*

Un tópico sumamente importante a nuestro entender y relacionado con este punto, se da cuando el Procurador sostiene que la normativa interna (del Estado Argentino), no puede agregar requisitos no incluidos en el acuerdo internacional, “... *pues de esta manera se afectaría el principio pacta sunt servanda y las reglas de interpretación fijadas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículos 26, 31 y 32).*”

Pues bien, decimos que este tópico resulta de importancia, ya que en materia internacional, el principio *pacta sunt servanda* (los tratados han de cumplirse ⁴), es un principio general y fuente principal del Derecho Internacional ⁵.

Agrega el Procurador: “*Y si la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal exige que el Estado requirente aporte una explicación de los motivos..., es porque la ley presupone la inexistencia de tratado bilateral con el Estado reclamante... Distinto es entonces, el*

⁴ “*Esta afirmación, que tan natural se estima hoy, constituyó en su momento una revolución jurídica frente al rígido formalismo contractual romano, que sólo reconocía acción procesal a ciertos pactos, mientras los restantes,... los pactos nudos, quedaban entregados al espontáneo cumplimiento de las partes que los hubieran concertado*”. CABANELLAS, G., *Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*, Buenos Aires, Heliasta, 1972, pág. 194.

⁵ Dice el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “*I. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales... b. la costumbre internacional... c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas...*”.

*caso... de la República de Chile, país fronterizo con el que mantene-
mos una larga relación fundada... en la mutua relación de confian-
za existente”.*

III.c. En Chile, y a pesar del retorno a la democracia, subsistiría un Estado de Terror

Vinculado con el tercer aspecto del razonamiento del juez federal, relativo a que aun con posterioridad al retorno de la democracia en Chile, seguiría subyacente un Estado de Terror, y que constituye la pre-
misma mayor del argumento del *a quo*, según el Procurador; estos argu-
mentos se caerían por su propio peso, atento a que: “... dentro de su
*actual realidad institucional, Chile no necesitaría acreditar que
aplicará con justicia la ley de la tierra (Fallos: 187:371), y mucho
menos, frente a la invocación de una tesis o hipótesis generaliza-
da, sin sujeción a demostración fehaciente en el caso concreto (Fa-
llos:324:3484)”.*

II.d. Qué debe entenderse por “delito político”

Probablemente el análisis acerca de qué debe entenderse como
“delito político”, es al que dedica mayor desarrollo el dictamen del Pro-
curador. Debemos recordar que el asunto es de importancia crucial, ya
que si el delito es considerado político, no puede procederse a la extra-
dicción del sospechoso.

*“Desde esta perspectiva, es preciso analizar el carácter de los
'delitos políticos'... la Convención de Montevideo de 1933 dispone,
en sus artículo 4, que la decisión acerca de si un determinado hecho
debe ser considerado político, corresponde exclusivamente al Esta-
do requerido... el a quo argumentó, para negar la extradición, que
los hechos imputados a Apablaza Guerra, constituyen delitos políti-
cos. La sentencia llegó a esa conclusión mediante un razonamiento
que aprecio contradictorio. En efecto, se afirma -con cita de
Francesco Carrara- que es imposible encontrar una definición sa-*

tisfactoria del concepto de 'delito político'. Pero a pesar de este escepticismo inicial... se concluye en la sentencia que los delitos... fueron, efectivamente, políticos”.

Luego, el Procurador aclara que de los dos hechos imputados a Apablaza, el secuestro de Edwards resulta más fácil de demostrar, en el sentido de que nunca podrá reportarse como delito político.

“La Ley 24767 (Cooperación Internacional en Materia Penal), no contiene en realidad, ninguna definición positiva del concepto de delito político, sino que presenta criterios de exclusión... En efecto, el artículo 9 dice que no se considerarán delitos políticos...; f) Los actos de terrorismo...; g) los delitos respecto de los cuales la República Argentina hubiera asumido una obligación convencional de extraditar o enjuiciar.

El inciso g de la norma citada es especialmente relevante, porque respecto de los hechos de secuestro, la República Argentina ‘ha asumido una obligación internacional de extraditar o enjuiciar’, conforme surge de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes...

“Conforme lo expuesto, cuando los hechos queden subsumidos en la Convención de derecho internacional citada, la calificación de delito político como impedimento para el extrañamiento resulta inviable toda vez que ‘los delitos previstos en el artículo 1 (de la Convención) se considerarán incluidos en los delitos que dan lugar a la extradición...

En síntesis, el secuestro de Cristian Edwards del Río no puede ser considerado un crimen político, dado que se verifica la excepción prevista...”.

Seguidamente, el Procurador intenta brindar un concepto sobre qué debe entenderse por delito político. *“... podrá apreciarse que esa categoría -aun cuando sea de difícil definición- sigue parámetros propios, es decir, lo que sea un delito político, depende de criterios materiales autónomos”.*

Para echar un poco de luz sobre estos conceptos difusos, el Procurador analiza los criterios seguidos por la doctrina y jurisprudencia internacional.

“Una primera definición podría consistir en describirlos como aquellos delitos que solamente violan el orden político de un estado, más concretamente, los delitos que atacan la forma de gobierno, la organización y el funcionamiento de los poderes políticos y los derechos políticos de los ciudadanos...

La noción moderna del delito político es el resultado de una evolución por la cual, lo que antiguamente era considerado como especialmente pernicioso..., pasó a ser considerado merecedor de una especial lenidad... La idea de que aun las concepciones más radicales debían ser toleradas porque podrían contener importantes motores para el progreso... Además, cuando un prototípico delito político tenía éxito, la consecuencia podía ser que el autor se convirtiera en una figura capital del nuevo régimen; en ese caso, lo que era un delito, pasaba a ser considerado un acto heroico... Productos de esta evolución fueron, por ejemplo, la prohibición contenida en nuestra Constitución Nacional, de la pena de muerte para los delitos políticos, y el creciente desarrollo de la protección contra la extradición...”.

Retomando el concepto de delito político, el Procurador aclara que desde el punto de vista doctrinario hay dos corrientes, una subjetiva y otra objetiva. La primera, tiene en cuenta sobre todo, los motivos del autor y es la posición de la Escuela Positiva Italiana; la segunda hace hincapié en si el hecho ataca realmente a la forma de gobierno o a los poderes públicos, y parifica: “*Un homicidio, por ejemplo, con el cual el autor cree o pretende atacar un gobierno, no puede ser tratado con las reglas más leves que se aplican al delito político, sólo porque el contenido de la voluntad del autor sea político*”.

Respecto del criterio subjetivo, hace la siguiente crítica: “*Por supuesto que la subjetividad del autor podrá en algunos casos, tener una influencia en la determinación de si, en el caso concreto, el hecho llevado a cabo puede tenerse por delito político. Pero la categoría se define por la clase de bienes jurídicos atacados... debe tenerse en cuenta que los ataques al sistema político...en la mayoría de las ocasiones comprende o se manifiesta a través de delitos que de por sí son comunes*”.

Lo que sucede, es que los delitos políticos pueden ser complejos o conexos. “*La primera categoría trata de los casos en los que el mismo hecho implica al mismo tiempo una lesión del orden político y de la ley penal ordinaria. La categoría de los delitos políticos conexos está conformada por aquellos delitos que siendo comunes, son cometidos en un contexto de ejecución de otros hechos que se subsumen en la categoría, como por ejemplo, el robo a una armería por parte de insurgentes políticos...*”.

El Procurador, para afianzar su postura jurídica, recurre a un estudio de los denominados: “... *test más importantes para determinar objetivamente cuándo un hecho, que prima facie lesiona un derecho común... constituye un delito político complejo o conexo*”.

En primer lugar se ocupa del denominado “Test de la Incidencia Política”, seguido por los tribunales de Estados Unidos y de Gran Bretaña: “*El test, según ha sido interpretado posteriormente por la doctrina, consistió en probar si se daban las dos siguientes características: primero, debe existir un conflicto real entre dos bandos o fuerzas armadas y, segundo, el hecho debe formar parte de un conflicto en desarrollo*”.

En segundo término, examina el “Test Político Objetivo”, al que adscribe la jurisprudencia francesa y cuya nota distintiva es la falta de consideración de la motivación del autor: “*El único parámetro consiste en determinar si el hecho afecta objetivamente la organización política del Estado*”.

Creado por los tribunales suizos, el llamado “Enfoque del Motivo Predominante”, basa su argumento en la necesidad de que se cumpla con tres requisitos: “... *el hecho debe ser cometido durante la preparación o la comisión de un delito político puro..., en segundo lugar, debe haber una conexión directa entre el hecho y el objetivo político perseguido...; y tercero, el grado del ilícito común debe estar en una relación de proporcionalidad con el objetivo político perseguido*”.

Por último, agrega algunos antecedentes de la historia política argentina que han sido objeto de diferentes resoluciones por parte de la CSJN, uno de los cuales, Fallos 21:221 “... *se registra el dictamen del Procurador General, doctor Eduardo Costa, acerca de la categorización como delitos políticos de los hechos cometidos en la rebelión llevada a cabo en 1876 por Ricardo López Jordán...*

Así, en aquel dictamen, ... puede leerse: ... ‘Ninguno de los hechos de que se hace cargo a López Jordán reviste los distintivos esenciales que caracterizan los delitos comunes’... nuestra Constitución contiene una excepción que no es posible olvidar por un momento. En las mismas condiciones se encuentra el asesinato del General Urquiza”.

Ya entrando en el siglo XX, el Procurador actual recoge más antecedentes. Se trata en el primer caso, del fallo de la Cámara Federal de La Plata, del 24 de noviembre de 1910, publicado en fallos: 115:312, en don-

de, “... se establece un criterio delimitador preciso. En efecto, este tribunal sostuvo que para que el delito común conexo al delito político esté teñido de la característica política,... no puede tratarse de delitos comunes que sean innecesarios para conseguir el objetivo político que se perseguía...”.

Finalmente, explica el Procurador que en la segunda mitad del siglo XX, los sectores que disputaban el poder, en muchos casos, tuvieron una organización difusa o estuvieron compuestos por distintos grupos no necesariamente coordinados entre sí: “De esta manera, delitos cometidos en ámbitos políticos, sociales y gremiales, a pesar de no tener la característica de organización centralizada que tenían las rebeliones del siglo XIX, ocurrieron, sin embargo, en un contexto objetivo de confrontación con los ocupantes de los gobiernos, y ello en persecución clara de un objetivo político que se encontraba a real alcance”.

II e. Las conclusiones del Procurador

Luego del extenso examen, del que hemos tomado nota parcialmente, el Procurador emite sus conclusiones, las que desde nuestra perspectiva y por todo lo analizado anteriormente, son irrefutables. Leamos sus conceptos: “Como puede apreciarse, si se analiza el homicidio de Jaime Guzmán Errázuriz, no se comprueba que pueda clasificarse el hecho en la categoría de delito político...”

En efecto, más allá de que el homicidio... habría sido organizado y perpetrado por la organización Frente Nacional Manuel Rodríguez, no surge ya de las circunstancias objetivas que ese acto atacara directamente a la forma de gobierno, al funcionamiento de los poderes políticos ni que fuera un acto de disputa de la organización del gobierno ni del poder...

De la lectura del expediente se desprende más bien que el hecho fue una especie de represalia por la participación de Guzmán Errázuriz en el gobierno de Pinochet...

Por lo demás, la mera condición de Senador que tenía la víctima, no es capaz por sí sola de transformar el delito en político; un criterio de ese tipo no se halla en ninguna doctrina ni jurisprudencia...

cia reconocida...el homicidio de Guzmán Errázuriz no ocurrió en el contexto de la existencia de una disputa por carriles no institucionales...

En segundo lugar, el test desarrollado por la jurisprudencia francesa tampoco arroja un resultado positivo. En efecto,... el hecho de ninguna manera afectó la organización política del Estado chileno... Particularmente, es palmaria la falta de relación entre el hecho y un delito político puro; más aun, el homicidio de un Senador como hecho aislado y único de oposición... aparece fuera de proporcionalidad respecto de una supuesta meta revolucionaria eventualmente perseguida... En síntesis, en el caso de Chile,... lo cierto es que existía un gobierno de jure... En conclusión, la calificación del hecho como delito político debe ser negada.

Por todo lo expuesto, corresponde revocar la sentencia en todo cuanto fuera materia de apelación. Buenos Aires, 8 de febrero de 2006. ESTEBAN RIGHI”.

III. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

El mencionado fallo, que lleva fecha 14 de septiembre del 2010, consta de 21 considerandos. Nosotros nos limitaremos a echar un vistazo a sus aspectos más sobresalientes.

Los primeros tres son un recuento tanto de los hechos, como de los recursos presentados por las partes.

III.a. El requerimiento de la Corte ante las demoras de la CONARE

En el considerando 4, es digno de mencionar un asunto de interés: Que mientras se tramitaba la causa en primera instancia, el 1ero. de diciembre del 2004 Apablaza comenzó los trámites para solicitar refugio en la Argentina.

Que, a pedido de la Corte, la presidente del CEPARE (hoy CONARE), informó el 13 de julio del 2007, que el expediente estaba a esa fecha “... *en etapa de análisis de los antecedentes y pruebas adjuntadas*”. (Considerando 5 del fallo).

Que por todo ello, la CSJN decidió que correspondía suspender el trámite, hasta tanto mediara decisión firme respecto del refugio (Considerando 6).

Que mediante oficio del 21/12/09, el presidente de la ahora CONARE, Federico Agusti, hizo saber que la solicitud de refugio se encontraba pendiente de resolución por parte de la CONARE (Considerando 8).

Ante este estado de situación dilatoria, la Corte manifiesta: *“Que, en tales condiciones, el mantenimiento de la suspensión dispuesta, ... más allá del plazo ya transcurrido y a la espera de la resolución firme que se adopte en un trámite de refugio que a más de 5 (cinco) años de iniciado no tiene decisión... conduciría, en las circunstancias del caso, a prolongar sine die la resolución sobre extradición.*

Ello con riesgo de comprometer severamente... tanto del interés del Estado requirente en el juzgamiento de todos los delitos que son de su competencia... como del interés del interés común de los Estados requerido y requirente en el respeto estricto de las reglas que rigen la extradición entre ellos” (Considerando 10).

Es por ello que en el considerando 11, la Corte entiende necesario reanudar el trámite. *“Ello sin perjuicio de que mantenga incólume, para la etapa final a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, la obligación del ‘non refoulement’, que consagra el artículo 7 de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado 26.165”.*

III.b. El fondo de la cuestión

Entrando al fondo del asunto llevado para resolver, la CSJN deja sentado que la normativa aplicable al caso es la Convención Interamericana sobre Extradición, de Montevideo 1933, aprobada por la R.A. por ley nacional 14467. *“... que, en lo que constituye materia de agravio, consagra que ‘El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición:... e) Cuando se trate de delito político o de los que le son conexos. Nunca se reputará delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado o de sus familiares (artículo 3º)’”* (Considerando 12 del fallo).

“Que cualquiera sea el criterio que se adoptara para definir un delito como político, esta característica de ninguna manera se exhibe en la especie” (Considerando 14).

“Que, en efecto, la materialidad de los hechos -homicidio agravado y secuestro extorsivo- una de cuyas víctimas revestía la condición de funcionario del Estado, no permite suponer, per se, que se trate de un delito de aquella naturaleza” (Considerando 15).

“Que ello es suficiente para afirmar que hechos de esta naturaleza, son ajenos a la tradicional noción de delito político, cuyo trato favorable desde el punto de vista de la extradición, se funda en la circunstancia de que esta clase de infracciones lesionan exclusivamente el régimen interno de los gobiernos y encuentran su inspiración en móviles altruistas” (Considerando 16).

“Que como el Tribunal también recordó en Fallos: 265:219, el derecho de gentes ha ido progresivamente negando un trato favorable inclusive a aquellas acciones que, aun siendo atentatorias contra el régimen de un gobierno, ello no obstante revisten el carácter e crímenes graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común...” (Considerando 17).

“Que, en lo que concierne a la esfera internacional del requerido, es de destacar que Apablaza Guerra, al declarar en oportunidad de llevarse a cabo el juicio, no formuló la más remota alusión de que hubiera obrado bajo la influencia de una motivación política... Fundamentación, la precedente, suficiente para desestimar los argumentos desarrollados por su defensa” (Considerando 18 del fallo).

En el considerando 19, la Corte manifiesta que, en tales condiciones, deviene en inoficioso entrar en las demás consideraciones planteadas por las partes.

Respecto de la improcedencia del pedido del Estado chileno y del Procurador, decretado por el juez de primera instancia, la Corte dice: *“... el a quo fundó la improcedencia del pedido, cabe señalar que el tratado aplicable exige que la solicitud de extradición se acompañe con ‘una copia auténtica de la orden de detención, emanada del juez competente’ (artículo 5.b.) y que, en ese marco normativo, cumplen con el recaudo señalado las piezas acompañadas mediante las cuales se dispuso la detención de Apablaza Guerra” (Considerando 20).*

“Que por último y respecto de los reparos fundados en que la imputación está dirigida a Apablaza Guerra como ‘autor mediato o intelectual’, cabe señalar que los términos del planteo, remiten al examen de cuestiones que conciernen al fondo del proceso extranjero y que han de dilucidarse en esa sede, ya que el trámite de extradición no constituye un juicio en sentido propio” (Considerando 21).

Finalmente, la Corte resolvió reanudar el trámite suspendido, hacer lugar a los recursos de apelación, revocar la resolución apelada y declaró procedente la extradición de Apablaza Guerra.

IV. Algunos aspectos del *dossier* de la CONARE

La ley 26.165 de Reconocimiento y Protección al Refugiado, dice en su art. 48: *“Toda información relacionada con la solicitud de la condición de refugiado tendrá carácter estrictamente confidencial. A ese fin, la Comisión deberá dar las instrucciones del caso a las autoridades nacionales interesadas, en particular con relación a comunicaciones con las autoridades del país de nacionalidad o residencia habitual del solicitante”*.

A pesar de la expresa prohibición establecida por la ley, sin embargo, han trascendido por diversos medios de comunicación algunos de los aspectos por los cuales la CONARE decidió otorgarle el refugio a Apablaza Guerra.

Nosotros hemos tomado como fuente al diario La Tercera de Chile⁶, que en su edición del 3 de octubre del 2010 y bajo el título: *“La bitácora de las Casa Rosada para negar la extradición”*, diera a conocer algunos puntos del denominado *dossier*.

Hecha la salvedad entonces de que se trata de una información periodística y no jurídica, atento la confidencialidad de las actuaciones, reproduciremos los párrafos más interesantes.

1) *“Todos los antecedentes apuntan a que de antemano había una decisión política de negar la extradición. En ninguno de los textos se desarrollan argumentos favorables a la posición del Estado chileno. Se mencionan para ser cuestionados o rebatidos”*.

⁶ www.latercera.cl

2) *“Los fundamentos de la decisión se concentran en las violaciones a los derechos humanos de Apablaza cuando estuvo detenido en Chile tras el golpe militar de 1973, enfatizando que sufrió detención ilegal, tortura y exilio. Se destaca que sufrió secuelas físicas y psicológicas y se sostiene que, por ese motivo, no estaría en condiciones de enfrentar un juicio en Chile. Se omiten las actividades violentistas de Apablaza como jefe del FPMR y se busca atribuir el asesinato del senador Jaime Guzmán y el secuestro de Cristián Edwards a ‘descolgados’ del grupo subversivo que dirigía”.*

3) *Se evita cualquier referencia que ponga en tela de juicio la vigencia de un sistema democrático y del Estado de Derecho en Chile”.*

4) *“El informe técnico de la CONARE descarta que el asesinato de Guzmán sea un acto de terrorismo y,... cuestiona que existan presunciones fundadas sobre su responsabilidad. Para justificar esa tesis se sostiene que al momento del crimen, el FPMR estaba en gran dispersión”.*

5) *“Se busca destacar que en la decisión final participó el ACNUR... La Casa Rosada contaba con el apoyo de ese organismo”.*

6) *“Se hace hincapié en la confidencialidad del proceso: no se divulgan los nombres de los representantes de los ministerios que tomaron la decisión ni tampoco del ACNUR”.*

En otro apartado del informe periodístico que venimos reseñando, se señala:

“El informe técnico de la secretaría de la CONARE, de 36 páginas, expone las razones para conceder el refugio a Apablaza...”

‘La prueba recabada... no alcanza el umbral requerido para la aplicabilidad (de la norma para negarle el refugio)...’.

‘Se requiere al menos de razones serias que justifiquen la suposición (de autoría del delito); la simple sospecha no basta’.

‘El informe pericial aportado por la defensa (dice que Apablaza sufre) inseguridad, sueños en los que se siente perseguido, sensación de que todo ha sido muy reciente, reacciones de sobresalto e hiperalerta cuando alguien corre detrás de él o cuando escucha gritos’.

‘Existe cierto consenso acerca de que los actos terroristas desconocen los límites territoriales y constituyen una amenaza para la

paz y seguridad del mundo. El asesinato de Guzmán, si bien de clara repercusión en Chile, no afectó a la comunidad internacional’.

El abogado de Apablaza afirmó: ‘El Estado chileno no tiene ningún argumento para justificar la extradición. El único elemento es ‘El Rodriguista’ (...) ¿De qué modo el Estado chileno puede decir que esa publicación pueda vincularlo con las personas que llevaron adelante esos hechos?’.

‘(Apablaza dijo ante el juez Bonadío que): He escuchado las acusaciones y no tienen evidencia alguna, no la tienen porque no participé de los hechos’.

‘(El informe pericial de la defensa) concluyó que sobre un trastorno de personalidad asienta un síndrome postraumático compatible con el observado en personas que han sido objeto de torturas, agregándose a ello la incidencia de la prisión política, el exilio y la clandestinidad’.

‘La credibilidad queda establecida cuando el solicitante ha presentado una solicitud coherente y plausible’.

‘Si bien dicho temor (a la persecución), atendiendo a la situación actual de la República de Chile, parecería exagerado, las experiencias sufridas (por Apablaza), tendrían una entidad suficiente para calificar a este nuevo proceso, desde la óptica del peticionante, como persecutorio’.

‘No se dan indicios claros de la participación (de Galvarino Apablaza) en los delitos que se le imputan...’.

‘(Apablaza) tiene tres hijos de nacionalidad argentina, menores de edad, cuya unidad familiar podría ponerse en cuestión en caso de retornar el peticionante a su país de origen, sometiendo no sólo al peticionante sino también a su familia a una nueva separación’”.

V. Marco normativo en torno a los refugiados

Si nos hemos detenido en el análisis tanto del dictamen del Procurador, como del fallo de la CSJN, es porque creemos que ambos han dado razones más que suficientes para que la extradición de Apablaza se efectivizara.

Sin embargo, un organismo político, la CONARE, cerró toda posibilidad de enjuiciamiento a Apablaza en Chile.

Quisiéramos agregar solamente, algunas consideraciones valorativas acerca del marco normativo sobre la situación de los refugiados en la Argentina y en el mundo.

La Convención sobre el Estatuto de Refugiados (Ginebra, 1951), en su artículo 1.F, dice que: *“Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:... b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada...”*.

O sea, de acuerdo a lo dictaminado por el Procurador y a lo resuelto por la Corte, no caben dudas de que debería haberse aplicado esta normativa en el caso concreto; no así la CONARE.

El artículo 35 del mismo cuerpo normativo reza que: *“Los Estados contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas... y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención”*.

Por su parte, el artículo 38: *“Toda controversia entre las Partes de esta Convención, respecto de su interpretación o aplicación,... será sometida a la Corte Internacional de Justicia”*.

En el mismo sentido se expresa el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Con relación a los artículos transcritos, dos cuestiones: Primero, existe obligación por parte de los Estados sobre la vigilancia y cumplimiento de la Convención; esto quiere decir que ante un caso de delito común, deberán extraditar.

Relativo al segundo, el art. 38, creemos que Chile podría someter la cuestión ante la Corte Internacional de Justicia para que diera una opinión consultiva ante una hipotética controversia chileno-argentina; pero de ninguna manera la CIJ entraría en el fondo del caso Apablaza, ya que sólo resuelve los asuntos en los que se encuentran involucrados Estados y no personas.

Por su parte, la ley 26.165, de noviembre del 2006, en su art. 9.b. repite que no podrá concederse el refugio a quienes hayan cometido graves delitos comunes.

El art. 9.c. “*No le será reconocida la condición de refugiado a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:..., c) Que ha cometido actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas*”.

Una de las finalidades que ha retomado vigor en el seno de la ONU, sobre todo a partir de los episodios del 11/09 en Estados Unidos, es el combate al terrorismo y el no dar asilo o refugio a las personas que estén sospechadas de tales actos ⁷.

Por el art. 15, el reconocimiento de la condición de refugiado tiene el efecto de terminar cualquier procedimiento de extradición.

Si bien es la normativa vigente en la comunidad internacional, creemos que es una situación abusiva e ilegítima, ya que no toma en cuenta criterios de equidad. Es cierto que los Estados son soberanos, de allí el adagio *par in parem non habet imperium*, pero también es cierto que en materia de relaciones internacionales deberán evitarse situaciones que podrían resultar inequitativas para terceros Estados, tal el caso de Chile en el asunto que nos ocupa.

Por el art. 23, se establece que integrarán la Comisión (CONARE), con derecho a voz, pero no a voto: Un representante del ACNUR y uno de las Organizaciones no Gubernamentales que propendan a los fines de la ley.

A esta altura de la historia del siglo XXI, quien pretenda desconocer la militancia política de muchos de los representantes de estas ONG, seguramente estará actuando de mala fe o, en el mejor de los casos, tiene una ignorancia supina acerca de cómo se desenvuelven las relaciones internacionales modernas. El probable vínculo de afinidad ideológica tanto del ACNUR, como de las ONGS con los militantes como Apablaza no debe ser soslayado; y eso ya los convierte en organismos teñidos de parcialidad.

Por el art. 44, el solicitante de refugio tiene obligación de decir verdad y de aportar pruebas en torno a su caso.

El art. 46, es probablemente el más polémico: “*Para considerar probados los hechos bastará que existan indicios suficientes. Si no*

⁷ Tal el caso de la Res. 1373 (2001) del CdeS.

podiera recolectarse prueba directa, las autoridades, en su evaluación, podrán basarse... en la credibilidad del solicitante, en cuyo caso corresponderá aplicar el beneficio de la duda a su favor... ”.

Nos parece un despropósito que para probar los hechos, si no hay prueba directa, pueda resolverse la cuestión con tan sólo creerle al solicitante. Apablaza era un comprobado guerrillero antes, durante y después del régimen de Pinochet. ¿Puede ser creíble una persona que ha utilizado la violencia como método? Según los resultados vistos, éste parece haber sido el criterio, toda vez que a Chile se le endilga no haber probado (pruebas directas) suficientemente los hechos.

El art. 48 se refiere a la confidencialidad de las actuaciones, especialmente con las autoridades del país de nacionalidad o residencia del solicitante.

Como lo dijimos *ut supra*, podrá ser legal la norma, pero no es legítima. No se le puede cercenar a un Estado la posibilidad de acceder a una justicia equitativa. La norma debería prever algunas excepciones al menos.

El art. 49: “... *Las decisiones de la Comisión, concediendo o denegando el reconocimiento de la condición de refugiado, deberán contener los hechos y fundamentos legales que motivan tal decisión*”.

De qué le sirve al Estado chileno que las decisiones de la Comisión contengan los hechos y el fundamento legal, si al momento de querer conocer su contenido se apela a la confidencialidad, tornando la cuestión inviable.

El art. 54 dice que el procedimiento debe resolverse de la manera más expedita. Los más de cinco años para la resolución de la situación de Apablaza, demuestran lo contrario tal como lo manifestara la CSJN.

En la denominada *Guía de Información sobre la Solicitud del Estatuto de Refugiado en la República Argentina*”, se aclara que: “*No existe un plazo preestablecido en el que la CONARE deba decidir sobre una solicitud. No obstante, la resolución debe ser en un plazo razonable*”.

Finalmente, el art. 57 manifiesta que las disposiciones de esa ley, deberán ser aplicadas e interpretadas de acuerdo con los principios de los DD.HH., DIH y otras materias del Derecho Internacional.

No creemos que el gobierno argentino de la actualidad esté dando cumplimiento a esta norma. “*Cristina Kirchner concedió asilo político a alguien cuya extradición había autorizado la Corte Suprema. Dio la impresión de escuchar con mayor interés las recomendaciones de algunas organizaciones de derechos humanos que las de la justicia. Estas instituciones, tan cercanas al Gobierno, demuestran en este caso que su defensa de los derechos universales es selectiva. Abuelas de la Plaza de Mayo,... Familiares de Detenidos y Desaparecidos por Razones Políticas,... y Madres Línea Fundadora han pedido protección para Apablaza ‘por la persecución que existe en su país contra militantes’. Ni una sola palabra sobre el derecho de la familia Guzmán o de Edwards, a recibir justicia...*

*La Presidenta suele presentar a su administración como heredera de los movimientos insurgentes de la década del 70,... La señora de Kirchner no ha producido hasta ahora definición alguna acerca de los crímenes de aquellas organizaciones”*⁸.

VI. Conclusiones

Creemos que urge una reforma dentro del marco normativo de los refugiados. No es posible hablar de Estado de Derecho y que una decisión de una Comisión política, dé por tierra con fallos y dictámenes de los más altos estrados del sistema judicial argentino.

Nos parece que el sistema del *aut dedere aut judicare*, (extraditar o juzgar) encuentra una exagerada limitación en los casos del otorgamiento del refugio.

Apablaza mismo reconoció que su accionar no respondía a motivos políticos, por ende debió ser extraditado. Pero parece que la Comisión no tuvo en cuenta ese punto.

La gran pregunta es saber si existiría la posibilidad de que el caso sea vuelto a estudiar y que Apablaza pueda ser extraditado. Un grupo de parlamentarios chilenos está procurando ante organismos internacionales, que sea revertida la situación actual.

⁸ Diario *La Nación* de Argentina, 10/10/10.

La reconocida internacionalista Zlata Drnas de Clément en un reciente artículo en torno al asunto ⁹, ha dicho: “... *el caso Apablaza es político (y que) difícilmente se llegue a una instancia de trámite judicial internacional por este tema a los Tribunales, como la Corte Interamericana, Chile no puede ir porque han sido creados solamente para que un individuo vaya contra su Estado por violación a los derechos humanos. Podría ir a la Corte Penal (de La Haya), pero sería extemporáneo porque la Corte no es retroactiva...*

Podría ir (Chile) a la Corte Internacional de Justicia, pero no hay un hecho que lo justifique...

Está mal dicho refugio; es asilo territorial. Ese asilo territorial es una decisión graciable de la jefa de Estado que le puede generar tensiones políticas, pero nada más”.

Efectivamente, la Corte Penal Internacional entró en vigor en el año 2002, y los delitos por los que se acusa a Apablaza sucedieron en el año 2001.

Por otra parte, difícilmente encuadrarían dentro del catálogo de crímenes que juzga dicha Corte.

A nuestro parecer, quizás un camino de solución se encontraría en la ya mencionada Guía de Refugiados donde se establece que: “*Por naturaleza, la condición de refugiado es temporal, es decir que se mantiene mientras duren las circunstancias que llevaron a una persona a huir de su país de origen. Al desaparecer estas circunstancias, la condición de refugiado puede cesar*”.

Si bien esta es sólo una posibilidad más, tal vez la solución para Chile, recién llegue cuando en la Argentina gobierne otro grupo político que califique a la democracia trasandina de modo más ecuánime.

Sobre este punto, y para cerrar nuestro trabajo, nos parece una contradicción calificar a la democracia chilena de modo tan peyorativo y sin ninguna prueba que abone tal postura; además de ser una intromisión en los asuntos internos de otros Estados, algo prohibido por el Derecho Internacional.

⁹ Diario *La Voz del Interior*: “Argentina, a las puertas de otro juicio internacional”, domingo 10 de octubre del 2010, pág. 14 A.

De acuerdo al Índice de Desarrollo Democrático en América Latina ¹⁰, que mide entre otros aspectos el respeto a los derechos políticos y libertades civiles, la calidad institucional y grado de eficacia política, el ejercicio del poder y la eficacia para gobernar, etc.; entre los años 2002 y 2009 Chile ha ocupado el primer lugar en seis ocasiones: años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2009; y ha ocupado el segundo lugar los años 2002 y 2008. O sea, Chile nunca ha bajado sino hasta el segundo lugar.

Por su parte, la Argentina cuyo gobierno actual se expide sobre la democracia chilena, ha ocupado el octavo puesto, año 2002; undécimo puesto, año 2003; noveno puesto, año 2004; sexto puesto los años 2006, 2008 y 2009; y quinto puesto en el año 2007.

Con semejantes estadísticas, las objeciones del gobierno argentino a la democracia chilena parecen irrisorias.

¹⁰ www.idd-lat.org.

CASO AL JEDDA c. REINO UNIDO
SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2011
GRAN SALA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS *

*María Cristina Rodríguez de Taborda ***

Sumario: 1. Hechos. 2. Reclamo. 3. Contexto histórico. 4. Proceso interno. 5. Prevalencia del artículo 103 de la Carta y de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre otras obligaciones convencionales. a. Tratamiento del conflicto normativo y de la responsabilidad internacional en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional. b. Tratamiento del conflicto normativo y de la responsabilidad internacional por la Corte Europea de Derechos Humanos. 6. Decisorio.

1. Hechos

El reclamante, Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda, es un ex jugador del equipo de basquetbol de Irak quien, al negarse a formar parte del partido baasista gobernante, decide emigrar en 1978. En 1992 arriba al Reino Unido donde solicita asilo y obtiene la residencia permanente. En 2000 se le otorga la nacionalidad británica.

En septiembre de 2004 parte con sus cuatro hijos mayores rumbo a Irak. El 10 de octubre de 2004 es arrestado en la casa de su hermana por fuerzas de ocupación americanas y luego conducido en un avión militar

* Artículo recibido el 28 de septiembre de 2011 y aprobado para su publicación el 12 de diciembre de 2011

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

británico a Basora (sector bajo administración británica en Irak) donde permanece internado hasta 30 de diciembre de 2007.

El internamiento se funda en razones imperiosas de seguridad en ese país, haciéndolo sospechoso de reclutar terroristas, facilitar el ingreso de un terrorista especialista en explosivos, colaborar en atentados contra las fuerzas de coalición en Falludjah y Bagdad y facilitar el contrabando de explosivos.

Entre el 10 octubre de 2004 y el 20 de diciembre de 2007 no fue abierto ningún tipo de proceso penal, pero su situación es examinada seguidas veces por comités militares de los miembros de la coalición y, casi al final de su detención, por una comisión conformada por representantes de los Estados ocupantes y del gobierno interino, a los que se sumó el embajador británico en Irak.

Mediante una resolución fechada el 14 de diciembre de 2007 el Ministerio del Interior británico declara la pérdida de la nacionalidad británica por motivos de interés general relacionados con las actividades terroristas ya citadas.

2. Reclamo

Al-Jedda acusa al Reino Unido de haber violado el artículo 5 de la “Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales” (CEDH) que prohíbe la privación arbitraria de la libertad en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;

c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se

estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;

d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;

e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

3. Contexto histórico

Bajo pretexto de haber violado resoluciones de las Naciones Unidas relativas a armas de destrucción masiva¹, su vinculación con el terroris-

¹ A partir de 1991 en adelante se impuso a Irak la obligación de desarme, pero fue la Resolución N° 1441 de 8 de noviembre de 2002 el principal fundamento esgrimido por

mo internacional y la inacción del Consejo de Seguridad el 20 de marzo de 2003 fuerzas armadas norteamericanas y británicas invaden Irak. A ellas se suman pequeños contingentes de Polonia, Australia y Dinamarca. El 8 de mayo de ese año crean la Autoridad provisoria de la ocupación con la función ejercer los poderes del Estado iraquí² y el país es militarmente dividido en cuatro zonas, quedando la sur bajo responsabilidad británica.

Con motivo de la ocupación de Irak y conforme a la Carta de las Naciones Unidas el Consejo de Seguridad aprueba tres importantes resoluciones:

- Resolución N° 1483 de 23 de mayo de 2003, la que da cuenta de la nota enviada por los representantes de los Estados Unidos y el Reino Unido que expresa que “reconocen los poderes, responsabilidades y obligaciones específicas” en tanto *potencias ocupantes* bajo un comando unificado en virtud del derecho internacional aplicable. Asimismo, le ordena conforme a la Carta y a las disposiciones pertinentes del derecho internacional promover el bienestar de la población iraquí, aplicar el derecho internacional, en particular, las Convenciones de Ginebra de 1949 y de La Haya 1907 y asegurar la protección de los derechos humanos. El 14 de agosto de 2003 se crea la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Irak (UNAMI en sus siglas en inglés) cuyo objeto sería el de colaborar en el proceso de elección de un régimen representativo en el país, proveer a la reconstrucción y a la ayuda humanitaria.

- Resolución N° 1511 de 6 de octubre de 2003, donde reitera la responsabilidad de la Autoridad provisoria hasta que un gobierno representativo internacionalmente reconocido asuma los plenos poderes en Irak y autoriza *todas las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad* en ese país. Solicita que -en nombre de la

estos países para justificar su conducta. Lo cierto es que, si bien contiene una amenaza al gobierno iraquí sobre graves consecuencias a las que enfrentaría por violar las disposiciones del Consejo de Seguridad sobre desarme, en ningún párrafo alude al uso de la fuerza. Recuérdese que fue la inteligencia británica la que entregó reportes falsos sobre la existencia de armas de destrucción masiva, circunstancia que los inspectores enviados por las Naciones Unidas no confirmaron.

² Llamativamente la Autoridad también comprendía una Oficina de Asuntos Humanitarios y Reconstrucción según un decreto emitido por ella misma, el 16 de mayo de 2003.

fuerza multinacional- el gobierno de Estados Unidos informe semestralmente acerca de los esfuerzos y progresos alcanzados. El 28 de mayo de 2004 el gobierno americano presenta un informe ante el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos donde indica que *las fuerzas británicas y americanas son jurídicamente responsables de los prisioneros de guerra y de otros detenidos bajo su custodia.*

- Resolución 1546 de 8 de junio de 2004, que establece que el 30 de junio de 2004 debe estar conformado un gobierno iraquí soberano, pero de carácter interno. Simultáneamente dispone que la ocupación finalice y deje de existir la Autoridad provisoria ³. No obstante esta orden aclara que, atento el pedido del gobierno transitorio iraquí de permanencia de las fuerzas multinacionales, autoriza a ésta a adoptar *todas las medidas necesarias para prevenir el terrorismo y la disuasión de actividades terroristas*, a fin que las Naciones Unidas pudiesen ejercer su rol de asistencia al pueblo en el proceso político y de reconstrucción ⁴.

Luego de esta última resolución la Autoridad provisoria publica un memorandum relativo a las condiciones de detención e internación, el que es similar al redactado en 2003 salvo por la referencia al supuesto *mandato* otorgado por las Naciones Unidas. Este documento fija que las personas no podrán ser mantenidas en arresto a menos que subsistiesen las razones imperiosas que dieron origen a su internamiento.

Para 2005 el Secretario General de las Naciones Unidas informa al Consejo de Seguridad sobre las condiciones de respeto de los derechos humanos, incluida la detención irregular de miles de personas (6000 de ellos por fuerzas multinacionales), las que no tendrían acceso a abogados y/o a tribunales, en total violación al derecho internacional. Al año si-

³ Fue efectivamente disuelta el el 28 de junio de 2004.

⁴ Resolución N° 1546 de 8 de junio de 2004. Punto 10: *“Decide que la fuerza multinacional estará autorizada a tomar todas las medidas que sean necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en el Iraq, de conformidad con las cartas que figuran como anexo de esta resolución y en las que se consigna, entre otras cosas, la solicitud del Iraq de que se mantenga la presencia de la fuerza multinacional y se describen las tareas de esta fuerza, en particular para la prevención y disuasión del terrorismo, de modo que, entre otras cosas, las Naciones Unidas puedan cumplir su función de ayudar al pueblo iraquí, enunciada en el párrafo 7 supra, y que el pueblo iraquí pueda ejecutar libremente y sin intimidaciones el calendario y el programa del proceso político y beneficiarse de las actividades de reconstrucción y rehabilitación”.*

guiente el mismo funcionario llega a manifestar que el internamiento constituye un acto arbitrario de detención de facto. La UNAMI se expresa en igual sentido en su informe de mediados de 2006, donde agrega que las resoluciones del Consejo de Seguridad, dictadas en virtud del Capítulo VII de la Carta, no establecen ninguna distinción entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

4. Proceso interno

En junio de 2005, Al-Jedda presenta una demanda de control judicial en el Reino Unido vinculada a su arresto y a la negativa de reingreso a ese país impuesta por el Ministerio de Defensa. El funcionario a cargo de esta repartición pública reconoce que, encontrándose detenido en un destacamento militar británico emplazado en Irak, Al-Jedda se halla bajo jurisdicción británica y que ello no se adecua a ningún supuesto permitido por el párrafo 1 del artículo 5 de la CEDH, pero agrega que esta disposición es inaplicable al caso en cuestión porque la Resolución N° 1546 del Consejo de Seguridad había autorizado dicho arresto y que conforme al derecho internacional (arts. 25 y 103 de la Carta de la ONU) esta decisión desplazaba la obligación impuesta por la normativa en materia de derechos humanos.

En su réplica a estas manifestaciones el reclamante aduce que el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas no tiene ninguna relevancia, ya que la referida resolución no había creado ningún tipo de obligación para el Reino Unido y que la Carta también imponía respetar los derechos humanos.

Las dos cortes británicas intervinientes (Tribunal Superior y Corte de Apelación, en 2005 y 2006 respectivamente) resolvieron no hacer lugar al reclamo, indicando que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas se hallan obligados por el artículo 25⁵ de la Carta, razón por la cual debían aplicar la resolución N° 1546 en concordancia con el artículo 103

⁵ Art. 25: “Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”.

y la práctica internacional y que ello llevaba a desplazar la CEDH respecto Reino Unido⁶.

Ante este desfavorable resultado, Al-Jeffa eleva la causa a la Cámara de los Lores, donde el Ministro de Defensa introduce otro elemento: por efecto de las resoluciones N° 1511 y 1546 del Consejo de Seguridad la detención del reclamante es imputable a las Naciones Unidas, motivo que también imposibilitaba la aplicación del artículo 5 de la CEDH. Hace mención el caso *Behrami c. Francia y Saramati c. Alemania, Francia y Noruega* (2007)⁷ donde la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que la responsabilidad no recaía en los estados demandados sino en las Naciones Unidas, ya sea porque las fuerzas puestas a su disposición revestían el carácter de órgano subsidiario o por la delegación de poderes por parte de la organización internacional, de tal suerte que hubo de declarar inadmisibile la demanda.

La mayoría de los integrantes de la Cámara británica considera que debía tenerse en cuenta el artículo 5 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales por hechos ilícitos y recuerda el razonamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos en el asunto *Behrami*. Sostienen que luego de mayo de 2003 las Naciones Unidas intervienen a los efectos de la ayuda humanitaria y la reconstrucción de Irak (Res. N° 1483 y 1511 del CS) y que si bien la Resolución N° 1546 de 2004 da a las fuerzas de ocupación el poder de tomar medidas para la seguridad y estabilidad de Irak, son las fuerzas británicas las que ejercen el control efectivo. De esta forma diferencian el asunto en tratamiento con la sentencia recaída en *Behrami y Saramati*, pues mediante la Resolución N° 1244 la provin-

⁶ El relator especial en los estudios sobre fragmentación de los Estados ha dado mucha importancia a lo dispuesto por el primer tribunal interviniente respecto al valor de las resoluciones del Consejo de Seguridad.

⁷ Los casos resueltos conjuntamente en 2007 por la Gran Sala de la CEDH son *Behrami c. France* (N° 71412/01) y *Saramati c. Allemagne, France y Norvège* (78166/01). En el primero el Sr. Behrami demanda a Francia por la muerte y lesiones gravísimas sufridas por dos de sus hijos en 2000 a consecuencia de la detonación de una bomba de racimo, arrojada en 1999 por la OTAN, en el sector asignado por las Naciones Unidas a fuerzas armadas francesas dentro del territorio de Kosovo (KFOR), cuyos integrantes debían señalar o remover dichos artefactos explosivos.

cia de Kosovo había sido puesta bajo administración de las Naciones Unidas, quien había creado dos autoridades (MINUK y KFOR) con funciones diferentes (administración y seguridad). Y agregan que, por el contrario, la fuerza multilateral en Irak no fue establecida por las Naciones Unidas, ni se hallaba bajo su égida o era un órgano subsidiario de esta organización internacional⁸.

No obstante, todos estuvieron de acuerdo respecto de la preeminencia de las resoluciones del Consejo de Seguridad frente a la CEDH por vía del artículo 103 de la Carta y, tomando en cuenta trabajos de la doctrina y la práctica de los Estados, sostuvieron que esta disposición concernía tanto a las medidas coercitivas y no coercitivas y que Reino Unido no sólo se hallaba *autorizado* sino *obligado* a adoptar medidas para resguardar la paz y seguridad internacionales amenazadas por Irak. Entendieron que, salvo las obligaciones *jus cogens*, aquellas surgidas de resoluciones del Consejo bajo el Capítulo VII de la Carta eran superiores a toda otra obligación convencional⁹. No obstante, dos lores también señalaron que, aún estando autorizada la medida de internación, ello no implicaba que no se respetaran otras garantías vinculadas a la detención.

Como conclusión, la Cámara de los Lores afirmó que el control efectivo con las responsabilidades correspondientes lo detentaba el Reino Unido, pero que éste se hallaba obligado por las resoluciones de las Naciones Unidas. De esta forma eximió de responsabilidad internacional al Estado británico en el entendimiento que había actuado de conformidad con una obligación que prevalecía sobre la CEDH. Con esta decisión se agotaron los recursos internos habilitándose el reclamo en el ámbito internacional.

⁸ Dos lores entendieron que existía una autorización dada por la Resolución N° 1546 y un mandato que cumplir, por lo que el Reino Unido se hallaba bajo control de la organización internacional.

⁹ No obstante, otros magistrados señalaron que, aun estando autorizada la medida de internación, ello no implicaba que no se respetaran otras garantías vinculadas a la detención.

5. Prevalencia del artículo 103 de la Carta y de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre otras obligaciones convencionales en vinculación con la responsabilidad internacional

a. Tratamiento del conflicto normativo y de la responsabilidad internacional en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional

El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas establece: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. De la lectura de esta disposición pareciera desprenderse que este instrumento internacional goza de una jerarquía normativa que no puede ser contradicha por ningún tipo de deber internacional de origen convencional aún cuando se tratara del de respetar los derechos humanos. Podría pensarse, entonces, que una de las derivaciones de esta norma es otorgar a ciertas resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas con el objeto de mantener la paz y seguridad internacionales un carácter superior a las obligaciones sobre derechos humanos y que el reclamo de Al-Jedda representa un simple interés particular frente al interés global.

Este planteo no es completamente correcto, porque la propia Carta alude al deber de respetar los derechos humanos fundamentales sin distinguir si su violación es individual o masiva, a la vez que el Consejo no podría obligar a los estados a actuar en violación de normas imperativas de derecho internacional. Así, en su opinión individual en el asunto relativo a la *aplicación de la Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia) el juez Lauterpach recalcó el valor superior del *jus cogens* respecto de cualquier convenio o costumbre internacional y de las resoluciones del Consejo de Seguridad¹⁰. De allí también que el artículo 53 de la Convención

¹⁰ “The concept of *jus cogens* operates as a concept superior to both customary international law and treaty. The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty

de Viena sobre el Derecho de los Tratados no establezca excepción de índole jerárquica entre acuerdos.

Según el Relator Especial Koskeniemi, sobre el tópico Fragmentación del Derecho Internacional las obligaciones de los Estados Miembros de las Naciones Unidas sólo pueden dimanar de aquellas resoluciones que se adopten dentro de los límites de las atribuciones de esta Organización, por lo que, en principio, las decisiones *ultra vires* no generan ninguna obligación, aun en el caso de las aprobadas por el Consejo de Seguridad¹¹. Aclara que al Estado simplemente se le impide cumplir una obligación resultante de otra norma y que el artículo 103 de la Carta dice literalmente que, en caso de conflicto, el Estado de que se trate deberá cumplir la obligación establecida en la Carta y los deberes que le impongan otros tratados en la medida en que éstos sean compatibles con las obligaciones establecidas en aquella. Aunque analiza el tema desde el punto de vista de un conflicto normativo y aclara que dicho artículo sólo se refiere a obligaciones convencionales, sin dar demasiadas explicaciones también manifiesta que parece lógico sumarse a la opinión dominante de que el artículo 103 debe interpretarse de manera extensiva, y afirmar que las obligaciones establecidas por la Carta prevalecen también sobre las obligaciones de derecho consuetudinario de los Estados Miembros de las Naciones Unidas¹².

Cabe también resaltar lo dispuesto por el artículo 5¹³ -citado por la corte europea en el caso bajo análisis- del Proyecto sobre responsabilidad

obligation cannot - as a matter of simple hierarchy of norms - extend to a conflict between a Security Council resolution and *jus cogens*. Indeed, one only has to state the opposite proposition thus - that a Security Council resolution may even require participation in genocide - for its unacceptability to be apparent"(...)”Nor should one overlook the significance of the provision in Article 24 (2) of the Charter that, in discharging its duties to maintain international peace and security, the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. Amongst the Purposes set out in Article 1 (3) of the Charter is that of achieving international cooperation “in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion” (Ordenanza de 13 de septiembre de 1993, párs. 100 y 101 respectivamente).

¹¹ Doc. C/N.4/682 de 13 de abril de 2006, p. 193.

¹² *Ibíd.*, p. 195.

¹³ Doc. A/66/10 de 13 de mayo de 2005.

de las organizaciones internacionales por hechos ilícitos aprobado en primera lectura por la CDI (actualmente artículo 7 con idéntica redacción). Esta disposición expresa: “El comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o un agente de una organización internacional que hayan sido puestos a disposición de otra organización internacional se considerará un hecho de esta última organización según el derecho internacional si ésta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento”.

En el informe de 2004, el Relator Especial Giorgio Gaja explica que esta disposición prevé que debe actuarse en nombre de la organización, se trate de órganos o de agentes por medio de los cuales ejerce sus actividades, pero también que es ella la que decide qué funciones cumplirán, todo ello de conformidad con su reglamento o instrumento constitutivo y desarrollados en la práctica. Manifiesta que el criterio de la atribución de un comportamiento bien al Estado o a la organización que aporta una contribución o bien a la organización que la recibe se basa, según el artículo 5, en el control que efectivamente se ejerce sobre el comportamiento concreto mostrado por el órgano o el agente puesto a disposición de la organización receptora; indica que las Naciones Unidas dan por supuesto que, en principio, tienen el control exclusivo del despliegue de los contingentes nacionales de una fuerza de mantenimiento de la paz y, paralelamente, el Estado contribuyente conserva sus facultades disciplinarias y penales en relación a su personal; y, tiene presente que el control y mando deben ser exclusivos de las Naciones Unidas y la atribución del comportamiento debe basarse en un criterio fáctico¹⁴. Si bien al año siguiente Gaja precisa que los estados miembros que respondiesen a la recomendación o autorización de la organización estarían tratando de lograr un interés de ésta, aclara que esto no quiere decir que el comportamiento autorizado o recomendado vaya a entrañar siempre la responsabilidad de la organización, pues ello dependerá de la naturaleza del comportamiento recomendado o autorizado¹⁵.

Como conclusión, puede afirmarse que de estos estudios se desprende que la responsabilidad internacional puede recaer en una organización internacional o en un Estado, o en ambos a la vez, pero que para alcanzar

¹⁴ Doc. A/CN.4/541 de 2 de abril de 2004, pág. 42 y ss.

¹⁵ Doc. A/CN.553 de 13 de mayo 2005, pág. 41.

tal certeza será necesario visualizar los elementos jurídicos y extrajurídicos presentes en cada problemática, no bastando como fundamento excluyente un acto normativo de una organización aun cuando el mismo fuera vinculante. Reviste particular importancia analizar el contenido de cada resolución, de manera que si en vez de obligar se limitara a autorizar a un Estado a actuar en cierto sentido los límites están definidos por el derecho internacional, razón por la cual es común que el Consejo también le recuerde aquellas obligaciones que condicionan su comportamiento (*e.g.* las provenientes del derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, *jus cogens*) sin importar el origen de las mismas.

En el asunto *Al-Jedda* las resoluciones del Consejo de Seguridad son suficientemente claras en este aspecto, fueron adoptadas frente a hechos consumados sin su intervención y calificaron a los estados intervinientes como potencias ocupantes. Al mismo tiempo rescatan el compromiso de la fuerza multinacional de actuar conforme al derecho internacional, en particular al humanitario, circunscribiendo la misión de las Naciones Unidas a la reconstrucción de Irak y al proceso de recuperación de la plena soberanía sobre su territorio (Resolución 1511 de 2003).

Esta disociación de roles se advierte cuando reconoce “la autoridad, la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, corresponden a esos Estados en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado” y se dirige al órgano creado por éstas (la Autoridad) para gobernar temporalmente Irak (Resolución 1483 de 2003). Igualmente cuando alude a la buena disposición de la fuerza multinacional en dar protección a la presencia de las Naciones Unidas en Irak para fines específicos y toma nota del consentimiento prestado por el gobierno provisional de ese país a la permanencia de la fuerza militar extranjera (Resolución 1546 de 2004).

b. Tratamiento del conflicto normativo y de la responsabilidad internacional por la Corte Europea de Derechos Humanos

En *Al-Jedda c. Reino Unido*, la Corte Europea realiza un pormenorizado análisis del derecho convencional y de los pronunciamientos de otros tribunales para discernir de qué manera la prevalencia de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta afectan las obligaciones de respe-

tar y proteger los derechos humanos fijadas en la CEDH. Con este cometido empieza tratando disposiciones de varios tratados relativos al derecho internacional humanitario que podrían validar la internación de personas y las facultades del Consejo de Seguridad.

Quizás el recurso a la jurisprudencia internacional sea el más interesante, pues el tribunal considera que el artículo 25 de la Carta, como obligación con prevalencia sobre otros tratados -aun posteriores- ha sido confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Lockerbie* sobre la base de lo dispuesto por el artículo 103 del mismo acuerdo¹⁶. También en los casos *Sudoeste africano* (1970), donde ha señalado que hay que analizar cuidadosamente las resoluciones del Consejo de Seguridad antes de poder concluir sobre su efecto obligatorio, y en *actividades armadas sobre el territorio de Congo* (2005), en cuya decisión sostuvo que el Estado ocupante debe respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, siendo responsable por las violaciones cometidas por sus fuerzas armadas. Asimismo, recuerda la decisión del Tribunal de las Comunidades Europeas relativa al congelamiento de fondos de miembros de Al Qaeda, Bin Laden y los talibanes en la Unión Europea como obligación impuesta por el Consejo de Seguridad en sucesivas resoluciones adoptadas entre 1999 y 2002. Se trata del asunto *Kadi* (2008), donde fue reconocida la prevalencia de las resoluciones del Consejo y la obligación de implementarlas, pero con la salvedad que las medidas pertinentes deben ser conformes con el ordenamiento comunitario y que el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de legalidad de la normativa aprobada¹⁷.

¹⁶Recordemos que en la opinión separada el magistrado Schwebel llegó a sostener que los términos y la redacción de la Carta ponen de manifiesto que el Consejo de Seguridad está sujeto a la ley y, al mismo tiempo, está facultado para apartarse del derecho internacional si así lo exige el mantenimiento de la paz internacional (Cf. Asunto *Lockerbie*. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la CIJ-1997-2002, pág. 29).

¹⁷“Sin embargo, es preciso poner de relieve que la Carta de las Naciones Unidas no obliga a seguir un método determinado para la aplicación de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de dicha Carta, ya que dicha aplicación debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro de la ONU. En efecto, la Carta de las Naciones

Pese a estos precedentes la Corte europea se pregunta si, aún teniendo en cuenta dichas circunstancias, las resoluciones adoptadas *ultra vires*¹⁸ prevalecen en virtud del artículo 103 y de manera escueta responde que no engendrarían ninguna obligación propiamente dicha y aclara que el término “prevalencia” tampoco explicita que un acuerdo sea inválido.

Téngase presente que aunque la responsabilidad recayese en las Naciones Unidas ésta no se halla obligada por las Convenciones de Ginebra, de La Haya u otro acuerdo sobre derechos humanos, pues no es parte de los mismos. *A contrario sensu*, no podría apartarse de aquella normativa contenida en la propia Carta en materia de derechos humanos. Esta responsabilidad surge por acción, omisión o aquiescencia, en este último caso cuando convalida *ex post facto* acciones de sus miembros reñidas con el derecho internacional.

Jurídicamente las facultades del Consejo de Seguridad están determinadas en la misma Carta y no son indefinidas. En los hechos este órgano no sólo ha convalidado el uso de la fuerza en Irak sin su previo consentimiento¹⁹ sino que ha llegado a solicitar a la Corte Penal Internacional que no investigue o enjuicie a funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte del Estatuto de Roma y aporte contingentes²⁰. Este accionar ha generado críticas, pero no puede obviarse que es legalmente correcto que el Consejo pueda pedir suspender o no proseguir sus tareas a este tribunal. En cambio, sería ilícito que la paralización sea a perpetuidad, pues estaría excediéndose de

Unidas permite en principio que los Miembros de la ONU elijan libremente entre los diferentes métodos posibles de recepción de tales resoluciones en su ordenamiento jurídico interno”. *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*. Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05. TJCE. Sentencia de 3 de septiembre de 2008, pár. 298 y ss.

¹⁸ *Ultra vires* no sólo significa que una organización puede excederse de sus facultades sino también cualquiera de sus órganos.

¹⁹ La autorización a hacer uso de la fuerza no admite presunciones.

²⁰ En el anexo 2 de la Resolución N° 1422 de 12 de julio de 2002 el CS solicita a la Corte Penal Internacional que no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses desde el 1 de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamientos de ningún caso de esta índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario. También decide que ningún Estado miembro podrá adoptar medida alguna que no esté en consonancia con lo anterior.

su competencia y su pretensión podría tornarse inválida para la Corte Penal Internacional. En el caso de la invasión y ocupación de Irak ocurrida en 2003 la actuación del Consejo estuvo vinculada a una realidad de política internacional en la que dos de sus miembros permanentes eran los máximos gestores, por lo que resultaba difícil que la redacción de las resoluciones contuviera una condena. Aun así, marcaron cuál era el papel asumido por las Naciones Unidas en Irak y cuáles las obligaciones que incumbían a los Estados ocupantes y al gobierno provisional iraquí.

Durante las actuaciones el Reino Unido intenta hacer recaer la responsabilidad en las Naciones Unidas argumentando que Al-Jedda fue internado en virtud de un “mandato” del Consejo de Seguridad y omite referirse a las excepciones contempladas en el artículo 5 de la CEDH. Para ello se apoya en la sentencia recaída en los asuntos *Behrami* y *Saramati* y alega que existen cinco elementos en la habilitación a hacer uso de la fuerza en Irak: 1) el Capítulo VII de la Carta autoriza al Consejo a delegar poderes a una presencia internacional de seguridad compuesta por fuerzas de Estados miembros; 2) esta facultad es susceptible de delegación; 3) estaba expresamente previsto en las resoluciones 1511, 1546 y en ulteriores; 4) el mandato estaba suficientemente explicitado en la Resolución N° 1546; y, 5) había una obligación de Estados Unidos de informar al Consejo. También alude a cuestiones prácticas: si las fuerzas deben respetar la Convención Europea ningún país de la región se animaría a enviar contingentes, lo que sería inconveniente para el cumplimiento de los fines de la Organización.

Para la Corte Europea de Derechos Humanos, quien considera que no es autoridad para interpretar la Carta ni jamás se ha expedido sobre la responsabilidad de una organización internacional por falta de competencia *ratione personae*, la documentación presentada tiene una gran relevancia para fijar la del gobierno demandado. Al respecto señala que la Resolución N° 1511 no cambia en nada la estructura del comando unificado creado con la invasión por Estados Unidos y Reino Unido en marzo de 2003, quienes continúan ejerciendo las prerrogativas de potencias ocupantes, y que aun cuando el primero informara al Consejo de Seguridad ello no implicaba que las Naciones Unidas ejercieran control sobre las fuerzas estacionadas en Irak ni sobre las funciones de la Autoridad provisoria. Agrega que esto tampoco puede presumirse de la Resolución N° 1546 y que la creación del UNAMI sólo lo fue a los efectos de asumir

un rol en la ayuda humanitaria, en el desarrollo económico y en la institución de un gobierno democrático.

Citando a uno de los integrantes de la Cámara de los Lores -que aludió al artículo 5 del proyecto de la CDI- considera que el Consejo de Seguridad no ejerció ni el control efectivo ni el último sobre las acciones y omisiones de los soldados de la fuerza multinacional y, por consecuencia, el internamiento de Al-Jedda no era imputable a las Naciones Unidas²¹ mientras que la responsabilidad del Reino Unido surgía del hecho que el reclamante se encontraba bajo jurisdicción británica al momento del ilícito.

6. Decisorio

La sentencia fue dictada el 7 de julio de 2011. Por unanimidad afirma que la detención es imputable al Reino Unido y que Al-Jedda se hallaba bajo jurisdicción británica. Por dieciséis votos contra uno²² decide que Reino Unido ha violado el artículo 5 de la CEDH y otorga la suma de veinticinco mil euros en concepto de daño moral y cuarenta mil por gastos casuísticos.

²¹ “Il semble ressortir de l'exposé de l'opinion de Lord Bingham que, dans le cadre de la première procédure engagée par le requérant, les parties devant la Chambre des lords s'accordaient à dire que le critère d'attribution à retenir était celui énoncé par la CDI à l'article 5 de son projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et précisé dans son commentaire à ce sujet, à savoir que le comportement d'un organe d'un Etat qui est mis à la disposition d'une organisation internationale est d'après le droit international imputable à cette organisation pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement (paragraphe 18 et 56 ci-dessus). Pour les motifs exposés ci-dessus, la Cour considère que le Conseil de sécurité n'exerçait ni un contrôle effectif ni l'autorité et le contrôle ultimes sur les actions et omissions des soldats de la force multinationale et que, dès lors, l'internement du requérant n'est pas imputable à l'ONU” (par. 83).

²² Voto disidente del juez moldavo Mihai Poalelungi, quien aduce que la decisión de la Resolución N° 1546 no contenía una obligación de internamiento sino una autorización, por lo que no había violación de la CEDH en la medida que las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de la ONU prevalecían por sobre el acuerdo europeo.

EL DERECHO DE LOS TRATADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA *

*Ernesto J. Rey Caro ***

Sumario: Introducción. Aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados por la Corte Centroamericana de Justicia. Opinión Consultiva de 23 de septiembre de 2009. Sentencia de 20 de octubre de 2010. Reflexiones finales.

Uno de los capítulos del Derecho Internacional Público más abordados por los tribunales internacionales es el referido al Derecho de los Tratados. Antes de la adopción de la Convención de Viena sobre la materia, en 1969, los tribunales arbitrales, la Corte Permanente de Justicia en el ámbito de la Sociedad de las Naciones, y la Corte Internacional de Justicia, entre otros, resolvieron con frecuencia las causas o controversias sometidas a sus jurisdicciones aplicando e interpretando las normas que luego serían consagradas expresamente en aquel instrumento. Tal hecho se incrementaría notoriamente después de la entrada en vigor de la Convención y por la creación de nuevos tribunales internacionales, particularmente regionales o especializados.

La Convención citada, cabe recordar, se constituiría tempranamente en uno de los logros más trascendentes de la labor codificadora impulsada en el ámbito de las Naciones Unidas, con la participación de la Comi-

* Artículo recibido el 9 de septiembre de 2011 y aprobado para su publicación el 30 de noviembre de 2011.

** Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Director del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

sión de Derecho Internacional. Los debates desarrollados en las sesiones de este último órgano serían de particular relevancia para la interpretación de sus preceptos.

Cumpliendo con los objetivos fijados en el seno del Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración de la Academia, para el cumplimiento de los cuales colaboraron los miembros con medulosas exposiciones, hemos centrado nuestra atención en la actual Corte Centroamericana de Justicia, creada en el marco de la ODECA por el Protocolo de Tegucigalpa de 1991. Aunque recién se instalara en el año 1994, y no siendo Partes aún todos los Estados centroamericanos, su labor ha sido significativa, tanto en relación a asuntos contenciosos como en la emisión de opiniones consultivas. Excede el marco de estas reflexiones el estudio de las competencias atribuidas al Tribunal.

Es precisamente en la Opinión Consultiva del 23 de septiembre de 2009¹ en la que nos adentraremos, en razón de abordar en ella una interesante cuestión vinculada con una de las hipótesis previstas en el Parte V la Convención de Viena, que regula la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados.

En efecto, el Parlamento Centroamericano (PARLACEM) a través de su Apoderado General Judicial, presento una solicitud de opinión consultiva sobre la posibilidad de que un Estado Parte del Tratado Constitutivo del Parlamento y Otras Instancias Políticas, pudiera denunciar este instrumento. Cabe destacar que aunque no se mencionaba el Estado, se trataba de la República de Panamá, y que satisfecha la consulta por la Corte Centroamericana, luego el Parlamento introduciría una demanda contra este Estado por dicha circunstancia, que sería resuelta por la Corte el 20 de octubre de 2010. Este último pronunciamiento sólo será someramente abordado, al margen de advertir que los argumentos vertidos por la Corte en esta última resolución, en general constituyeron una reiteración de los expuestos en la mencionada opinión consultiva.

En ésta, se planteaban seis cuestiones², de las cuales examinaremos sólo algunas, sin perjuicio del interés que despiertan las otras. En la pri-

¹ Expediente N° 6-14-08-2009.

² Las cuestiones excluidas son “2. ¿La denuncia implicaría la revocatoria tácita del mandato que cada uno de los pueblos le dieran a sus diputados centroamericanos

mera, el Parlamento preguntaba: “¿Puede cualquiera de los Estados Parte del Tratado constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas denunciar dicho tratado tomando en cuenta que dicho instrumento no contempla disposiciones especiales al respecto?”. El cuarto interrogante expresaba: “¿Una iniciativa de denuncia del instrumento jurídico constitutivo de uno de los órganos fundamentales del sistema de la integración centroamericana, como lo es el Parlamento Centroamericano, no, implicaría una clara violación al principio *pacta sunt servanda* que están obligados a observar los Estados Parte del sistema?”. El sexto interrogante rezaba: “¿Cuál sería el procedimiento que debería seguir un Estado Parte para realizar la denuncia del Tratado de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados?”. Se advierte que existe una estrecha vinculación entre las cuestiones sobre las que se solicita la opinión del Tribunal. De allí que los argumentos desarrollados por el Tribunal centroamericano tienden a fundar la respuesta a estos tres interrogantes, sin perjuicio también de que sean extensivos a las otras preguntas.

Al responder a estos interrogantes y fundamentalmente al primero, la Corte trata expresamente la cuestión a la luz del artículo 56 de la Convención de Viena de 1969, que prescribe: “1. *Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado*”.

Resulta de interés destacar que la Corte, inicialmente, sostiene que en el marco del Derecho Internacional Público este es el principio vigente para tal hipótesis, y que la denuncia o retiro no es posible a menos de que pudiera inferirse la posibilidad de hacerlo, “a partir de consideración de

electos?; 3. ¿Puede mediante una iniciativa presidencial revocarse el mandato que los pueblos le han otorgado a las diputadas y diputados centroamericanos?; 5. ¿Una iniciativa de denuncia del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano por cualquier Estado Parte no implicaría una violación a la obligación, que de acuerdo con el artículo 6 del Protocolo de Tegucigalpa tienen los Estados Parte del SICA, y que se refiere a abstenerse de adoptar medidas unilaterales que pongan en peligro la consecución de los propósitos y el cumplimiento de los principios fundamentales del SICA?”.

otros argumentos relacionados con el Tratado, que válidamente puedan traerse a colación, como por ejemplo: en los antecedentes, la interpretación analógica, el espíritu del tratado y sobre su naturaleza”. Señala que algunos tratados que crean organizaciones internacionales -v.gr. el que gestó la OEA-, prevé su denuncia y retiro (art. 143), mientras que el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano no contiene una cláusula semejante.

Centra la Corte su análisis en lo dispuesto en el párrafo b) del artículo 56 y enumera algunos antecedentes, entre ellos que el Parlamento Centroamericano se formalizó en Esquipulas II³ y que la letra y el espíritu de este instrumento tradujo la franca voluntad de los presidentes centroamericanos de la época, de que la paz y la democracia del Centroamérica fueran “firmes y duraderas”. Asimismo recuerda que el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano fue suscripto por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, siendo ratificado por todos, menos por el último, y que todos suscribieron el Protocolo al Tratado con fecha 16 de julio de 1991, en el que se dejó abierto el mismo a la adhesión de Panamá, habiéndolo ratificado este Estado, en mayo de 1994.

Luego destaca que conforme a los instrumentos constitutivos del Sistema Centroamericano, el Parlamento debía funcionar como un “órgano permanente del sistema” y que cualquier denuncia estaría reñida con los antecedentes, el espíritu y la naturaleza jurídica del Parlamento, y esto se aplicaría tanto a las partes fundadoras como las que posteriormente adhirieron al mismo. El Tratado que lo pergeñó, continúa el Tribunal, dejó de ser “un mero instrumento de Derecho Internacional cuando pasó a formar parte del Sistema de Integración Centroamericana creado por el Protocolo de Tegucigalpa de 13 de diciembre de 1991” y al ser ratificado adquirió las características de “un Tratado de Derecho Comunitario”, que pertenece a “una comunidad de Estados que tiene personalidad jurídica propia, autonomía en sus funciones y atribuciones, y determinados principios y objetivos que vienen a constituir, no solo un compromiso inalienable para los Estados Miembros sino a configurar un verdadero patrimonio o acervo cultural, social, económico, jurídico y político”⁴. Acto seguido se

³ Conf. Considerando II de la Opinión Consultiva.

⁴ Conf. Considerando IV de la Opinión Consultiva.

afirma que al no incluir dicho instrumento constitutivo ninguna cláusula de denuncia o retiro “la única posibilidad existente sería la modificación, reforma o derogatoria del Tratado, siguiendo los procedimientos establecidos en el Derecho Internacional y Comunitario”. El Parlamento -afirma-, constituye un “órgano superior del Sistema”. También el Tribunal centroamericano, en su argumentación, recurre a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, haciendo suyo lo sostenido por este último, en el sentido de que la transferencia de derechos y obligaciones efectuados por los Estados entraña “una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior, incompatible con el concepto de comunidad”.

La Corte Centroamericana recurre igualmente a otros principios básicos del derecho de los tratados cuales son el principio de la buena fe y el *pacta sunt servanda*, en los que se sustenta el artículo 26 de la Convención de Viena.

Volviendo sobre el Tratado constitutivo del Parlamento, el Tribunal afirma que ningún Estado que sea Parte del Protocolo o de cualquier otro tratado fundamental de la integración, puede retirarse denunciándolo de forma unilateral, “bajo pena de vulnerar y violentar las normas y principios del sistema comunitario centroamericano”.

Los argumentos esgrimidos por la Corte, que tienden a afianzar el “sistema comunitario centroamericano” y el papel que desempeña este Tribunal en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico regional, anticipan las respuestas a la consulta efectuada.

Así, en lo que hace a la primera pregunta, responde “que ningún Estado Parte del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, puede denunciarlo unilateralmente, debido a que este instrumento no contempla disposiciones que lo permita, además (...), no puede deducirse la posibilidad de denuncia, en virtud de los antecedentes y la naturaleza comunitaria del Tratado...”. En lo que concierne al cuarto interrogante, la Corte afirma que de conformidad con las consideraciones efectuadas “ningún Estado Parte del Protocolo, o de cualquier otro Tratado fundamental de la Integración, puede retirarse denunciándolo de forma unilateral e ilegal, bajo pena de vulnerar y violentar las normas y principios del Sistema Comunitario Centroamericano que se obligó a observar”. En relación al último interrogante, el Tribunal sostiene que no existe procedimiento alguno, ni fundamento legal, según el artículo 56 de la

Convención de Viena, para que un Estado Parte de un instrumento de naturaleza comunitaria pueda denunciarlo unilateralmente, como sería el caso del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas.

Las cuestiones atinentes a los interrogantes segundo, tercero y quinto, reiteramos, exceden los límites que nos impusimos para las reflexiones aquí efectuadas. No obstante, cabe señalar que las situaciones previstas en tales interrogantes, que se volvieron reales tras la denuncia de Panamá del instrumento ya comentado, ha sido motivo de otros pronunciamientos de la Corte, como se anticipara⁵.

Como señaláramos, producida la denuncia de Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, este órgano a través de su representante, acudió a la Corte. El Gobierno de Panamá, el 19 de agosto de 2009, había comunicado al Gobierno de Guatemala -que era el depositario del Tratado en consideración- la decisión de iniciar el proceso de retiro del mismo, invocando lo establecido en el artículo 54, inciso b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque posteriormente también invocó el párrafo 1, inciso b) del artículo 56 de la misma Convención. Formularon objeciones a esta determinación de Panamá, los Gobiernos de Nicaragua, Guatemala y El Salvador. La Corte, que en esta oportunidad examinó los variados aspectos de la acción introducida el 19 de agosto de 2009, se pronunció en lo atinente a la denuncia del Tratado realizada por Panamá, reiterando textualmente lo que había afirmado en la respuesta a la opinión consultiva, explayándose en un análisis pormenorizado de los antecedentes convencionales del proceso de integración centroamericano y de la naturaleza jurídica, insistiendo en que se tratan de instrumentos de “derecho comunitario centroamericano”. Como no podía ser de otra forma, en la parte resolutive sostiene que “2. El Estado de Panamá no puede denunciar ni retirarse unilateralmente del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, debiéndose abstener de adoptar medidas unilaterales que vulneren los principios y propósitos del SICA, contenidos en la normativa jurídica comunitaria centroamericana”.

Analizando la opinión consultiva y el pronunciamiento de la Corte referido, se advierte que ésta recurre a la naturaleza de los instrumen-

⁵ Entre ellos, la citada sentencia del 2 de octubre de 2010. Expediente N° 2-26-03-2010.

tos que constituyen el sistema de integración centroamericano, asignándoles por vía comparativa con el sistema europeo, el carácter de un “derecho comunitario centroamericano”, instrumentos que no podrían ser denunciados unilateralmente por los Estados Parte. En el caso concreto, el Tratado Constitutivo de Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas. Estima que no se daría en la especie la hipótesis contemplada en el artículo 56, apartado b de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Consideramos que se trata de una interpretación correcta y debidamente fundada, en ausencia de cláusulas que permitan la denuncia o retiro. Por otra parte, no puede soslayarse la trascendencia institucional de la denuncia y las consecuencias sobrevinientes en dicho sistema de integración.

Nos permitimos sostener, que aun cuando los instrumentos examinados y en particular el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, no tuvieran el carácter “comunitario” que le asigna el Tribunal, sería muy difícil que pudiera prosperar la tesis panameña -que invocó este mismo precepto para avalar su postura-, en razón que no se advierte que el derecho de denuncia o retiro pueda inferirse de dicho Tratado. Más aún, es conocido el hecho de que los Estados son habitualmente cuidadosos en el momento de aceptar este tipo de cláusulas y que cuando su voluntad es que el instrumento sea denunciabile, exigen que así se lo consigne expresamente.

Por otra parte, creemos necesario señalar que cuando un Estado adopta una decisión con el alcance de la tomada por Panamá, en este caso, que no es admitida por el órgano jurisdiccional pertinente, con frecuencia se origina un resquebrajamiento del sistema que requiere soluciones políticas a más de jurídicas. Los antecedentes centroamericanos -caso de la primera Corte Centroamericana de Justicia constituida en 1907- demuestran la envergadura de los riesgos, más aún cuando ciertos países no han ratificado o no son Parte de algunos instrumentos.

Cabe reiterar la advertencia inicial. Sólo hemos escogido un caso entre varios en los que el Tribunal centroamericano ha abordado cuestiones en las que ha aplicado e interpretado la Convención de Viena de 1969, razón por la cual estas reflexiones, *ab initio*, son limitadas. Tampoco estas consideraciones han pretendido abordar *in totum* las cuestiones planteadas.

EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y LOS BONOS SOBERANOS. ¿UNA NUEVA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS? *

Christian G. Sommer **

Sumario: I. El arbitraje de inversión extranjera. I.1. Los alcances de término “inversión”. I.2. La relevancia de los bonos soberanos en el financiamiento externo de los Estados. I.3. El caso “Abaclat vs. Argentina”. Alcances y límites sobre la interpretación de los árbitros a los tratados de inversión extranjera y arbitraje. II. Reflexiones finales.

I. El arbitraje de inversión extranjera

En la última media centuria, el auge del arbitraje de inversión extranjera, como un paliativo a la aplicación de la protección diplomática por parte de los Estados a fin de proteger los intereses de sus nacionales, se ha fortalecido gracias a la utilización del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* de 1965 (en adelante el Convenio)¹ celebrado bajo el ámbito del Banco Mundial o la implementación de tribunales arbitrales bajo las

* Artículo recibido el 20 de octubre de 2011 y aprobado para su publicación el 7 de diciembre de 2011.

** Abogado (UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y del Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba.

¹ Aprobado por ley 24.353. Promulgado el 22/8/1994. B.O: 2/9/1994 y entró en vigor 30 días posteriores al depósito de ratificación de Argentina el 18/11/1994.

Reglas de la CNUDMI-UNCITRAL² y de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)³. Este medio de solución de conflictos suscitados entre Estados e inversores nacionales de un tercer Estado, se ha expandido como una práctica jurídica que no puede ser soslayada frente al vertiginoso mundo de las inversiones extranjeras, en particular, las destinadas a los países emergentes o en vías de desarrollo. Implica, a su vez, un medio flexible de solución de conflictos, dado que muchas veces, los sujetos que se desenvuelven en el ámbito de las inversiones extranjeras, optan por evitar procesos judiciales excesivamente prolongados, comunes en muchos sistemas procesales de los Estados⁴.

El acceso a estos mecanismos de solución de diferencias, suelen estar referenciados en Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o bien en cláusulas contractuales entre el inversor y el Estado receptor de la inversión. El arbitraje de inversión, debe en gran parte su popularidad, al hecho que suelen eliminarse los diversos recursos de apelación o revisión de las decisiones de los tribunales (propio de los códigos procesales nacionales), por lo cual el laudo del tribunal es exigible en forma directa frente al Estado y, en algunos casos, como el mecanismo del CIADI (sistema de solución de controversias previsto en el Convenio de Washington), el laudo es considerado como si se tratara de una sentencia nacional. Sin embargo, en caso de aplicarse otras reglas arbitrales (CNUDMI/UNCITRAL-CCI- LCA), la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958* (Convención de Nueva York)⁵ posibilita que los tribunales de los Estados miem-

² Ver <http://www.uncitral.org/>

³ El nuevo reglamento puede consultarse en:

⁴ <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html>

⁵ Conf. ALEXANDROV, S. A., "The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as "Investors" and Jurisdiction Ratione Temporis", *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, págs. 19-59; BEN HAMIDA, W. "L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents". *Journal du Droit International*, vol. 131, N° 2, Juris Classeur, avril-Mar-Juin 2004, págs. 421 y ss.; COLLIER, J. y LOWE, V., *The Settlement of Disputes in international Law. Institutions and Procedure*, Oxford University Press, 1999; DIEZ-HOCHLEITNER, J. - IZQUIERDO SANS, C., "Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica", *Revista Electrónica de Estudios internacionales*, N° 7, 2003. www.reei.org/; HIRSCH, M. *The Arbitration Mechanism*

bros puedan examinar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales emanados en otros Estados miembros o por instituciones extranjeras.

El incremento de las inversiones internacionales como reflejo de la mundialización económica es en la actualidad una realidad incuestionable. Este flujo de inversiones exteriores ha traído aparejado una mayor conflictividad y un aumento sin precedentes de los asuntos sometidos a los métodos de solución de controversias entre Estados e inversores extranjeros. Entre estos últimos, el arbitraje internacional se erige en la solución preferida por los inversores cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el Estado receptor de su inversión. De ese incremento exponencial en las demandas efectuadas por inversores, la República Argentina ha sido un caso paradigmático, por la magnitud de las demandas que se han incoado contra el Estado, principalmente, ante el mecanismo CIADI⁶ y ante otros tribunales *ad-hoc*, anteriormente enunciados. Casi exclusivamente los casos planteados ante tribunales arbitrales, han tenido su origen en reclamaciones devenidas por el cambio de la legislación sobre el sistema de convertibilidad cambiaria y el default financiero fruto de la crisis de 2001.

1.1. Los alcances de término “inversión”

Al decir de Fernández Masía, si bien los términos jurisdicción y competencia suelen ser identificados como semejantes en el ámbito internacional, en el contexto del CIADI, la primera expresión hace alusión a los requisitos que las partes deben cumplimentar en razón de la materia y de

of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, Netherlands, Edit. Martinus Nijhoff, 1993; MANTILLA-SERRANO, F. (coord.), *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales. Comité Colombiano de Arbitraje*, Bogotá, Legis, 2007; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S. y WÖSS, H. (coord.), *Arbitraje en materia de Inversiones*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2010; SCHREUER, Ch., *The ICSID Convention. A Commentary*, second edition, Cambridge University Press, 2009; VAN HARTEN, G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Edit. Oxford University Press, 2007; VIVES CHILLIDA, J. A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mac-Graw-Hill, 1998.

⁶ Ley argentina 23.619. (B.O., 4/11/1988).

las personas legitimadas por el Convenio. Por su parte, la competencia es entendida como la posibilidad de ejercer la jurisdicción en un caso concreto, para que finalmente un procedimiento arbitral pueda desarrollarse en forma correcta⁷. Ello se puede avizorar en la utilización que el Convenio realiza de estos conceptos. Mientras que los arts. 25 y 32 se refieren a la “jurisdicción del Centro”, en el art. 41 se utiliza la expresión “competencia del Tribunal arbitral”. Igual diferencia se aplica respecto al art. 41 de las reglas de arbitraje.

Por su parte, el art. 25 del Convenio establece el marco normativo general que regula la jurisdicción del Centro.

Artículo 25: La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado (...).

Pero como todo tribunal extraterritorial, es necesaria la voluntad de los sujetos intervinientes para activar la jurisdicción del tribunal, siempre y cuando ésta no sea cuestionada bajo la denominada “inmunidad de jurisdicción”.

A su vez, la competencia *ratione materiae* implica dos requisitos a cumplimentar, a saber: se pueden someter al Centro únicamente diferencias de naturaleza jurídica, y la diferencia debe surgir directamente de una “inversión”. Resulta llamativo que el concepto de inversión no se encuentre conceptualizado en el Convenio. Así, ni la expresión “diferencias de naturaleza jurídica”, ni el término “inversión” están definidos en el texto, aunque en forma general o más particular se suelen plasmar en los TBI. Respecto a la naturaleza jurídica de la diferencia, en los trabajos preparatorios del Convenio se hizo hincapié en el hecho de que ésta no podía incluir diferencias meramente políticas o comerciales, y que se en-

⁷ Hasta la actualidad, se han presentado aproximadamente unos 52 casos ante el CIADI y otros tribunales *ad-hoc*, de los cuales, la mayoría se encuentra pendiente de resolución definitiva, otros ya han logrado un laudo definitivo, en un menor número se han cancelado por haber logrado las partes un acuerdo.

tendía que esta expresión requería de la existencia de un derecho o una obligación jurídica. En lo que hace a la definición del término inversión, aun cuando se emitieron durante los trabajos preparatorios opiniones a favor de definir dicho término, se evitó ello, con el fin de dar la mayor amplitud al término de inversión y que fueran las partes las encargadas de su determinación ⁸.

Los directores ejecutivos señalaron a este respecto que:

No se había intentado definir el término “inversión”, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro ⁹.

Basta recordar que entre algunos de los TBI firmados por Argentina se han plasmado definiciones de inversión como ¹⁰:

Para los fines del presente Acuerdo:

Art. 1.- “Inversión” designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante receptora, todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de esta última. Incluye en particular, aunque no exclusivamente:

a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;

b) acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en asociaciones, sociedades o empresas;

c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente

⁸ Conf. FERNÁNDEZ MASÍA, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 54.

⁹ CIADI. *History of ICSID Convention*, vol. I, Washington DC, 1970, pág. 116.

¹⁰ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, ICSID, Doc. 2, párrafos 9 y 12.

cuando estén otorgados por el inversor a la explotación que constituye su inversión o bien resulten de una operación financiera contratada por un período superior a tres años;

d) derechos de propiedad intelectual incluyendo, en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave;

e) intereses o derechos que se deriven de la aportación de capital u otros recursos en el territorio de una Parte Contratante para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de la otra Parte Contratante, como resultado del otorgamiento de una concesión;

f) la realizada por asociaciones, sociedades o empresas de una Parte Contratante, cuyo capital sea mayoritariamente propiedad de inversores de la otra Parte Contratante;

g) la participación de inversores de una Parte Contratante en las actividades y actos contemplados por la legislación en materia de inversión extranjera de la otra Parte Contratante, tales como los fideicomisos.

Sin embargo, se considera que a partir del asunto *Salini vs. Marruecos*, se fijaron las pautas a las cuales debería estar sujeta una inversión para ser considerada como tal. El Tribunal analizó las objeciones a su jurisdicción, una de las cuales estaba referida al argumento según el cual los contratos de construcción que efectuó el inversor no calificaban como inversiones en el contexto del Convenio. En esa oportunidad, el Tribunal consideró los criterios generalmente identificados como inversión por los comentaristas del Convenio y sostuvo que esta debía consistir en: a) *la existencia de una contribución económica;* b) *cierto tiempo de duración;* c) *participación en los riesgos;* d) *contribuir al desarrollo del Estado receptor*, entre los aspectos más relevantes ¹¹.

Sin embargo, en otros casos aislados, los tribunales se han apartado de eso criterios. En el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. (CSOB) vs. Eslovaquia*, el Tribunal realizó una interpretación bastante

¹¹ TBI firmados por Argentina con México (art. 1); Polonia (art. 1); España (art. I.2); Reino Unido (art. 1); Francia (art. 1), entre otros.

liberal del término inversión y realmente enfocó casi exclusivamente su análisis al concepto de inversión conforme al tratado bilateral invocado por la demandante, dejando a un lado un análisis objetivo del término bajo el Convenio¹². En cambio, en el asunto *Fedax, N. V. vs. República de Venezuela* el tribunal sostuvo lo opuesto, al considerar que unas “*promisory notes*” emitidas por el país, podían ser consideradas como un préstamo crediticio equiparable a inversión extranjera¹³. Por su parte, en el asunto *MHS vs. Malasia*, donde se discutía si el porcentaje de venta de porcelanas rescatadas de un barco de 1817 en las aguas de Malasia, constituía una “inversión” garantizada a la empresa por parte del Estado¹⁴, el Comité de anulación, falló a favor de los supuestos inversores, lo que ha producido en el sistema del derecho internacional de las inversiones extranjeras, inconsistencias respecto a que debe entenderse como inversión.

Pero más recientemente, en casos peticionados por personas tenedores de “bonos soberanos” del Estado argentino, y que analizaremos posteriormente, se han presentado diversas demandas ante el CIADI por considerar que la compra de tales bonos de deuda nacional, habían constituido una “inversión” a tenor del TBI entre Argentina e Italia. De los tres casos presentados ante el CIADI, *Abaclat y otros (Giuliana*

¹²*Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. vs. Reino de Marruecos* (Caso CIADI N° ARB/0014).

¹³*Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. vs. Eslovaca* (Caso CIADI N° ARB/97/4), decisión sobre competencia de fecha 24 de mayo de 1999, párr. 62 y ss. El demandante, en este caso Obchodní Banka (CSOB), un banco comercial organizado de conformidad con la legislación checa, pero con actividades en la República Eslovaca, presentó una solicitud de arbitraje al CIADI por una violación del Acuerdo sobre los principios básicos de una consolidación financiera a favor del Banco que se celebró en diciembre de 1993 por el Ministerio de Hacienda de la República Eslovaca, el Ministerio de Finanzas de la República Checa y CSOB. El demandante alegó que el incumplimiento consistió en el hecho de que el República Eslovaca no cumplimentó el pago de créditos cedidos por el inversor, particularmente de una cartera de morosos de préstamos bancarios, al efectuarse una privatización del Banco para que efectúe actividades en ambos países.

¹⁴*Fedax, N.V. vs. Venezuela* (Caso CIADI N°. ARB/96/3). Decisión sobre la competencia de fecha 11 de julio de 1997, 37 *ILM* 1378, 1998, pág. 1382 y ss. Controversia entre un inversor holandés y Venezuela como consecuencia de unos instrumentos de deuda que otorgara el Estado en forma de endoso al inversor.

Becarria) vs. Argentina; Giovanni Alemanni y otros vs. Argentina y Giordano Alpi y otros vs. Argentina, el primero de ellos ya ha tenido un decisión sobre la activación de la jurisdicción del Tribunal, cuyos resultados han sido más que controvertidos ¹⁵.

Parte de la disputa se origina por la amplitud de criterios sobre qué podría estar cubierto bajo el ropaje de “inversión” que ostenta el TBI anteriormente aludido.

El artículo 1 del TBI entre Argentina e Italia establece:

El término ‘inversor’ comprende toda persona física o jurídica de una Parte Contratante que haya realizado, realice o haya asumido la obligación de realizar inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante ¹⁶.

Particularmente, a diferencia de otros TBI, el firmado con Italia, hace alusión a diversos instrumentos financieros de inversión. En su punto 1.1.c) alude a:

“obligaciones, títulos públicos o privados o cualquier otro derecho a prestaciones o servicios que tengan un valor económico”.

El artículo 2 sostiene además:

*Cada Parte Contratante promoverá la realización de inversiones en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante y admitirá tales inversiones **de conformidad con su legislación*** ¹⁷.

De modo que lo pertinente para determinar la competencia era si se trataba de una inversión en el territorio de Argentina y bajo sus normas, que favoreciera la prosperidad de Argentina, para que así tal inversión

¹⁵ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD vs. Malasia*. (Caso CIADI N° ARB/05/10). Decisión de anulación del 16 de abril de 2009.

¹⁶ *Abaclat y otros (Giuliana Becarria) vs. Argentina*. (Caso CIADI ARB/07/5). Solicitud de arbitraje registrada el 7 de febrero de 2007; Asunto *Giordano Alemanni y otros vs. Argentina*. (Caso CIADI ARB/07/8). Solicitud de arbitraje registrada el 27 de marzo de 2007; Asunto *Giordano Alpi y otros vs. Argentina*. (Caso CIADI ARB/08/9). Solicitud de arbitraje registrada el 28 de julio de 2008. Los demandantes alegaron que los bonos soberanos emitidos por el Estado argentino y adquiridos a través de bancos italianos, estaban protegidos como una “inversión” en el marco del TBI entre Italia y Argentina.

¹⁷ El destacado pertenece al autor.

gozara de protección y para que una controversia surgida de esa inversión pudiera ser sometida a arbitraje internacional.

Al no establecerse por parte del Convenio, que debe entenderse como una inversión, y sobre ellas, que tipo deberían estar excluidas, los Tribunales han optado por ser los “exegetas” del Convenio, no sin reproches sobre los criterios (o no) utilizados para considerar tales supuestos. En tal sentido, se deja en manos del Tribunal, un “margen de discrecionalidad” para una ulterior interpretación, de forma que será la interpretación del tribunal y no la de las partes la que decida que inversiones los Estados se habían comprometido a proteger y bajo qué circunstancias.

Como en cualquier sistema de derecho, la interpretación de un tratado, tiene cabida cuando la letra de las disposiciones es oscura, ambigua o confusa, y la interpretación debe hacerse “de buena fe” y conforme “al objeto y fin del tratado” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 1969), por cuanto no corresponde sustituir o ampliar la voluntad de las partes, sino precisamente hacer valer la voluntad de las partes.

1.2. La relevancia de los bonos soberanos en el financiamiento externo de los Estados

La expedición de certificados de deuda por parte de los Estados, denominados también como bonos soberanos, ha sido una constante por parte los países que ha procurado en el ámbito internacional, hacerse de fondos para paliar el pago de sus deudas externas o financiamiento local para infraestructura. Sin embargo, esta práctica no es de antigua data. A partir de comienzo de los años '90, algunos Estados ofertaron bonos estatales para lograr un mejor financiamiento en sus cuentas públicas. Anteriormente, dicho financiamiento estaba englobado a través de préstamos financieros que gestionaban los grandes bancos internacionales.

Este nuevo fenómeno de la expedición de bonos soberanos, tendrá como particularidad, que a diferencia de banca internacional cuyo acreedor está individualizado, los bonos son ofertados en el “mercado financiero”, por lo que los tenedores de tales instrumentos, se tornan en muchos casos indeterminados, atento al carácter masivo de estos y por el criterio transable del instrumento.

Sin embargo, este mecanismo de financiamiento internacional, no está exento de sufrir los embates de las crisis económicas y financieras

internacionales o locales que pueden hacer que se tenga que “renegociar” el pago de los bonos y, con la consecuente quita del valor de los mismos o la ampliación de la fecha de pago. Los primeros ejemplos sobre las consecuencias de la desvalorización de bonos soberanos, se pudo avizorar en las crisis financieras de Rusia (y su posterior default) y México en la década de los '90. Uno de los problemas planteados en estos bonos, se enmarcaban en la jurisdicción exclusiva de los tribunales locales para dirimir las controversias. Sistemas judiciales que no estaban preparados para dirimir tales controversias, en algunos casos. De allí en más, los Estados tuvieron que plantear la venta de sus bonos sujetos a jurisdicciones internacionales, atento la reticencia de los futuros compradores de someterse a sus tribunales. En su gran mayoría, los bonos (que regulan la relación entre Estado soberano y el tenedor de bonos) tomaron prestado el esquema legal aplicable por el Estado de Nueva York (USA). Según este esquema, el emisor debe obtener el consentimiento de todos y cada uno de los acreedores para así modificar o reestructurar su deuda original. Esto se conoce como cláusula de unanimidad (UAC).

Anteriormente, la República Argentina no ha estado excluida de situaciones de reestructuración de deuda soberana. Hacia finales de los '80 del siglo XX, el plan Brady fue la propuesta de los organismos internacionales de crédito (FMI) para subsanar la deuda externa del Estado¹⁸. En febrero de 1992 Argentina logró el apoyo del FMI para negociar la deuda externa dada la carencia de divisas para comprar bonos del gobierno americano requeridos para constituir las garantías de la operación, obteniendo el trascendental préstamo de Facilidades Extendidas a tres años, que significa el apoyo financiero al que se puede aspirar desde el exterior¹⁹.

¹⁸FERNÁNDEZ TOMAS, A., “Deuda externa, nuevo orden económico y ordenamiento jurídico internacional”, *Cursos de derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, 1989. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, págs. 121-181; KOLB, R. (edit.), *Sovereign Debt. From Safety to Default*. United States, 2011; STALLINGS, B., *Financiamiento para el desarrollo. América Latina desde una perspectiva comparada*, CEPAL, Santiago de Chile, 2006; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *La deuda externa. Aspectos jurídicos del endeudamiento internacional*, Universidad de Sevilla, 2001.

¹⁹El Plan Brady fue una estrategia adoptada en 1989 para reestructurar la deuda contraída por los países en desarrollo con bancos comerciales, que se basa en operaciones de reducción de la deuda y el servicio de la deuda efectuadas voluntariamente en condicio-

Pero, será con la crisis financiera de 2001, cuando la Argentina declara el default sobre su deuda soberana. Dicha decisión generó una crisis local con consecuencias internacionales, particularmente porque, al momento de declarar el default, un cuarto de la deuda del total operado en el mercado emergente, correspondía a bonos argentinos. A ello debe sumarse que existían más de 150 tipos de bonos nominados en 6 monedas diferentes, diseminados en inversores minoristas y con subsumidos legalmente bajo 8 jurisdicciones nacionales. Hacia 2005, el país logrará un acuerdo con parte de los acreedores de los bonos, con una quita sobre el valor de los mismos y que se extendiera el plazo de pago, aspecto sobre el cual el Estado aún está negociando. Sin embargo un porcentaje menor de estos *holdout*, no accedieron a las condiciones de reestructuración de la deuda soberana, por lo que llevaron sus demandas por cerca de u\$s 20.000 millones a diversos tribunales de Alemania e Italia, pero principalmente ante la jurisdicción de tribunales norteamericanos, atento que eran éstas las jurisdicciones en las cuales se habían ofertado y emitidos los bonos argentinos. A su vez, dichos reclamos se han planteado tanto a título particular como mediante el mecanismo de *class action*, aspectos este último que será controvertido en la decisión sobre jurisdicción en el asunto Abaclat, dentro del ámbito del Tribunal ad hoc del CIADI.

Como se expresara, las mayores disputas legales se han planteado ante tribunales locales de los Estados Unidos y particularmente en ámbito de la justicia federal de distrito de New York. Recuérdesse que el principal juez interviniente, Thomas Griesa, que en un primer momento había fallado a favor de la Argentina, luego comenzó a apoyar el reclamo de los *holdouts*, llegando a ordenar el embargo de fondos argentinos en Norteamérica. Como se sostuvo, *los tenedores de bonos acudían a los tribunales del país en que había sido emitido el bono. Así, en función de la preeminencia de las plazas financieras de Nueva York y Londres, la mayoría de los bonos terminaban reconociendo la jurisdicción de una u otra ciudad. Dado que una gran mayoría de los*

nes de mercado. Los esquemas de reducción de deuda se sustentaban en el hecho de que existe un exceso de deuda en las economías de los países en desarrollo que merma la posibilidad de inversión, por lo que la reducción en el saldo adeudado (extensión de los plazos junto con periodos de gracia) debería generar un cierto nivel de inversión productiva que se traduciría luego en un incremento de la capacidad de pago.

*bonos emitidos por el país lo fueron en dólares pagaderos en Nueva York y reconociendo la legislación de NY, es posible explicar la trascendencia del Juez Griessa. En su momento, dicho encuadre jurídico parecía el más adecuado para defender los derechos de los bonistas - cuyos contratos completos parecían imposibles de vulnerar. La crisis argentina vino a demostrar lo desacertado de tal pronóstico*²⁰.

Sin embargo, las disputas legales entre los bonistas²¹ y el Estado argentino, han continuado ante tribunales de alzada (hacia julio de 2011 la Corte de Apelaciones de New York, aceptó el caso en donde el Estado ha solicitado el levantamiento del embargo sobre los depósitos del Banco Central del país por cerca de U\$S 100 millones), y posiblemente llegue hasta la propia Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, al tratarse de temas referidos sobre si los depósitos bancarios a los cuales los bonistas pretenden acceder para cobrarse los valores originarios de los bonos, están protegidos bajo la inmunidad de bienes de los Estados o no. Siguiendo la tradición jurisprudencial de la Corte Suprema, se podría inferir que tales depósitos serán considerados bajo ese ropaje de inmunidad de jurisdicción sobre bienes de estados extranjeros que fija la propia norma estadounidense (FSIA)²².

Estas previsible decisiones de los tribunales locales, ha llevado a los tenedores de bonos argentinos, a plantear sus reclamos ante otras jurisdicciones locales y ante tribunales arbitrales de inversión²³. Y como primer

²⁰ Conf. LARROSA, J.M., *El plan Brady: Un enfoque del caso argentino*, Universidad Nacional del Sur, 1994.

²¹ STANLEY, L., "Resolución de conflictos en materia de bonos soberanos: una "crítica" mirada institucional al papel del CIADI". *Nuevos documentos CEDES*, N° 58/2009, Buenos Aires, pág. 17.

²² Cabe remarcar que actualmente ya no son, en su mayoría, los bonistas en forma individual lo que reclaman al Estado, sino un grupo de inversores que han comprado los derechos sobre tales bonos (vulgarmente denominados como "fondos buitres". Las demandas ante la justicia norteamericana fueron presentadas en 2005 por EM Ltd. (una sociedad de las Islas Cayman controlada por Kenneth Dart) y NML Capital Ltd. (una sociedad de las Islas Cayman controlada por Elliot International L.P.) quienes solicitaron el embargo de aproximadamente 100 millones de dólares que el Banco Central de la Argentina tenía depositados en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York.

²³ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub L. 94-583, codified at 28 USC Section 1602. Es importante destacar que la Corte Suprema de los Estados Unidos

camino, han elegido el ámbito del arbitraje del CIADI, bajo el cual se pueden plantear demandas en base al TBI Argentina e Italia, principalmente.

I.3. El caso “Abaclat vs. Argentina”. Alcances y límites sobre la interpretación de los árbitros a los tratados de inversión extranjera y arbitraje

Como consecuencia de las decisiones judiciales adversas en los foros locales, un grupo de tenedores de bonos (180.000 - principalmente de nacionalidad italiana y organizados bajo la denominada *Task Force Argentina* -TFA) presentaron en septiembre de 2006 una demanda contra la Argentina, amparándose en el TBI entre Argentina e Italia de 1990²⁴. Como se expresara anteriormente, si bien este tipo de demandas se presenta como novedosa en *ratione materiae* y en *ratione personae*, cabe recordar que asuntos con elementos de portafolios financieros, ya habían sido considerados por tribunales arbitrales del CIADI (CSOB, FEDAX, MHS) pero en estos casos, los instrumentos legales-financieros, permitían una clara identificación de los acreedores, a la vez que no surgían de diferencias sobre el alcance de instrumentos otorgados para aspectos que no fueran para inversiones. Hacia 2010, el Estado efectuó una nueva oferta de canje de bonos a la que accedieron unos 120.000, por lo cual sólo unos 60.000 bonistas permanecieron en la demanda de arbitraje. Los demandantes alegan que el Estado violó el trato justo y equitativo, plena

siempre había respetado el principio de la inmunidad absoluta de la soberanía, como quedó expuesto en sus fallos *The Schooner ‘Exchange’ vs. Mc Faddon and others* y *Victory Transport, Inc.*, en los cuales no hacía distinciones entre los actos de *iure gestionis* y *iure imperii*, pero tal jurisprudencia fue modificada en la causa *Alfred Dunhill of London, Inc. vs. Republic of Cuba*, 425 US. 682, donde se sostuvo que “la inmunidad del soberano no se aplica en los casos que nacen de transacciones puramente comerciales”.

²⁴ Sobre las estrategias de litigio en diversos foros y particularmente ante instancias de arbitraje de inversión ver: WAIBEL, M. “Opening Pandora’s Box: Sovereign Bonds in International Arbitration”, *American Journal of International Law*, vol. 101, 2007, págs. 711-759; GRIFFIN, P. - FARREN, A. “How ICSID Can Protect Sovereign Bondholders”, *International Financial Law Review*, Vol.24, September 2005; STRONG, S.I. *Mass Torts and Arbitration: Lessons from Abaclat vs. Argentine Republic*. *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper*, N° 2012, pág. 15

protección y seguridad y las cláusulas de expropiación del TBI entre Italia y Argentina, incumplimiento sus obligaciones asumidas al momento de emitir los bonos y seguido por una oferta posterior de compensaciones parciales que los demandantes no aceptaron como válida.

Hacia agosto de 2011, el tribunal ad hoc del CIADI para resolver las cuestiones de admisibilidad, dictó un laudo que ha generado hasta la fecha mucha polémica sobre los modos de interpretación de los árbitros sobre los alcances del derecho internacional de los inversiones extranjeras. En una decisión dividida de los árbitros, el tribunal consideró que la compra de bonos soberanos en cualquier lugar del mundo es una “inversión” realizada “en el territorio” del Estado emisor y protegida conforme a tratados bilaterales de inversión, siendo “irrelevante” a qué se destinan los fondos así obtenidos²⁵.

El Estado se ha opuesto a estas pretensiones alegando que la diferencia por la que reclamaban los demandantes no surgía directamente de una inversión (requisito para que el CIADI pueda entender en un caso, conforme al artículo 25 de su propio Convenio), ni era una inversión “en el territorio” de Argentina al haber sido emitidos los bonos bajo leyes y jurisdicción extranjera, ni era, por tanto, una inversión protegida en el marco del tratado entre ambos países, destinada principalmente a tener como fin el “desarrollo del país”²⁶.

Uno de los principales puntos de divergencia en el caso, está dado sobre la interpretación de si la compra de bonos soberanos de un Estado, debe ser considerado como “inversión” a tenor del derecho internacional de las inversiones extranjeras. Tal como se expresara anteriormente, el

²⁵ *Abaclat y otros (Giuliana Becarria) vs. Argentina*. (Caso CIADI ARB/07/5). Los demandantes agrupados en cerca de 160.000 bonistas reclaman una indemnización de US\$ 4.4 mil millones. Inicialmente el caso fue objetado por el Estado en cuanto a su registro, pero las pretensiones fueron desestimadas por el Secretario General del Tribunal, quien consideró que la controversia no era “manifiestamente ajena a la competencia del CIADI” (párrafo 108 de la decisión). Decisión del 7 de febrero de 2007.

²⁶ El 15 de septiembre de 2011, Argentina presentó una solicitud de recusación de los dos árbitros que votaron a favor de la competencia del Tribunal Arbitral. El 21 de diciembre de 2011 el Presidente del Consejo Administrativo del Centro (que es el Presidente del Banco Mundial), de acuerdo a la competencia que le otorga el artículo 58 del Convenio, resolvió rechazar la solicitud de recusación en términos no desvelados oficialmente.

Convenio de Washington, no especifica sobre qué debe entenderse por inversión para acceder a un tribunal arbitral, porque la interpretación de dos de los árbitros que votaron a favor, consistió en expresar que ese silencio “deja margen para una ulterior interpretación”²⁷. De tal suerte que pasa a ser la interpretación de un tribunal y no la voluntad de las partes la que decide qué inversiones los Estados habían decidido proteger; sin tener en cuenta que tal como sucede en este caso, las partes expresamente acordaron proteger exclusivamente “inversiones en el territorio” que “contribuyan a la prosperidad” del país.

El Tribunal estableció que la inversión en bonos soberanos puede ser calificada como una inversión en Argentina a efectos de la aplicación de los tratados de protección, apreciando que encajaba tanto en la definición del artículo del 25 del Convenio, como en la del artículo correspondiente del TBI aplicable (en este caso, art. 1.1 del TBI Italia-Argentina). Así, desde el punto de vista del artículo 25 del Convenio, el Tribunal examinó una de las cualidades que habitualmente se predicen de las inversiones en el contexto del CIADI (la contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión) y estimó que los bonos cumplían esa función.

A su vez, el Tribunal entendió que la inversión en forma de deuda pública se había realizado “en el territorio de Argentina”, dada la naturaleza de la inversión concretamente considerada. Para el Tribunal, en el caso de la deuda pública importa dónde se disfruta de su beneficio económico (en Argentina) y no dónde se adquiere (en el mercado internacional).

El tribunal, apartándose expresamente sobre lo resuelto en *Salini vs. Marruecos*, a los límites que debe constituir una inversión, afirmó:

*(...) No cabe duda que los fondos generados a través del proceso de emisión de bonos fueron puestos en definitiva a disposición de Argentina y sirvieron para financiar el desarrollo económico de Argentina*²⁸.

Ante ello cabe preguntarse, cómo llegó el tribunal a tales conclusiones? Conocía el trayecto del dinero fruto de la venta de los bonos y el destino que el Estado dispuso de ellos? Pero las apreciaciones del tribunal parecen contradictoria en los mismos párrafos. Seguidamente sostuvo que:

²⁷ *Abaclat y otros (Giuliana Becarria) vs. Argentina*. (Caso CIADI ARB/07/5). Laudo sobre jurisdicción. 4 de agosto de 2011, pág. 112 y ss.

²⁸ *Ibidem*, Párr. 518 y ss.

(...) Si esos fondos se utilizaron realmente para el pago de deudas preexistentes de Argentina o si fueron utilizados en gastos del Gobierno es irrelevante. En cualquiera de los dos casos, fueron utilizados por Argentina para manejar sus finanzas y debe considerarse que tales fondos contribuyeron al desarrollo económico de Argentina y por tanto que la inversión se realizó en Argentina ²⁹.

Esta apreciación hecha por el tribunal ha tenido un sentido general y simplista sobre el destino de los fondos recaudados con la venta de los bonos. Al igual que la venta de cualquier acción de valores de una empresa, los bonos soberanos están sometidos a un régimen de especulación en cuanto a los riesgos sobre las posibles pérdidas ocasionadas por situaciones macro-económicas o financieras producidas tanto dentro como fuera del Estado emisor, y no como una inversión que genera un desarrollo productivo “directo” en el país.

Es llamativa la postura de la mayoría del tribunal al considerar que las pautas del asunto Salini, no es un “enfoque apropiado”, porque si no los cumple “no podría considerarse una inversión y carecería de protección procesal” ³⁰. De esta forma el tribunal, cual “lecho de Procastro” decidió encorsetar su decisión a fin de que el caso pueda ser considerado como una posible inversión.

Como se señalara, el caso tuvo un voto disidente por parte del árbitro Georges Abi-Saab. En su opinión ³¹, éste criticó la posición de los árbitros Pierre Tercier y Albert Jan van der Berg, al considerar a los bonos como una “inversión” protegida bajo el TBI, sosteniendo a su vez, la extralimitación del tribunal al habilitar la jurisdicción del Centro sobre demandas masivas, sin el consentimiento del Estado ³².

Para el árbitro Abi-Saab, la falta de una definición explícita de inversión en el Convenio, no significa que el término esté abierto a cualquier definición que los Estados provean en sus tratados, recordando que la

²⁹ *Abaclat y otros vs. Argentina*. (Caso CIADI N° ARB/07/5). Laudo sobre jurisdicción del 4 de agosto de 2011. Párr. 378.

³⁰ *Ibidem*. Párr. 378.

³¹ *Ibidem*. Párr. 363 y 364.

³² Disponible en: http://italaw.com/documents/Abaclat_Dissenting_Opinion.pdf

inversión es aquella que “contribuye al desarrollo económico del país anfitrión, es decir, a la expansión de su capacidad productiva”³³.

El Profesor Abi-Saab también criticó la decisión mayoritaria de permitir a los demandantes omitir un requisito contenido en el TBI entre Argentina e Italia, por el cual las partes contendientes primero intenten resolver sus diferencias a través de la consulta y los tribunales del país anfitrión durante 18 meses, antes de recurrir a arbitraje. La mayoría había fallado que sería “injusto” denegar la reclamación en base a la no presentación de la diferencia ante tribunales argentinos. Esto se dio porque la mayoría sostuvo que Argentina “no estaba en una buena posición para abordar adecuadamente la presente diferencia dentro del marco de su sistema legal interno”. En respuesta, el Profesor Abi-Saab recordó los alcances del artículo 26 del Convenio, que establece que: *Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.*

Como el requisito de agotamiento de las vías locales es una “condición a su consentimiento”, también es una limitación a la jurisdicción. Así, el incumplimiento del período de 18 meses de litigio debería haber resultado en la denegación del caso por falta de jurisdicción. Recuérdese que en los asuntos *Winthershall vs Argentina* y *TSA vs Argentina*, se enfatizó la necesidad de someter la controversia a los tribunales del Estado demandado, previo al inicio de un procedimiento ante un tribunal arbitral internacional, por lo que en ambos casos se rechazó el acceso a la jurisdicción del CIADI³⁴.

En el primer caso, el conflicto se enmarcó en el ámbito del TBI entre Argentina y Alemania, el cual establece que los inversores “deben” someter la controversia a los tribunales domésticos del Estado demandado por un término de 18 meses. Transcurrido el plazo aludido o, en su even-

³³El voto que no fue publicado en el mismo laudo del 4 de agosto, se hizo público meses posteriores (28 de octubre) con la denuncia del árbitro de que se le impidió su publicación en forma como anexo al laudo. Ello llevó a su renuncia al tribunal el 2 de noviembre de 2011 y la posterior designación como tercer árbitro de Santiago Torres Bernárdez.

³⁴*Abaclat y otros vs. Argentina*. (Caso CIADI ARB/07/5). Laudo sobre jurisdicción del 4 de agosto de 2011. Opinión disidente del Juez Abi-Saab. 28 de octubre de 2011. Párr. 50.

tualidad, antes si se obtiene una sentencia definitiva y aún el conflicto continúa, el inversor podrá elegir la vía arbitral. El inversor no cumplió el término de los 18 meses, invocando la aplicación de la cláusula de NMF que los eximía de ese requisito a tenor del TBI entre Argentina y EE.UU, en el cual se establece la aplicación de la cláusula *fork in the road* a la que se aludirá posteriormente. En el caso de *TSA*, la empresa inversionista de nacionalidad belga, utilizó la misma argumentación de no cumplimentar el proceso interno en el Estado, pero manifestando la cláusula de NMF en razón de lo estipulado en el TBI entre Argentina y Holanda.

Ambos tribunales sostuvieron que el requisito de someter el caso en una primera fase a los tribunales del Estado receptor, en el plazo fijado por el TBI respectivo, no era de mero carácter procesal, sino que está impuesto como un exhaustivo control por los recursos locales con la limitación temporal en cuestión.

Por otra parte, respecto a los alcances del texto del TBI entre Argentina e Italia en lo que hace al lugar de aplicación, las Partes Contratantes “crearon” expresamente un límite respecto de las inversiones que querían proteger (en el territorio y con fines de desarrollo), y es la interpretación del tribunal la que no sólo “no debe”, sino que “no puede”, sobrepasar ese límite. El tribunal no tiene, ni podría tener, facultades para reemplazar la voluntad soberana de las partes. En tal sentido, los títulos fueron vendidos en mercados financieros fuera de Argentina, nominados en monedas extranjeras, canalizados a través de intermediarios de otros países y sujetos a las leyes fuera de Argentina. Al no estar basados en el territorio argentino, los títulos no pueden ser considerados como una inversión protegida bajo el TBI entre Argentina e Italia o el Convenio. Con esta acción de demanda ante tribunales arbitrales, en palabras del árbitro *Abi-Saab*, *han pretendido presentarse ante un tribunal del CIADI donde la presunta inversión es totalmente independiente y descolgada, sin anclaje, aunque, quizás remoto, en un proyecto económico, empresa o actividad subyacente en el Estado anfitrión. Ninguno de los argumentos lógicos expuestos en el laudo de la mayoría para paliar esta ausencia, tiene sentido*”³⁵.

³⁵ *Winthershall Aktiengesellschaft vs. Argentina*. (Caso CIADI N° ARB/04/14). Laudo del 8 de diciembre de 2008; *Thales Spectrum de Argentina TSA vs. Argentina*. (Caso CIADI N° ARB/05/5). Laudo del 19 de diciembre de 2008.

Teniendo en cuenta la cláusula de elección de foro contenidas en los instrumentos de los bonos, es criticable la postura del Tribunal de asumir su competencia. Sin embargo, el Tribunal siguió una distinción común en el ámbito del arbitraje de las inversiones extranjeras, al distinguirse entre las reclamaciones por violación del contrato y las reclamaciones en virtud de la violación de los tratados (*contract claims - treaties claims*)³⁶. Es bien aceptado por los tribunales internacionales y la escritura académica que el mero incumplimiento de un contrato entre un Estado y un inversionista no equivaldría a una violación de un acuerdo de protección de inversiones. Sin embargo, en caso de que el Estado ejerce su soberanía y ya no actúa como un partido “normal” de contratación, un incumplimiento de contrato también puede constituir una violación de un tratado de inversión.

El que tribunales como el CIADI, posibiliten que este tipo de demandantes (de los cuales en su mayoría no son personas físicas sino personas jurídicas que compraron a precio reducido los derechos sobre los bonos originarios, dedicados a la especulación financiera) abre un panorama preocupante ante los Estados que usualmente efectúan la colocación de bonos soberanos para paliar situaciones económicas que no tienen como objeto principal una inversión, por lo que, frente a cualquier situación provisoria de cesación de pagos que pudiera surgir, los tenedores de bonos evitarían efectuar una reestructuración del valor de los bonos, y considerar a tal situación como una expropiación directa o indirecta.

Por otra parte, se debe mencionar también que el mecanismo del Convenio, prevé la posibilidad de que los Estados Partes, puedan efectuar una “reserva” al momento de consentir su participación en el Convenio y en una fase posterior de su participación en el marco del Convenio. Particularmente, el artículo 25(4), establece que:

Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción (...).

En tal sentido, no sólo se puede excluir expresamente algunos sectores de inversión (o no considerarlos como tales) que pueden ser de inte-

³⁶*Abaclat y otros vs. Argentina*. (Caso CIADI ARB/07/5). Laudo sobre jurisdicción del 4 de agosto de 2011. Opinión disidente del Juez Abi-Saab. 28 de octubre de 2011. Párr. 110.

rés nacional para el Estado en las cláusulas de los TBI, sino también en el proceso de acceso a la jurisdicción del CIADI. En el caso de la República Argentina, tal reserva o declaración interpretativa no fue efectuada hasta la actualidad.

Dentro de los puntos debatidos, el tribunal también enfatizó que los bonos soberanos, al ser puestos en el mercado financiero, son una “inversión productiva en el territorio de Argentina” que tuvo como fin la prosperidad de Argentina, ya que ese es el objeto y fin del tratado bilateral entre ambos países.

Cabe remarcar que los fondos que se destinen a cualquier otro fin que no sea una inversión productiva con fines de desarrollo no tienen calidad de inversión protegida en el marco del derecho internacional de las inversiones extranjeras, por lo que forzar tales límites implica desestimar la interpretación de los tratados “de buena fe” y según el “sentido corriente” de sus términos, acorde lo estipulado por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados entre Estados de 1969. Los tratados protegen inversiones productivas, en el sentido ordinario de esos términos, realizadas en el territorio de las Partes Contratantes y en tal sentido la mera compra de títulos valores en el extranjero no cumple con tales supuestos, indistintamente de cómo se utilizan los ingresos económicos de tales ventas de bonos.

A su vez, respecto de su competencia *ratione personae*, el Tribunal estableció que los únicos requisitos relevantes para poder conocer de reclamaciones presentadas por personas físicas eran que, al tiempo de consentir el arbitraje y al tiempo de registro por el CIADI de la solicitud de arbitraje, tuvieran nacionalidad italiana, que no tuvieran nacionalidad argentina y que no hubieran estado domiciliados en Argentina más de dos años antes de la adquisición de los títulos de deuda. Bajo esa regla, el tribunal rechazó la relevancia de las alegaciones efectuadas por Argentina sobre las condiciones personales de algunos de los demandantes. Asimismo, respecto a las personas jurídicas, para el tribunal, lo relevante es que las sociedades estuvieran constituidas de acuerdo con la ley italiana y que tuvieran su sede social en territorio italiano al tiempo de presentación de la solicitud de arbitraje; es decir, una aplicación pura del artículo 25.2.b) del Convenio.

Otra de las continuas críticas a la apertura de la jurisdicción de casos ante el CIADI, es el *ius standi* de los demandantes en cuanto a su calidad como tales y el otorgamiento de consentimiento en los contratos para

acceder a tribunales arbitrales, el Tribunal aceptó la manera en la que los demandantes habían prestado su consentimiento al arbitraje CIADI, a través del conjunto de documentos preparados por la asociación de bancos italianos TFA (una carta de instrucción, un poder de representación, un contrato de mandato y unos cuestionarios). Para el Tribunal resultó irrelevante que Argentina haya aceptado o no de forma expresa la interposición de una reclamación colectiva, pues esto afecta solamente a la gestión del procedimiento y no a una cuestión de consentimiento. Es criticable lo resuelto por la mayoría del tribunal al señalarse que la legitimidad de acción de los demandantes “no se podía excluir por ser una demanda colectiva, al considerar que si el tribunal posee jurisdicción sobre las reclamaciones de varios demandantes individuales, es difícil concebir por qué y cómo el Tribunal podría perder jurisdicción cuando el número de demandantes sobrepasa un cierto límite”³⁷. En tal sentido, es claro lo sentenciado por el árbitro disidente, al sostener que hay diferencias fundamentales entre una acción bilateral y una demanda de clase (o un procedimiento representativo), y aquellas diferencias apelan a un consentimiento especial por los Estados Parte del Convenio. Particularmente porque la mayoría de los procedimientos representativos o acciones de clase, no fueron introducidos en jurisdicciones internas o internacionales en el momento en que se redactó el Convenio. Además, todas las demandas masivas adjudicadas a nivel internacional se han basado en el consentimiento especial de las partes, y con reglas de procedimiento diseñadas para adaptarse a estos procedimientos. Estas prácticas sólo llevan a generar mayores discrepancias entre los Estados partes del Convenio, al apreciar que se pretende por medio de interpretaciones sofistas, introducir nuevas pautas de competencia y acceso a la jurisdicción de quienes no reúnen los requisitos expresamente establecidos en el tratado. Las “lagunas” procesales no pueden ser aplicadas como una posible puerta trasera para que por ella se introduzcan cualquier tipo de demanda sobre tipologías de inversiones y actores que oportunamente nada han dicho sobre acudir a tribunales arbitrales, más aún cuando el propio Estado no ha prestado su consentimiento en forma clara y expresa.

³⁷ FERNÁNDEZ MASIA, E. “Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 2010. Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/10.pdf

El tratado es el resultado de un intercambio de consentimientos sobre un instrumento de previsibilidad y seguridad jurídica. Como cualquier texto, en presencia de disposiciones oscuras e incompletas, la interpretación se impone. Los tratados en materia de inversión extranjera tienen principalmente por objeto de proteger al inversionista contra los actos injustos del Estado de recepción. En caso de violación del tratado, el Estado tiene que ser condenado. Sin embargo, eso no justifica que los árbitros deban ir más allá de su misión para reescribir los tratados e instaurar un control de legalidad internacional en donde en ningún momento tales mecanismos fueron previstos³⁸.

A su vez, el cambio de interpretaciones sobre los casos ya laudados sobre temas controvertidos y que han dado luz a conceptos como inversión, genera una mayor inseguridad en el sistema arbitral de inversiones. Como se ha sostenido, la confianza en las decisiones precedentes es una característica fundamental en todo proceso decisivo. Aprovechar la experiencia de decisiones anteriores juega un importante papel para asegurar la necesaria uniformidad y estabilidad de la jurisprudencia, cuya necesidad de coherencia es evidente pues fortalece la previsibilidad de las decisiones y su autoridad³⁹. Sin embargo, en el caso del CIADI cada tribunal se constituye al efecto de la disputa sometida a decisión. Según el art. 53 del Convenio, el laudo es obligatorio para las partes, mientras que nada dice acerca de si es o no vinculante para otros casos.

II. Reflexiones finales

La mayoría de los TBI firmados por los países latinoamericanos tienen definiciones amplias de inversión lo que conlleva el riesgo de expan-

³⁸ *Abaclat y otros vs. Argentina*. (Caso CIADI ARB/07/5). Laudo sobre jurisdicción del 4 de agosto de 2011. Opinión disidente del Juez Abi-Saab. 28 de octubre de 2011. Párr. 279 y ss.

³⁹ Conf. GRAHAM, J. A., “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, N° 15, 2004, págs. 147-165; PALLARES, B. “El derecho internacional de la inversión extranjera y los mecanismos de solución de conflictos. El Estado nacional ante el CIADI”. Disponible en: <http://www.econ.uba.ar/acuerdos%20y%20regulaciones/internacional>

dir la protección de aspectos más allá de la intención original de los países receptores. Así, estas definiciones tan amplias -que en su mayoría incluyen protección en temas financieros o de varios tipos de propiedad intelectual- han creado perjuicios notorios para los países, debido a que han tenido que enfrentar juicios en casos de estados de necesidad o de carácter excepcional o demandas que involucran temas de políticas públicas de los Estados. En particular, el tema de la reestructura de la deuda externa soberana está siendo considerado con preocupación especial porque afecta seriamente la capacidad de los Estados de reestructurar su deuda.

Este primer caso resuelto sobre el acceso a la jurisdicción de ámbitos arbitrales, ha devenido en un interesante estudio de cómo la jurisprudencia puede reescribir el derecho internacional de las inversiones extranjeras. Si se consolidara la postura del caso *Abaclat*, se estaría permitiendo que cualquier cesación de pagos (aunque ésta muestre un carácter transitorio), que normalmente origina una operación de reestructuración, podría terminar siendo considerada como un acto expropiatorio.

Los laudos y las decisiones de tribunales de arbitrajes del CIADI merecen un cuidadoso análisis por parte de las autoridades de países que han suscrito acuerdos bilaterales de inversión. Los países deberían rever la “letra chica” de tales tratados, porque ésta es la que permite forzar interpretaciones en sentidos ajenos al espíritu de los TBI.

Si se confirmara la decisión del asunto *Abaclat*, casi cualquier cosa relacionada con transacciones financieras puede ser una “inversión protegida”, incluida la calificación crediticia.

Los especuladores financieros, tenedores de bonos soberanos del mundo desarrollado, emergente o en desarrollo, mañana reclamarán que la obligación de los Estados de proteger esas “inversiones” abarca también el mantenimiento de valor de los bonos, o su rendimiento, y aun su calificación crediticia.

Por ahora, la apertura de la jurisprudencia en el caso *Abaclat*, habilitaría una nueva visión de la evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras. En foros como éstos, se puede apreciar cómo cada vez más, por vía de decisiones arbitrales se pretende “avanzar” en la interpretación y evolución del derecho internacional. Resta por esperar qué resuelve el tribunal sobre el fondo de la disputa y, lo que finalmente exprese un eventual Comité de anulación del CADI, lo que indefectiblemente planteará el Estado de mantener su postura.

A la luz de las apreciaciones aludidas, Argentina podría impugnar la decisión sosteniendo que son aplicables a ésta las reglas de revocación de laudos del propio CIADI cuando los tribunales se extralimitan manifiestamente en sus atribuciones, como en este caso, “interpretando” la letra expresa del tratado, que no requería interpretación alguna, para “crear” una competencia que no le concede el TBI aplicable al caso ni el propio Convenio.

LA CAZA DE FOCAS PELETERAS EN EL PACÍFICO: DOS CASOS DE ESTADO DE NECESIDAD EN LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XIX *

*María Alejandra Sticca ***

Sumario: Asunto de la *Pesca de focas de peletería frente a la costa de Rusia* del año 1893. Asunto de la *Caza de focas de peletería en el Mar de Bering*, entre Estados Unidos de América y Gran Bretaña resuelto en 1893.

En este artículo nos detendremos en dos laudos arbitrales pronunciados en las postrimerías del siglo XIX en los que Rusia y EE.UU. se fundaron sus medidas de tendientes a la preservación de las focas en la legítima defensa/fuerza mayor y en la auto-conservación. Nosotros consideramos que son dos casos de estado de necesidad por reunirse los elementos característicos de esta circunstancia de exclusión de ilicitud.

Ambos laudos presentan un contenido ambiental indudable, consecuente con la concepción del medio ambiente imperante en la época. Estos laudos son los antecedentes inmediatos de lo que Juste Ruiz, siguiendo a Kiss, caracteriza como la “prehistoria del Derecho Internacional ambiental”.

Juste Ruiz afirma que la “prehistoria” del Derecho internacional ambiental se inicia a comienzos del siglo XX con una etapa marcada por el utilitarismo ambiental y orientada esencialmente a la protección de aquellos elementos del ecosistema que poseían una utilidad para la producción

* Artículo recibido el 1 de octubre de 2011 y aprobado para su publicación el 2 de diciembre de 2011.

** Abogada. Lic. en Relaciones Internacionales Mgr. en Cooperación Internacional al Derecho. Doctorando en Derecho (UNC). Prof. de Derecho Internacional Público en UNC y en UCES Sede San Francisco. Miembro del Instituto de Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

o presentaban un valor económico por ser objeto de utilización comercial. Ejemplos de esta orientación son el Convenio de París de 19 de marzo de 1902 sobre la protección de las aves útiles a la agricultura, el Convenio entre los Estados Unidos y el Reino Unido de 11 de enero de 1909 relativo a la protección contra la contaminación de los ríos fronterizos con los dominios del Canadá y los Convenios de Washington de 7 de febrero (Estados Unidos-Reino Unido) y de 7 de julio de 1911 (Estados Unidos, Reino Unido, Rusia, y Japón) sobre la protección de las focas para peletería”¹.

Nos encontramos frente a dos casos que tienden a la protección de la pesca de altura, específicamente focas para peletería, recurso que debía ser protegido no obstante que se encontrase en un espacio más allá de la jurisdicción del Estado ribereño. Como resultado de estos pronunciamientos, precursores en la materia, se aprobaron tratados internacionales tendiente a la protección del recurso que se pretendió conservar. En ambos asuntos encontramos a Gran Bretaña como contraparte y Estados Unidos de Norteamérica en el primero de los casos como demandado y en el segundo como demandante. A ello debemos agregar que ambos casos se desarrollan exactamente en la misma época, año 1893.

Asunto de la Pesca de focas de peletería frente a la costa de Rusia del año 1893

Este caso se refiere al derecho del Estado a adoptar regulaciones para la conservación de focas más allá del ámbito bajo su jurisdicción. Recordemos que en esa época no se había determinado convencionalmente la anchura de lo que hoy entendemos por mar territorial.

En 1893 y ante el aumento en proporciones preocupantes de la captura de focas de peletería cerca de las aguas territoriales rusas por pescadores británicos y norteamericanos, y en vista de la inminencia de la apertura de la estación de caza, el gobierno ruso para conjurar el peligro

¹ JUSTE RUIZ, J., *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, España, Mc Graw-Hill, 1999, pág. 16.

de exterminio de esos animales, emitió un decreto en febrero de 1893 por el que prohibía la caza en una zona contigua a sus costas, pero que en esa época formaba parte del alta mar. El decreto ruso prohibía la captura de esas focas en un límite de diez millas a partir de la costa rusa y en un radio de 30 millas alrededor de las Islas Komandorsky y Tulénew.

En una carta de febrero de 1893 al embajador británico Sr. Morier, el ministro ruso de Relaciones Exteriores explicó que esa medida se había adoptado a causa de la necesidad absoluta de tomar medidas provisionales inmediatas ante la inminencia de la estación de caza. Asimismo consideró importante destacar el carácter esencialmente provisional de las medidas tomadas impuestas por las circunstancias excepcionales. Caracterizó la medida del modo siguiente:

“... creo útil insistir en el carácter esencialmente provisional de las medidas anteriormente mencionadas, impuestas por las presentes circunstancias excepcionales, que pueden reconocerse “como un caso de fuerza mayor y asimilarse al caso de legítima defensa”^{2 3}.

Además el ministro ruso declaró que el Gobierno ruso estaba dispuesto a entablar negociaciones con los otros dos gobiernos a fin de concertar un acuerdo para una mejor reglamentación de la captura. Finalmente, ambos Estados suscribieron en mayo de 1893 un tratado sobre el tema.

El tribunal arbitral por mayoría de seis votos sobre uno encontró que Rusia no tenía jurisdicción exclusiva sobre el Mar de Bering ni sobre la pesca más allá de las aguas jurisdiccionales. Unánimemente el tribunal señaló que el Mar de Bering es parte del Océano Pacífico en los términos del tratado de 1825.

La Comisión de Derecho Internacional consideró interesante este caso en tanto afirmación de la excusa de necesidad y porque reúne varias

² In a letter to the British Ambassador dated 12 (24) February 1893, the Russian Minister for Foreign Affairs, Chickline, explained that the action had been taken because of the “*absolute need* for immediate provisional measures” in view of the imminence of the hunting season. He added that he considered it necessary to: “emphasize the essentially precautionary [*provisoire*] character of the above-mentioned measures, which were taken under the pressure of *exceptional circumstances* . . .”

³ *Ibidem*, pág. 29

condiciones que tienen que estar presentes en la misma, la naturaleza excepcional de la medida, el carácter inminente del peligro, la imposibilidad de evitarlo por otros medios y el carácter temporal de la medida. El carácter excepcional de la medida está dado porque fue adoptada teniendo en cuenta la inminencia de la temporada de pesca, mientras duraba la misma y además que Rusia no podía adoptar otro tipo de medida, es decir, era el único medio a su alcance y no había contribuido a crear tal situación.

Este caso nos suscita algunas dudas acerca de qué valor podría tener el decreto pronunciado por Rusia sobre la pesca en un área que no está bajo su jurisdicción y además si el caso se plantease en nuestros días podríamos hablar de un previo hecho ilícito de los otros Estados.

El caso que pasamos a considerar a continuación presenta algunos puntos de contacto con el antes referido, *i.a.* las partes involucradas, pesca de focas en zona más allá de aguas jurisdiccionales, necesidad de protección de la especie frente a la caza indiscriminada.

Asunto de la Caza de focas de peletería en el Mar de Bering, entre Estados Unidos de América y Gran Bretaña resuelto en 1893 ⁴

En primer término, debemos recordar que en 1867 cuando EE.UU. adquirió de Rusia el territorio de Alaska, también adquirió la importante industria peletera en las islas Pribilof en el Mar de Bering así como la responsabilidad de proteger esa industria.

El 29 de febrero de 1892 se firmó un tratado entre EE.UU. y Gran Bretaña a fin de someter a arbitraje la controversia relativa a la preservación de un valioso rebaño de focas peleteras en las islas Pribilof en el Mar de Bering. La controversia surgió ante el peligro de extinción de las focas en las islas debido a la caza indiscriminada de hembras por parte de pescadores ingleses.

En 1893 se sometió a tribunal arbitral ⁵, al que de común acuerdo las partes formularon cinco preguntas, a saber:

⁴ Véase MIROVITSKAYA, N.; CLARK, M. y PURVER, R., North Pacific fur seals in cmcb.ucsd.edu/content/1/docs/mirovitskaya.pdf

⁵ Baron de Courcel, Lord Hannen, Mr. Justice Harlan, Sir John Thompson, Senator Morgan, the Marquis Visconti Venosta and Mr. Gregers Gram.

“1. What exclusive jurisdiction in the sea now known as the Behring’s Sea, and what exclusive rights in the seal fisheries therein, did Russia assert and exercise prior and up to the time of the cession of Alaska to the United States?”

2. How far were these claims of jurisdiction as to the seal fisheries recognized and conceded by Great Britain?

3. Was the body of water now known as the Behring’s Sea included in the phrase Pacific Ocean, as used in the Treaty of 1825 between Great Britain and Russia; and what rights, if any, in the Behring’s Sea were held and exclusively exercised by Russia after said Treaty?

4. Did not all the rights of Russia as to jurisdiction and as to the seal fisheries in Behring’s Sea east of the water boundary, in the Treaty between the United States and Russia of the 30th of March 1867, pass unimpaired to the United States under that Treaty?

5. Has the United States any right, and if so, what right of protection or property in the fur-seals frequenting the islands of the United States in Behring Sea when such seals are found outside the ordinary three-mile limit?”

El gobierno de EE.UU. reclamaba el derecho de extender la aplicación de sus propios reglamentos de pesca más allá de sus aguas territoriales. El objetivo era poner fin a la actividad de los pescadores canadienses que daban caza a las focas de peletería en alta mar utilizando métodos de pesca que provocaban la masacre de esos animales en perjuicio de la industria peletera establecida por EE.UU. en una isla del Mar de Bering.

El Gobierno británico se opuso a la aplicación de los reglamentos de pesca estadounidenses aduciendo que los pescadores canadienses faenaban en alta mar.

El representante de EE.UU. sostuvo ante el tribunal:

“El motivo con el que se trata de justificar la destrucción de las focas es que el mar abierto es libre y que, como la matanza se produce precisamente ahí, es el resultado del ejercicio de un derecho irrevocable (...); que la nación perjudicada no puede defenderse en el mar y, en consecuencia, dadas las circunstancias del caso, no puede defenderse en absoluto, sean cuales fueren las consecuencias”.

El Gobierno de EE.UU. si bien reconoce el principio de libertad de los mares, considera que el derecho de legítima defensa de una nación

“es un derecho perfecto y fundamental al que están subordinados todos los demás derechos y que jamás ha sido revocado en ninguna teoría del derecho internacional; que su ámbito cubre todos los intereses materiales de una nación cuya importancia justifica su defensa (...)”.

El tribunal juzgó que EE.UU. no tenía ningún derecho de protección o de propiedad sobre las focas... consideró las medidas estadounidenses como una acción ejercitada con el fin de proteger los intereses económicos de la industria estadounidenses contra la competencia de la industria extranjera.

A diferencia del caso anterior donde el Gobierno ruso se apoyó en la situación de necesidad, el Gobierno de EE.UU. se apoyó en la idea de “auto-conservación”, el derecho de actuar en cualquier parte en protección de sus propios intereses y de sus nacionales.

El laudo arbitral de 15 de agosto de 1893 en el asunto (*Pacific Fur Seal Arbitration (Reino Unido/Canadá vs. Estados Unidos)*), a pesar de desconocer el derecho de los EE.UU. más allá de las tres millas y condenarlo por su interferencia en las actividades de caza británicas en mar abierto, tuvo una temprana percepción ambiental preservacionista al establecer normas y restricciones sobre la caza de las focas. Así prohibió la caza de focas en una zona de 60 millas alrededor de las Islas Pribilov, como también toda caza de ese tipo de fauna entre el 1 de mayo y el 31 de julio de cada año, lo que era aplicable a cualquier otra parte del Océano Pacífico al Norte de los 35° de Lat. N y al Este de los 180° de Long. E de Greenwich. Es de observar que los dos Gobiernos en mayo de 1894 adoptaron normas conjuntas, receptando y ampliando las restricciones establecidas por los árbitros ⁶.

El tribunal arbitral, por la mayoría de sus miembros, dispuso la *necesidad* de adopción de medidas por parte de los dos Estados contendientes para la preservación de las focas en alta mar ⁷.

⁶ V. http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XXVIII/263-276.pdf V. asimismo, SCHOLEFIELD, E.O.S. - HOWAY, F.W., “The Sealing Industry and the Behring Sea Arbitration”, *British Columbia from the Earliest Times to the Present*, Clark Publ., Vancouver, 1914, vol. 2, Pap. XXVII, págs. 463-464. (obtenible en www.nosracines.ca/e/page.aspx?id=3724963).

⁷ “(...) We, the said Baron de Courcel, Lord Hannen, Marquis Visconti Venosta and Mr. Gregers Gram, assenting to the whole of the nine Articles of the following

Regulations, and being a majority of the said Arbitrators, do decide and determine in the mode provided by the Treaty, that the following concurrent Regulations outside the jurisdictional limits of the respective Governments are necessary and that they should extend over the waters hereinafter mentioned, that is to say: Article 1. The Governments of the United States and of Great Britain shall forbid their citizens and subjects respectively to kill, capture or pursue at any time and in any manner whatever, the animals commonly called fur seals, within a zone of sixty miles around the Pribilov Islands, inclusive of the territorial waters. The miles mentioned in the preceding paragraph are geographical miles, of sixty to a degree of latitude. Article 2. The two Governments shall forbid their citizens and subjects respectively to kill, capture or pursue, in any manner whatever, during the season extending, each year, from the 1st. of May to the 31th of July, both inclusive, the fur seals on the high sea, in the part of the Pacific Ocean, inclusive of the Behring sea, which is situated to the North of the 35th degree of North latitude, and eastward of the 180th degree of longitude from Greenwich till it strikes the water boundary described in Article 1 of the Treaty of 1867 between the United States and Russia, and following that line up to Behring straits. Article 3. During the period of time and in the waters in which the fur seal fishing is allowed, only sailing vessels shall be permitted to carry on or take part in fur-seal fishing operations. They will however be at liberty to avail themselves of the use of such canoes or undecked boats, propelled by paddles, oars, or sails, as are in common use as fishing boats. Article 4. Each sailing vessel authorised to fish for fur seals must be provided with a special license issued for that purpose by its Government and shall be required to carry a distinguishing flag to be prescribed by its Government. Article 5. The masters of the vessels engaged in fur seal fishing shall enter accurately in their official log book the date and place of each fur seal fishing operation, and also the number and sex of the seals captured upon each day. These entries shall be communicated by each of the two Governments to the other at the end of each fishing season. Article 6. The use of nets, fire arms and explosives shall be forbidden in the fur seal fishing. This restriction shall not apply to shot guns when such fishing takes place outside of Behring's sea, during the season when it may be lawfully earned on. Article 7. The two Governments shall take measures to control the fitness of the men authorized to engage in fur seal fishing; these men shall have been proved fit to handle with sufficient skill the weapons by means of which this fishing may be carried on. Article 8. The regulations contained in the preceding articles shall not apply to Indians dwelling on the coasts of the territory of the United States or of Great Britain, and carrying on fur seal fishing in canoes or undecked boats not transported by or used in connection with other vessels and propelled wholly by paddles, oars or sails and manned by not more than five persons each in the way hitherto practised by the Indians, provided such Indians are not in the employment of other persons and provided that, when so hunting in canoes or undecked boats, they shall not hunt fur seals outside of territorial waters under contract for the delivery of the skins to any person. This exemption shall not be construed to affect the Municipal law of either country, nor shall it extend to the waters of Behring Sea or the waters of the Aleutian Passes. Nothing herein, contained is intended to interfere with the employment of Indians as hunters or otherwise in connection with fur sealing vessels as

Sand considera que este arbitraje es relevante aún hoy por al menos tres razones:

- refleja las dificultades en la conservación de recursos naturales más allá de la jurisdicción de un Estado;
- ilustra las tempranas técnicas legales internacionales para la conservación de recursos naturales compartidos; y
- rescata el rol de los tribunales internacionales en la solución de controversias internacionales en la materia ⁸.

En suma, a los dos laudos referidos los podemos considerar, por una parte, verdaderos *leading cases* en materia de preservación de recursos naturales y, por otra parte, ambos son ejemplos de estado de necesidad aun cuando las partes no funden sus medidas proteccionistas en esos términos, lo que responde a la época en que se originaron las controversias.

heretofore. Article 9. The concurrent regulations hereby determined with a view to the protection and preservation of the fur seals, shall remain in force until they have been, in whole or in part, abolished or modified by common agreement between the Governments of the United States and of Great Britain. The said concurrent regulations shall be submitted every five years to a new examination, so as to enable both interested Governments to consider whether, in the light of past experience, there is occasion for any modification thereof (...)"

⁸ SAND, Ph., *Principles of International Environmental Law*, 2^a ed., University College London, 2003, pág. 561 ss.

LOS APORTES DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL MAR A LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA RECIENTE OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LAS ACTIVIDADES EN LA ZONA * ¹

Magdalena García Elorrio ²

Sumario: Introducción. Diferencia terminológica entre la noción de “*responsibility*” y “*liability*”. El rol de la *due diligence* en relación a la obligación de asegurar el cumplimiento de la Convención. Alcance de la responsabilidad internacional del Estado. Algunas reflexiones finales.

Introducción

El art. 139 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ³ (en adelante CONVEMAR) establece que: “*1. Los Estados Partes estarán obligados a velar por que las actividades en la Zona,*

* Artículo recibido el 31 de octubre de 2011 y aprobado para su publicación el 21 de diciembre de 2011.

¹ ITLOS, Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion (February 1, 2011), “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area”, págs. 1-76.

² Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Género y Equidad por la Universidad de Murcia, España. Becaria Doctoral del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de la Nación (CONICET), Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

³ La CONVEMAR entró en vigor el 16 de noviembre de 1994.

ya sean realizadas por ellos mismos, por empresas estatales o por personas naturales o jurídicas que posean su nacionalidad o estén bajo su control efectivo o el de sus nacionales, se efectúen de conformidad con esta Parte. La misma obligación incumbirá a las organizaciones internacionales respecto de sus actividades en la Zona”.

En este marco, el 10 de marzo de 2010 la República de Nauru transmitió a la Secretaría General de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos una propuesta de solicitud de Opinión Consultiva (en adelante OC), con el fin de que la Sala de Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante TIDM) aclarase algunas cuestiones sobre el alcance y contenido de las obligaciones y responsabilidades del Estado patrocinante en las actividades de la zona⁴. Nauru justificó su propuesta de petición en que su país carecía de recursos económicos y técnicos para realizar por sí exploraciones en el fondo marino oceánico, y que su participación en las actividades de la zona se limitaba a patrocinar a empresas privadas que realizaban las exploraciones. Concretamente, Nauru había patrocinado en 2008 a la empresa *Nauru Ocean Resources Inc.* que solicitaba autorización para la exploración de nódulos polimetálicos

⁴ Véase: PLAKOKEFALOS I., “Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea: Responsibilities and obligations of states sponsoring persons and entities with respect to activities in the area -Advisory Opinion”, *Journal of Environmental Law* 24:1, 2012, págs. 133-143. GUERRERO PENICHE N., “La Opinión Consultiva del Tribunal Internacional del Mar a la luz del Principio de Trato especial y Diferenciado para los Estados en desarrollo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional Público*, Vol. 12, 2012, págs. 175-227. HANDL G., “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring persons and Entities with respect to activities in the area: the International Tribunal of the Law of the Sea’s recent contribution to International Environmental Law”, *Review of European Community & International Environmental Law* 20 (2), 2011, págs. 208-213. BOYLE A., HANDL G., “International Law and Liability for Catastrophic Environmental Damage”, 105 *Am. Soc’y Int’l L. Proc.*, pág. 428, 2011. FREESTONE D., “Advisory Opinion of the Seabed Disputes Chamber of International Tribunal for the Law of the Sea on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities With Respect To Activities in the Area”, 15 *ASIL Insights* (Issue 7, March 9, 2011). PAYNE C.R., “Responsibilities and Obligations of States Sponsoring persons and Entities with respect to activities in the area”, *Seminar on the Outcome of the Advisory Opinion Issued by the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on 1 February 2011 on the Responsibilities and Obligations of States Sponsoring persons and Entities with respect to activities in the area*”, organized by the International Seabed Authority United Nations, New York, 7 April 2011.

en la zona. La preocupación central de Nauru era que los costos y responsabilidades potenciales derivadas de su condición de Estado patrocinante, excedieren sus capacidades financieras de respuesta ⁵.

El 6 de mayo de 2010, el Consejo de la Autoridad Internacional de Fondos Marinos (en adelante ‘Consejo’) reformuló los interrogantes planteados por Nauru, y decidió requerir a la Sala de Fondos Marinos del TIDM una OC ⁶. La solicitud de OC versó sobre las siguientes cuestiones:

*1. What are the **legal responsibilities and obligations** ⁷ of States Parties to the Convention with respect to the sponsorship of activities in the Area in accordance with the Convention, in particular Part XI, and the 1994 Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982?*

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

*3. What are the necessary and appropriate measures that a sponsoring State must take in order to fulfil its **responsibility** under the Convention, in particular Article 139 and Annex III, and the 1994 Agreement? ⁸.*

⁵ ISBA/16/C/6, International Seabed Authority Council, Sixteenth session Kingston, Jamaica 26 April-7 May 2010, “Proposal to seek an advisory opinion from the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on matters regarding sponsoring State responsibility and liability”, available at: <http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/16Sess/Council/ISBA-16C-6.pdf>

⁶ El art. 191 de la Convención establece: “*Cuando lo soliciten la Asamblea o el Consejo, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos emitirá opiniones consultivas sobre las cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de actividades de esos órganos. Esas opiniones se emitirán con carácter urgente*”.

⁷ Todo el resaltado del presente trabajo nos pertenece.

⁸ ISBA/16/C/13, International Seabed Authority Council, Sixteenth session Kingston, Jamaica 26 April-7 May 2010, Decision of the Council of the International Seabed Authority requesting an advisory opinion pursuant to Article 191 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, available at: <http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/16Sess/Council/ISBA-16C-13.pdf>

El objetivo del presente trabajo será realizar un análisis del pronunciamiento del TIDM⁹ con el objeto de detectar cuáles han sido los aportes a la construcción y consolidación de las normas de responsabilidad internacional del Estado en relación al hecho de actores no estatales (empresas privadas) en las actividades desplegadas en la zona. El análisis se efectuará en los siguientes términos: 1. Diferencia terminológica entre la noción de “*responsibility*” y “*liability*” 2. Rol de la *due diligence* en relación a la obligación de asegurar el cumplimiento de la Convención 3. Alcance de la Responsabilidad internacional del Estado patrocinante.

Diferencia terminológica entre la noción de “*responsibility*” y “*liability*”

Como cuestión preliminar al tratamiento de los interrogantes planteados por el Consejo, el Tribunal efectuó algunas consideraciones aclaratorias sobre el alcance y sentido de términos esenciales contenidos en la normativa convencional que debía interpretar. A los fines del presente trabajo¹⁰ nos interesa resaltar las apreciaciones que realizó el Tribunal sobre los términos “*responsibility*” y “*liability*” que aparecen utilizados en el articulado de la Convención¹¹.

La primera cuestión que introduce el Tribunal es que el término “*responsibility*” que se desprende de los arts. 139 párrafo 1 y 2 (“*States Parties shall have the responsibility to ensure*”)¹², 235 párrafo 1

⁹ El Tribunal estaba conformado por los siguientes jueces: Treves (Presidente), Marotta Rangel, Nelson Chandrasekhara Rao, Wolfrum, Yanai, Kateka, Hoffmann, Gao, Bouguetaia, Golitsyn.

¹⁰ El Tribunal también se expide sobre los siguientes términos: “*Sponsorship*”, “*activities in the Area*” y “*prospecting*”.

¹¹ Advisory Opinion, ob.cit. nota 1, p. 22.

¹² Article 139. *Responsibility to ensure compliance and liability for damage: 1. States Parties shall have the responsibility to ensure that activities in the Area, whether carried out by States Parties, or state enterprises or natural or juridical persons which possess the nationality of States Parties or are effectively controlled by them or their nationals, shall be carried out in conformity with this Part. The same responsibility applies to international organizations for activities in the Area carried out by such*

(“*States are responsible for the fulfilment*”) ¹³ de la Convención y 4 párrafo 4 del Anexo III (“*States shall... have the responsibility to ensure*”) ¹⁴ no coincide con el sentido del término “*responsibility*” empleado en los arts. 304 de la Convención (“*responsibility and liability for damage*”) ¹⁵ y art. 22 del Anexo III (“*responsibility and liability for damage*”) ¹⁶ ¹⁷. El Tribunal asigna al primer uso del término “*responsibility*” el sentido de “obligación” (obligación primaria), mien-

organizations. 2. Without prejudice to the rules of international law and Annex III, article 22, damage caused by the failure of a State Party or international organization to carry out its responsibilities under this Part shall entail liability; States Parties or international organizations acting together shall bear joint and several liability. A State Party shall not however be liable for damage caused by any failure to comply with this Part by a person whom it has sponsored under article 153, paragraph 2(b), if the State Party has taken all necessary and appropriate measures to secure effective compliance under article 153, paragraph 4, and Annex III, article 4, paragraph 4.

¹³ Article 235. **Responsibility and liability:** 1. States are **responsible for the fulfilment** of their international obligations concerning the protection and preservation of the marine environment. They shall be liable in accordance with international law

¹⁴ Article 4. **Qualifications of applicants:** 4. The sponsoring State or States shall, pursuant to article 139, have **the responsibility to ensure**, within their legal systems, that a contractor so sponsored shall carry out activities in the Area in conformity with the terms of its contract and its obligations under this Convention. A sponsoring State shall not, however, be liable for damage caused by any failure of a contractor sponsored by it to comply with its obligations if that State Party has adopted laws and regulations and taken administrative measures which are, within the framework of its legal system, reasonably appropriate for securing compliance by persons under its jurisdiction.

¹⁵ Article 304. **Responsibility and liability for damage:** The provisions of this Convention regarding responsibility and liability for damage are without prejudice to the application of existing rules and the development of further rules regarding responsibility and liability under international law.

¹⁶ Article 22. **Responsibility:** The contractor shall have **responsibility or liability** for any damage arising out of wrongful acts in the conduct of its operations, account being taken of contributory acts or omissions by the Authority. Similarly, the Authority shall have **responsibility or liability** for any damage arising out of wrongful acts in the exercise of its powers and functions, including violations under article 168, paragraph 2, and account being taken of contributory acts or omissions by the contractor. **Liability** in every case shall be for the actual amount of damage.

¹⁷ Texto en inglés: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf

tras que el segundo uso le atribuye el significado de “responsabilidad” (obligación secundaria)¹⁸.

Para arribar a esta conclusión, el TIDM efectúa una comparación entre las diferentes versiones lingüísticas de la Convención. Por ejemplo, en el texto en español¹⁹ del art. 139 de la Convención el término “*responsibility to ensure*” se traduce en “*los Estados Partes estarán obligados*”. Por su parte el art. 22 del Anexo III referido a “*responsibility and liability for damage*” se traduce en “*responderá de los daños causados por los actos ilícitos*”. La diferencia puede verse también en el texto en francés^{20 21}.

Con respecto a la distinción entre el sentido de los términos “*responsibility*” y “*liability*” el Tribunal establece que en los arts. 139 y 245 de la Convención y 4 del Anexo III la referencia al término “*responsibility*” implica, como decíamos obligación primaria, mientras que el término “*liability*” se refiere a una obligación secundaria, es decir, las consecuencias de la violación de una obligación primaria²².

Sin embargo, cuando analiza el art. 22 del Anexo III sobre responsabilidad de la entidad privada y la Autoridad, el Tribunal aclara que en relación a los términos “*responsibility and liability for damage*” el término “*responsibility*” se refiere a la obligación secundaria y que coincide con el sentido del término “*responsibility*” del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante ‘CDI’) sobre la ‘Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos’ (REHII)²³. No obstante, nada dice el Tribunal respecto a cuál es el sentido del término “*liability*” en ese artículo y en su caso, si se identifica o no con el utilizado en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional por las

¹⁸ Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, págs. 22-23.

¹⁹ Texto en español: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf

²⁰ Texto en francés: <http://www.un.org/french/law/los/index.htm>

²¹ Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, págs. 22-23.

²² Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, pág. 23.

²³ *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, Document A/56/10: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, pp. 27-31.

Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional (Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas).

Teniendo en cuenta las distinciones enunciadas, el Tribunal otorga significado a los términos utilizados en cada una de las preguntas sometidas a OC. El primer interrogante cuando dice “*legal responsibilities and obligations*” refiere a obligaciones primarias. El segundo interrogante cuando expresa “*the extent of liability of a State*” implica obligación secundaria. Y la última pregunta al decir “*fulfil its responsibility*” se remite a una obligación primaria²⁴.

Podemos afirmar que es la primera vez que la jurisprudencia internacional se ha referido a esta importante cuestión terminológica. Sin embargo, la distinción entre el sentido de los términos “*liability*” y “*responsibility*” o la interpretación del diferente alcance del término “*responsibility*” en distintas disposiciones normativas, no ha estado exento de arduas discusiones en la doctrina internacional y en el seno de los trabajos de la CDI.

Las conclusiones a las que ha llegado el TIDM sobre el sentido de los términos “*responsibility*” (norma primaria) y “*liability*” (norma secundaria) ya habían sido señaladas con igual criterio interpretativo por autores como Lefebber²⁵ y Horbach²⁶.

Respecto al sistema jurídico de donde proviene la distinción entre “*responsibility*” y “*liability*”, el TIDM no se ha expedido sobre esa cuestión. Horbach²⁷ y Barboza²⁸ han destacado acertadamente que la distinción de ambos términos proviene del sistema jurídico anglo-ameri-

²⁴ Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, pág. 24.

²⁵ LEFEBBER R., *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, págs. 13-14.

²⁶ HORBACH N.L.J.T. (ed.), *Liability versus Responsibility under International Law. Defending strict state responsibility for transboundary damage*, May, 1996, págs. 34-39.

²⁷ HORBACH N.L.J.T. (ed.), *Liability versus Responsibility under International Law. Defending strict state responsibility for transboundary damage*, *ob.cit.* nota 24, págs. 20-30.

²⁸ BARBOZA J., *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2011, págs. 22-23.

cano o *Common Law* inglés, no existiendo en el sistema continental dicha distinción. En la “*tort law*” inglesa, “*liability*” se refiere a un término jurídico conectado con la obligación jurídica de pagar reparación. “*Responsibility*” no es necesariamente legal e implica responsabilidad derivada de la falta de conformidad con una norma de naturaleza moral, religiosa, social o jurídica. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, Horbach sostiene la noción de “*responsibility*” se refiere a una situación anterior a la violación de una norma jurídica y por tanto, indica un deber conformado por un estándar de conducta cuyo cumplimiento o imposición exige un sistema jurídico determinado.

La distinción terminológica entre “*responsibility*” y “*liability*” ha sido adoptada en el marco de los trabajos de la CDI sobre ‘Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional (Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas) y el proyecto sobre REHII. Sin embargo, el sentido asignado por la CDI a ambos términos difiere del sentido originario. Barboza²⁹ y Lefeber³⁰ concuerdan que en los trabajos de la CDI, el término “*responsibility*” se limita a los hechos internacionalmente ilícitos, mientras que “*liability*” se refiere a otras formas de responsabilidad incluida la responsabilidad por actos no prohibidos por el Derecho Internacional.

El Informe Preliminar sobre responsabilidad (*liability*) internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional, elaborado por el Relator Especial Quentin-Baxter³¹ establece que durante la sesiones de la CDI en junio de 1973 la Comisión aprobó sin debate la propuesta del representante de los Estados Unidos Sr. Kearny de utilizar el término “*responsibility*” en relación con los hechos internacionalmente ilícitos y “*liability*” cuando se trate de consecuencias perjudiciales que pueda tener la realización de determinadas actividades lícitas. Por tanto, el criterio de distinción entre el uso de ambos términos era la licitud o no de la conducta.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ LEFEBER R., *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, *ob. cit.* nota 24, pág. 14.

³¹ *Anuario de la CDI*, DOCUMENTO A/CN.4/334 Y ADD.1 Y 2, 24 y 27 de junio y 4 de julio de 1980, pp.262-263, párrafos 10-14.

El rol de la *due diligence* en relación a la obligación de asegurar el cumplimiento de la Convención

La obligación de asegurar se desprende del art. 139 de la Convención que prevé que:

*“1. States Parties shall have the **responsibility to ensure** that activities in the Area, whether carried out by States Parties, or state enterprises or natural or juridical persons which possess the nationality of States Parties or are effectively controlled by them or their nationals, shall be carried out in conformity with this Part. The same responsibility applies to international organizations for activities in the Area carried out by such organizations.*

Asimismo el art. 4 del Anexo III de la Convención dispone que:

*“4. The sponsoring State or States shall, pursuant to article 139, have the **responsibility to ensure**, within their legal systems, that a contractor so sponsored shall carry out activities in the Area in conformity with the terms of its contract and its obligations under this Convention. A sponsoring State shall not, however, be liable for damage caused by any failure of a contractor sponsored by it to comply with its obligations if that State Party has adopted laws and regulations and taken administrative measures which are, within the framework of its legal system, reasonably appropriate for securing compliance by persons under its jurisdiction”.*

La primera vinculación que realiza el TIDM entre la noción de *due diligence* y la obligación de asegurar se refiere a la naturaleza jurídica de esta obligación a la luz de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados³². El TIDM entiende que la obligación de asegurar consti-

³² Véase: ANZILOTTI, D., “La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers”, *Revue Générale de Droit International Public*, tomo XIII, 1906, pág. 5. TRIEPEL, H., *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, 1899, págs. 296-298. AGO, R., “Nouvelles réflexions sur la codification du droit international”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1988, págs. 539-576. AGO, R., “Le délit international”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68. DUPUY, P.-M., “Reviewing the difficulties of

tuye una obligación de medios y equipara esta última noción a la de *due diligence*. Específicamente dispone que:

110. The sponsoring State's obligation "to ensure" is not an obligation to achieve, in each and every case, the result that the sponsored contractor complies with the aforementioned obligations. Rather, it is an obligation to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost, to obtain this result. To utilize the terminology current in international law, this obligation may be characterized as an obligation "of conduct" and not "of result", and as an obligation of "due diligence".

Es de observar que la conclusión a la que arriba el TIDM no introduce un planteo innovador en la hermenéutica de las normas de responsabilidad internacional del Estado. Por el contrario, coincide con los pronunciamientos efectuados por la Corte Internacional del Justicia (en adelante CIJ) en el asunto de las Pasteras entre Argentina y Uruguay³³ y los trabajos de la CDI sobre la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional (Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas). Más aún, el Tribunal hace una referencia específica a estos dos instrumentos para sustentar su tesis.

La segunda cuestión a la que se avoca el Tribunal, es a la determinación del alcance de la obligación de asegurar. Plantear esta cuestión implica, en los términos interpretativos del TIDM, expedirse sobre el contenido del estándar de *due diligence* que conforma la obligación de asegurar. En este marco el Tribunal acierta en considerar que la noción de *due diligence* constituye un concepto variable y revisable³⁴, en el que una

Codification: On Ago's classification of obligations of Means and Obligations of result in relation to state responsibility", *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 2, Paris, 1999, págs. 371-385. PISILLO MAZZESCHI, R., "The due diligence rule and the nature of the international responsibility of states", *German yearbook of international law*, vol. 35, Berlin, 1993, págs. 9-51. REUTER, P., "Principes de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, volume 113, tomo II, 1996, pág. 536.

³³ ICJ, "Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguay", 20th April 2010.

³⁴ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 64.

diversidad de factores influyen en su determinación. Ha sostenido la OC, que la noción de *due diligence* “*may change over time as measures considered sufficiently diligent at a certain moment may become not diligent enough in light, for instance, of new scientific or technological knowledge. It may also change in relation to the risks involved in the activity*”³⁵. Asimismo ha entendido que “*the standard of due diligence has to be more severe for the riskier activities*”³⁶. Ambas cuestiones ya habían sido ampliamente señaladas por la doctrina internacional de principios del siglo XX³⁷.

Según el Tribunal, el contenido del estándar de *due diligence*, se basa en las disposiciones de los arts. 139³⁸ y 153³⁹ de la Convención y art. 4 párrafo 4 del Anexo III, normativa de la que se desprende cómo deben ser las medidas a adoptar por el Estado patrocinante: *necesarias* (art. 153 párrafo 4), *adecuadas* (art. 153 párrafo 4) *razonables* (art. 4 párrafo 4 del Anexo III) y *conforme su sistema jurídico* (artículo art. 4 párrafo 4 del Anexo III). Asimismo la elección no puede ser arbitraria y a juicio del Tribunal en la razonabilidad de las medidas podrá influir que al momento de elegir se tengan en cuenta opciones relevantes a la protec-

³⁵ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 36.

³⁶ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 37.

³⁷ BOCHARD, E., “The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners”, *The American Journal of International Law*, vol. 23, No. 2, Supplement: Codification of International Law, 1929, págs. 131-239. GARNER, J.W., “Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection”, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, vol. 21, 1927, pág. 50, <http://www.jstor.org/stable/25656726>. COFFEY H. C., “Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of Mob Violence, Riots and Insurrection, *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, 1927, vol. 21, pág. 63, <http://www.jstor.org/stable/25656726> .

³⁸ Article 139. *Responsibility to ensure compliance and liability for damage, ob. cit.* 11.

³⁹ Article 153. *System of exploration and exploitation. 4. 4. The Authority shall exercise such control over activities in the Area as is necessary for the purpose of securing compliance with the relevant provisions of this Part and the Annexes relating thereto, and the rules, regulations and procedures of the Authority, and the plans of work approved in accordance with paragraph 3. States Parties shall assist the Authority by taking all measures necessary to ensure such compliance in accordance with article 139.*

ción del fondo marino oceánico como patrimonio común de la humanidad, el accionar de buena o mala fe del Estado patrocinante, y el respeto de los mínimos fijados internacionalmente (legislar sobre los mínimos)⁴⁰. Para indicar qué medidas podrían reunir las condiciones previstas, el Tribunal se remite al art. 4 párrafo 4 del Anexo III que dispone que los Estados Partes deben adoptar “*leyes*”, “*regulaciones*” y “*medidas administrativas*”⁴¹.

Asimismo, dispone que el cumplimiento de las obligaciones directas del Estado patrocinante también implican cumplimiento del estándar de *due diligence* de la obligación de asegurar⁴² y por tanto, conforman algunas de las medidas a las que refieren los artículos citados. Entre las obligaciones directas del Estado patrocinante, el TIDM reconoce: * obligación de asistir a la autoridad, * obligación de aplicar el enfoque precautorio, * obligación de implementar las mejores prácticas medioambientales, * la obligación de adoptar las medidas para asegurar la provisión de garantías en el caso de existencia de una orden de emergencia para la protección del medio ambiente marino dictada por la Autoridad, * la obligación de asegurar recursos para solicitar compensación por daños causados por contaminación * la obligación de realizar la evaluación de impacto ambiental^{43 44}.

Es menester señalar que si bien el Tribunal brinda algunas consideraciones en relación al contenido del estándar de *due diligence*, no lo precisa. La elección de las medidas a implementar para cumplir con la obligación de asegurar corresponden a la libre⁴⁵ y soberana elección de cada uno de los Estados soberanos. Lo que no excluirá un posible análisis acerca de suficiencia o no por algún tribunal internacional.

La distinción del alcance y contenido de las medidas que componen el estándar de *due diligence* según cuál sea la condición del Estado que

⁴⁰ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 67.

⁴¹ Article 4. *Qualifications of applicants*, *ob. cit.*, 13.

⁴² Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, p. 38, pág. 43.

⁴³ La OC hace extensiva la obligación de realización de la EIA en los supuestos de patrimonio común de la humanidad.

⁴⁴ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, págs. 32-45.

⁴⁵ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 66.

patrocine las actividades en la zona, no ha sido una cuestión eludida por el Tribunal. Por el contrario, el TIDM le dedica una parte de su OC a dilucidar si la obligación de promover la efectiva participación de los Estados desarrollados en las actividades en la zona considerando sus necesidades e intereses (art. 148 de la Convención)⁴⁶ implica que los Estados en vías de desarrollo requieren un trato preferencial en relación a los Estados desarrollados. El Tribunal responde negativamente y afirma que no hay disposición alguna en la Convención que legitime un trato inequitativo entre los Estados. Asimismo, da razones para su conclusión explicando que:

159. Equality of treatment between developing and developed sponsoring States is consistent with the need to prevent commercial enterprises based in developed States from setting up companies in developing States, acquiring their nationality and obtaining their sponsorship in the hope of being subjected to less burdensome regulations and controls. The spread of sponsoring States “of convenience” would jeopardize uniform application of the highest standards of protection of the marine environment, the safe development of activities in the Area and protection of the common heritage of mankind.

El interrogante al que intenta responder el TIDM, se corresponde con la discusión doctrinaria y jurisprudencial más antigua en materia de *due diligence*. Desde la primera mención de la noción de *due diligence* en el Derecho Internacional Público⁴⁷ (1871), la cuestión central ha sido determinar su alcance en torno a las fórmulas de *diligentia quam in suis* (diligencia aplicada por el Estado para resolver sus asuntos internos) o *due diligence* (diligencia como estándar mínimo internacional). La primera fórmula implica tomar especialmente en consideración la situación económica, política y social interna de los Estados mientras que la otra

⁴⁶ Article 148. Participation of developing States in activities in the Area: The effective participation of developing States in activities in the Area shall be promoted as specifically provided for in this Part, having due regard to their special interests and needs, and in particular to the special need of the land-locked and geographically disadvantaged among them to overcome obstacles arising from their disadvantaged location, including remoteness from the Area and difficulty of access to and from it.

⁴⁷ BALCH T.W., “The Alabama Arbitration”, ed. Allen, Lane & Scott, Philadelphia, 1900, págs. 1-170. BIRIGHAM, T., “Alabama Arbitration”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2010, págs. 1-4.

prescinde de esa consideración priorizando la equidad de tratamiento. Idéntica discusión pudo observarse en los trabajos preparatorios a la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional celebrado en La Haya en 1930 en el marco de la Sociedad de Naciones⁴⁸.

Es posible identificar un aporte sustancial y significativo en la doble función que le asigna el Tribunal al estándar de *due diligence* en relación con la obligación de asegurar. Por un lado, asegurar el cumplimiento de una obligación y por otro, operar como causal de exoneración de responsabilidad:

“186. This clause provides for the exemption of the sponsoring State from liability.

Its effect is that, in the event that the sponsored contractor fails to comply with the Convention, the Regulations or its contract, and such failure results in damage, the sponsoring State cannot be held liable. The condition for exemption of the sponsoring State from liability is that, as specified in article 139, paragraph 2, of the 56 Convention, it has taken “all necessary and appropriate measures to secure effective compliance” under article 153, paragraph 4, and Annex III, article 4, paragraph 4, of the Convention”⁴⁹.

“217. Under these provisions, in the system of the responsibilities and liability of the sponsoring State, the “necessary and appropriate measures” have two distinct, although interconnected, functions as set out in the Convention. On the one hand, these measures have the

⁴⁸HACKWORTH, G. H., “Responsibility of States for Damages caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners: The Hague Conference for the Codification of International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 24, No. 3, 1930, pág. 512, <http://www.jstor.org/stable/2189682>. SOHN, L.B., BAXTER, R. R., “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens”, *The American Journal of International Law*, vol. 55, No. 3, 1961, págs. 548-584. CRAWFORD, J., GRANT, T., “Responsibility of States for injuries to foreigners”, Chapter 3, *Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, 2000, pág. 95.

⁴⁹Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 56.

*function of ensuring compliance by the contractor with its obligations under the Convention and related instruments as well as under the relevant contract. On the other hand, they also have the **function of exempting the sponsoring State from liability for damage** caused by the sponsored contractor, as provided in article 139, paragraph 2, as well as in Annex III, article 4, paragraph 4, of the Convention”⁵⁰.*

Más aún enfatiza el Tribunal que “*the main purpose of these provisions is to **exempt sponsoring States that have taken certain measures from liability for damage***”⁵¹.

La consideración de la *due diligence* como una causal de exoneración de responsabilidad internacional, no ha sido sostenida por la doctrina ni por otro pronunciamiento jurisprudencial internacional.

Finalmente, el TIDM realiza otro aporte trascendente en lo referente a la obligación de asegurar y la noción de *due diligence*, al sostener que las medidas necesarias y adecuadas que debe adoptar un Estado patrocinante para cumplir con su obligación de asegurar deben adoptar el enfoque precautorio y por tanto, la falta de certeza del riesgo de daño no puede ser una excusa para justificar la omisión en la adaptación de dichas medidas. Es valioso destacar el razonamiento del Tribunal al entender que:

*31. Having established that under the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations, both sponsoring States and the Authority are under an obligation to apply the precautionary approach in respect of activities in the Area, it is appropriate to point out that **the precautionary approach is also an integral part of the general obligation of due diligence** of sponsoring States, which is applicable even outside the scope of the Regulations. The due diligence obligation of the sponsoring States requires them to take all appropriate measures to prevent damage that might result from the activities of contractors that they sponsor. This obligation applies in situations where scientific evidence concerning the scope and potential negative impact of the activity in*

⁵⁰ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 63.

⁵¹ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 37.

*question is insufficient but where there are plausible indications of potential risks. A sponsoring State would not meet its obligation of due diligence if it disregarded those risks. Such disregard would amount to a failure to comply with the precautionary approach”*⁵².

En este punto, cabe resaltar que el ITLOS constituye el único Tribunal Internacional que ha aplicado a un caso en enfoque precautorio⁵³. Sin embargo, es dable reconocer que esta OC el Tribunal avanza aún más en la consolidación del enfoque precautorio al entenderlo integrado en la noción de *due diligence*.

Alcance de la responsabilidad internacional del Estado

La segunda cuestión que se somete a OC del ITLOS es la determinación de cuál es el alcance de la responsabilidad internacional del Estado Patrocinante en caso de violación por una entidad privada, de las disposiciones previstas en el Capítulo XI de la Convención y el Acuerdo de Implementación de 1994. El interrogante que plantea el Consejo encierra uno de los tópicos de mayor discusión en torno al tema de la responsabilidad internacional del Estado, y se refiere la procedencia o no de la responsabilidad estatal por el hecho de particulares⁵⁴. Es un criterio ampliamente compartido que el Estado no responde por el hecho del particular sino que responde por la propia omisión de sus órganos que le es atribuida en los términos del art. 4 del Proyecto de REHII⁵⁵.

⁵² Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 40.

⁵³ Order - Request for Prov. Measures S. Bluefin Tuna (Nos.3 and 4), International Tribunal for the Law of the Sea, 1999, Southern Bluefin Tuna Cases, (New Zealand v. Japan- Australia v. Japan).

⁵⁴ El de REHII sólo contempla la posibilidad de atribuir responsabilidad al Estado por hechos de particulares en caso de reconocimiento y adopción del hecho del particular por el Estado. El art. 11 dispone que “*el comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerara no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio*”.

⁵⁵ AGO, R., “Le délit international”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, París, Sirey, 1947, t. 68. DUPUY, P.M., “International

El régimen de responsabilidad internacional previsto en la Convención se desprende del art. 139 párrafo 2, art. 304, art. 22 del Anexo III, art. 4 párrafo 4 del Anexo III. A partir de dicha normativa el TIDM efectúa su tarea hermenéutica para dar respuesta a la cuestión planteada en la OC.

El art. 139 párrafo 2 establece que:

“2. Without prejudice to the rules of international law and Annex III, article 22, damage caused by the failure of a State Party or international organization to carry out its responsibilities under this Part shall entail liability; States Parties or international organizations acting together shall bear joint and several liability. A State Party shall not however be liable for damage caused by any failure to comply with this Part by a person whom it has sponsored under article 153, paragraph 2(b), if the State Party has taken all necessary and appropriate measures to secure effective compliance under article 153, paragraph 4, and Annex III, article 4, paragraph 4”.

El art. 22 del Anexo III prevé:

***Responsibility:** The contractor shall have **responsibility or liability** for any damage arising out of wrongful acts in the conduct of its operations, account being taken of contributory acts or omissions by the Authority. Similarly, the Authority shall have **responsibility or liability** for any damage arising out of wrongful acts in the exercise of its powers and functions, including violations under article 168, paragraph 2, and account being taken of contributory acts or omissions by the contractor. **Liability** in every case shall be for the actual amount of damage.*

El art. 4 párrafo 4 del Anexo III dispone:

*Qualifications of applicants: 4. The sponsoring State or States shall, pursuant to article 139, have **the responsibility to ensure**, within their legal systems, that a contractor so sponsored shall*

Liability of States for damage caused by transfrontier pollution”, in *Legal Aspects of Transfrontier Pollution, Organization for Economic Cooperation and Development*, Paris, 1977, págs. 345-379.

carry out activities in the Area in conformity with the terms of its contract and its obligations under this Convention. A sponsoring State shall not, however, be liable for damage caused by any failure of a contractor sponsored by it to comply with its obligations if that State Party has adopted laws and regulations and taken administrative measures which are, within the framework of its legal system, reasonably appropriate for securing compliance by persons under its jurisdiction

Finalmente el art. 304 establece:

Responsibility and liability for damage: *The provisions of this Convention regarding responsibility and liability for damage are without prejudice to the application of existing rules and the development of further rules regarding responsibility and liability under international law.*

La primera cuestión que concluye el TIDM es que la Convención y sus Anexos prevén cuatro fuentes de responsabilidad: 1) la responsabilidad internacional de los Estados Partes en general 2) la responsabilidad internacional del Estado patrocinante 3) la responsabilidad de la entidad privada y 4) la responsabilidad de la Autoridad⁵⁶.

A los fines de dar respuesta al interrogante planteado, el Tribunal se centra en la responsabilidad internacional del Estado patrocinante en relación al hecho de las entidades privadas. Con idéntico criterio que el sostenido por la CIJ en algunos de sus pronunciamientos⁵⁷, el TIDM sostuvo que la responsabilidad internacional del Estado patrocinante surge del incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado por sus órganos y no de la atribución del hecho del particular. En este marco, se hace eco del principio por el cual los actos de entidades privadas no son directamente atribuibles al Estado en el derecho internacional⁵⁸.

⁵⁶ Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, pág. 51.

⁵⁷ **Corfu Channel Case*, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, 9th April 1949 **Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran*, United States v. Iran, Judgment 24 of may 1980 **The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Case*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, 26 febrero de 2007 **Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay*, Argentina v. Uruguay, 20th April 2010.

⁵⁸ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 55.

La responsabilidad internacional del Estado patrocinante exige, a criterio del Tribunal, tres requisitos para su procedencia: omisión u acción del Estado patrocinante de cumplir con alguna de las obligaciones que prevé la Convención y demás documentos conexos, la existencia de daño y nexo causal probado y no presumido⁵⁹ entre la violación del Estado patrocinante y el daño causado por la entidad privada. Lo expuesto permite excluir del alcance de la responsabilidad internacional del Estado los supuestos en que pese a la violación de una obligación no se genera daño, casos en que el daño se produce aun cuando el Estado actuó con *due diligence* o hipótesis en que no hay nexo causal entre la violación del Estado y el daño de la entidad privada⁶⁰.

En relación al primer supuesto que estaría excluido del alcance de la Convención, cabe destacar que el Proyecto de la CDI sobre REHII no exige entre los requisitos para la existencia de responsabilidad internacional el daño. Específicamente el art. 2 sobre “*Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado*” establece que un comportamiento consistente en una acción u omisión es si es atribuible al Estado según el Derecho Internacional y si constituye una violación de una obligación internacional por el Estado. El comentario al art. 2 que “*no hay excepción alguna al principio enunciado en el art. 2 de que deben darse dos condiciones para que haya un hecho internacionalmente ilícito...la cuestión es si esas dos condiciones necesarias son también suficientes. A veces se afirma que no hay responsabilidad internacional por el comportamiento de un Estado que incumple sus obligaciones mientras no se dé algún elemento adicional, en particular el daño a otros Estado. Ahora bien la exigencia de elementos de ese tipo depende del contenido de la obligación primaria y no existe ninguna regla general al respecto*”⁶¹.

No obstante, la conclusión a la que arriba el TIDM en este punto no obsta a que sea aplicable el derecho internacional general para hacer procedente la responsabilidad internacional del Estado en algunos de los

⁵⁹ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, p. 54.

⁶⁰ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, p. 52.

⁶¹ CDI, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, Comentario al art. 2, pág. 36.

supuestos excluidos del alcance de la Convención según la interpretación de que subyace en la OC.

En relación a este tópico puede observarse que el Tribunal se remite a los trabajos de la CDI respecto de la consolidación de los elementos que conforman el hecho ilícito, no lo hace en lo referente al alcance de la responsabilidad internacional del Estado cuando confluyen ambos elementos. Conforme se desprende del art. 31 del Proyecto de REHII el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Y el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado. El artículo comentado encuentra su base en la sentencia Chorsow⁶² donde claramente la PCIJ recepta el principio de reparación integral siendo exigible la restitución, la indemnización en caso de que la restitución al estado anterior no sea posible (indemnización por daño emergente) y la indemnización por el lucro cesante (ganancias que no se van a percibir). Pese a las remisiones que hace el TIDM de este fallo, la OC se decanta por un enfoque restrictivo en el alcance de la responsabilidad por el hecho ilícito sólo en función del daño actual en los términos de lo previsto en el art. 22 del Anexo III⁶³:

*197. It is the view of the Chamber that the form of reparation will depend on both the **actual damage** and the technical feasibility of restoring the situation to the status quo ante⁶⁴.*

En relación a la segunda cuestión que excluye la hermenéutica judicial, es cierto que no habría una norma general de derecho internacional que sustente la responsabilidad internacional del Estado por hecho ilícito. Los trabajos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional se basan en la responsabilidad central del operador del daño sobre la base del Principio de contaminador pagador y contemplan una respon-

⁶²Case Concerning the Factory at Chorzow, (Germany vs. Polish Republic) *Claim for Indemnity (Merits)*, Permanent Court of Justice, Series A, N° 17, Collections of Judgments N° 23, 13th September, 1928.

⁶³Article 22, *ob. cit.*, nota 15.

⁶⁴Advisory Opinion, *ob.cit.* nota 1, pág. 56.

sabilidad residual del Estado⁶⁵. El art. 5 del Proyecto establece que la responsabilidad internacional del Estado procede sólo “*in the event that the measures under the preceding paragraphs are insufficient to provide adequate compensation, the State of origin should also ensure that additional financial resources are made available.*”

Sin embargo, el TIDM avanza aún más y no admite siquiera la responsabilidad residual del Estado. Por el contrario, niega esta posibilidad en el marco de la Convención y propone la creación de un fondo para resolver el problema que pudiese presentarse en los casos de daño lícito:

“205. *Taking into account that, as shown above in paragraph 203, situations may arise where a contractor does not meet its liability in full while the sponsoring State is not liable under article 139, paragraph 2, of the Convention, the Authority may wish to consider the establishment of a trust fund to compensate for the damage not covered. The Chamber draws attention to article 235, paragraph 3, of the Convention which refers to such possibility*”⁶⁶.

“209. *As already indicated, if the sponsoring State has not failed to meet its obligations, there is no room for its liability under article 139, paragraph 2, of the Convention even if activities of the sponsored contractor have resulted in damage. A gap in liability which might occur in such a situation cannot be closed by having recourse to liability of the sponsoring State under customary international law. The Chamber is aware of the efforts made by the International Law Commission to address the issue of damages resulting from acts not prohibited under international law. However, **such efforts have not yet resulted in provisions entailing State liability for lawful acts.** Here again (see paragraph 205) the Chamber draws the attention of the Authority to the option*

⁶⁵ Text adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/61/10).

⁶⁶ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 60.

of establishing a trust fund to cover such damages not covered otherwise” ⁶⁷.

Cabe destacar que el Tribunal niega la responsabilidad supletoria o residual no sólo en el supuesto de hecho lícito del Estado en relación al hecho ilícito de la entidad privada, sino que hace extensivo su criterio al caso en que tanto el Estado patrocinante como el actor no estatal incurran en hecho ilícito:

204. In the view of the Chamber, the liability regime established by article 139 of the Convention and in related instruments leaves no room for residual liability. As outlined in paragraph 201, the liability of the sponsoring State and the liability of the sponsored contractor exist in parallel. The liability of the sponsoring State arises from its own failure to comply with its responsibilities under the Convention and related instruments. The liability of the sponsored contractor arises from its failure to comply with its obligations under its contract and its undertakings there under. As has been established, the liability of the sponsoring State depends on the occurrence of damage resulting from the failure of the sponsored contractor. However, as noted in paragraph 182, this does not make the sponsoring State responsible for the damage caused by the sponsored contractor” ⁶⁸.

Asimismo, el Tribunal del Mar niega enfáticamente la posibilidad de atribución de responsabilidad internacional al Estado sobre la base de un criterio objetivo por el daño. Por el contrario, apela a la noción de *due diligence* como estándar subjetivo para regular la procedencia o no de la responsabilidad:

189. ith regard to the standard of liability, it was argued in the proceedings that the sponsoring State has strict liability, i.e., liability without fault. The Chamber, however, would like to point out that liability for damage of the sponsoring State arises only from its failure to meet its obligation of due diligence. These rules out the application of strict liability” ⁶⁹.

⁶⁷ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 61.

⁶⁸ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 60.

⁶⁹ Advisory Opinion, *ob. cit.*, nota 1, pág. 56.

Del análisis expuesto surge que el Tribunal apela a la noción de *due diligence* asignándole múltiples funciones en relación a la obligación de asegurar: como estándar que garantiza el cumplimiento de la obligación, causa de exoneración de responsabilidad, equivalente a la noción de “obligación de medios” (tipo de obligación) y estándar de atribución de responsabilidad.

Algunas reflexiones finales

Cabe destacar que los aportes que hace el TIDM a las normas de responsabilidad internacional del Estado en la presente OC pueden sistematizarse en tres contribuciones distintas⁷⁰: consolidación y fortale-

⁷⁰La decisión fue adoptada por unanimidad. La contestación a las tres preguntas fue la siguiente: * **Replies to Question 1 submitted by the Council as follows:** *Sponsoring States have two kinds of obligations under the Convention and related instruments: A. The obligation to ensure compliance by sponsored contractors with the terms of the contract and the obligations set out in the Convention and related instruments. This is an obligation of “due diligence”. The sponsoring State is bound to make best possible efforts to secure compliance by the sponsored contractors. The standard of due diligence may vary over time and depends on the level of risk and on the activities involved. This “due diligence” obligation requires the sponsoring State to take measures within its legal system. These measures must consist of laws and regulations and administrative measures. The applicable standard is that the measures must be “reasonably appropriate”. B. Direct obligations with which sponsoring States must comply independently of their obligation to ensure a certain conduct on the part of the sponsored contractors. Compliance with these obligations may also be seen as a relevant factor in meeting the “due diligence” obligation of the sponsoring State. The most important direct obligations of the sponsoring State are: (a) the obligation to assist the Authority set out in article 153, paragraph 4, of the Convention; (b) the obligation to apply a precautionary approach as reflected in Principle 15 of the Rio Declaration and set out in the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations; this obligation is also to be considered an integral part of the “due diligence” obligation of the sponsoring State and applicable beyond the scope of the two Regulations; (c) the obligation to apply the “best environmental practices” set out in the Sulphides Regulations but equally applicable in the context of the Nodules Regulations; (d) the obligation to adopt measures to ensure the provision of guarantees in the event of an emergency order by the Authority for protection of the marine environment; and (e) the obligation to provide recourse for compensation. The sponsoring State is under a due diligence obligation to ensure compliance by the sponsored contractor with its obligation*

to conduct an environmental impact assessment set out in section 1, paragraph 7, of the Annex to the 1994 Agreement. The obligation to conduct an environmental impact assessment is also a general obligation under customary law and is set out as a direct obligation for all States in article 206 of the Convention and as an aspect of the sponsoring State's obligation to assist the Authority under article 153, paragraph 4, of the Convention.

Obligations of both kinds apply equally to developed and developing States, unless specifically provided otherwise in the applicable provisions, such as Principle 15 of the Rio Declaration, referred to in the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations, according to which States shall apply the precautionary approach "according to their capabilities". The provisions of the Convention which take into consideration the special interests and needs of developing States should be effectively implemented with a view to enabling the developing States to participate in deep seabed mining on an equal footing with developed States. * **Replies to Question 2 submitted by the Council as follows:** The liability of the sponsoring State arises from its failure to fulfil its obligations under the Convention and related instruments. Failure of the sponsored contractor to comply with its obligations does not in itself give rise to liability on the part of the sponsoring State. The conditions for the liability of the sponsoring State to arise are: (a) failure to carry out its responsibilities under the Convention; and (b) occurrence of damage. The liability of the sponsoring State for failure to comply with its due diligence obligations requires that a causal link be established between such failure and damage. Such liability is triggered by a damage caused by a failure of the sponsored contractor to comply with its obligations. The existence of a causal link between the sponsoring State's failure and the damage is required and cannot be presumed.

The sponsoring State is absolved from liability if it has taken "all necessary and appropriate measures to secure effective compliance" by the sponsored contractor with its obligations. This exemption from liability does not apply to the failure of the sponsoring State to carry out its direct obligations. The liability of the sponsoring State and that of the sponsored contractor exist in parallel and are not joint and several. The sponsoring State has no residual liability. Multiple sponsors incur joint and several liabilities, unless otherwise provided in the Regulations of the Authority. The liability of the sponsoring State shall be for the actual amount of the damage. Under the Nodules Regulations and the Sulphides Regulations, the contractor remains liable for damage even after the completion of the exploration phase. This is equally valid for the liability of the sponsoring State. The rules on liability set out in the Convention and related instruments are without prejudice to the rules of international law. Where the sponsoring State has met its obligations, damage caused by the sponsored contractor does not give rise to the sponsoring State's liability. If the sponsoring State has failed to fulfil its obligation but no damage has occurred, the consequences of such wrongful act are determined by customary international law. The establishment of a trust fund to cover the damage not covered under the Convention could be considered.

***Replies to Question 3 submitted by the Council as follows:** The Convention requires the sponsoring State to adopt, within its legal system, laws and regulations and

cimiento de normas y criterios hermenéuticos preexistentes, creación de criterios y enfoques interpretativos y resistencia a la cristalización de algunas tendencias incipientes jurídicas actuales.

En la primera clasificación podemos situar la afirmación que hace el TIDM sobre las siguientes cuestiones: * distinción entre los términos “*responsibility*” y “*liability*”, * la consideración de la *due diligence*

to take administrative measures that have two distinct functions, namely, to ensure compliance by the contractor with its obligations and to exempt the sponsoring State from liability. The scope and extent of these laws and regulations and administrative measures depends on the legal system of the sponsoring State. Such laws and regulations and administrative measures may include the establishment of enforcement mechanisms for active supervision of the activities of the sponsored contractor and for co-ordination between the activities of the sponsoring State and those of the Authority. Laws and regulations and administrative measures should be in force at all times that a contract with the Authority is in force. The existence of such laws and regulations, and administrative measures is not a condition for concluding the contract with the Authority; it is, however, a necessary requirement for carrying out the obligation of due diligence of the sponsoring State and for seeking exemption from liability. These national measures should also cover the obligations of the contractor after the completion of the exploration phase, as provided for in regulation 30 of the Nodules Regulations and regulation 32 of the Sulphides Regulations. In light of the requirement that measures by the sponsoring States must consist of laws and regulations and administrative measures, the sponsoring State cannot be considered as complying with its obligations only by entering into a contractual arrangement with the contractor. The sponsoring State does not have absolute discretion with respect to the adoption of laws and regulations and the taking of administrative measures. It must act in good faith, taking the various options into account in a manner that is reasonable, relevant and conducive to the benefit of mankind as a whole. As regards the protection of the marine environment, the laws and regulations and administrative measures of the sponsoring State cannot be less stringent than those adopted by the Authority, or less effective than international rules, regulations and procedures. The provisions that the sponsoring State may find necessary to include in its national laws may concern, inter alia, financial viability and technical capacity of sponsored contractors, conditions for issuing a certificate of sponsorship and penalties for noncompliance by such contractors. It is inherent in the “due diligence” obligation of the sponsoring State to ensure that the obligations of a sponsored contractor are made enforceable. Specific indications as to the contents of the domestic measures to be taken by the sponsoring State are given in various provisions of the Convention and related instruments. This applies, in particular, to the provision in article 39 of the Statute prescribing that decisions of the Chamber shall be enforceable in the territories of the States Parties, in the same manner as judgments and orders of the highest court of the State Party in whose territory the enforcement is sought.

como una obligación de medios, * la referencia a la *due diligence* como un concepto variable y revisable, * el reconocimiento del riesgo como un factor influyente en el grado de *due diligence*, * la categorización de las medidas que deben integrar el estándar de *due diligence* como necesarias, razonables y adecuadas, * la preservación del principio de elección libre y soberana de las medidas a implementar para cumplir con la obligación de asegurar, * el reconocimiento de la discusión en torno a la influencia de la condición del Estado (desarrollado o no) en el alcance de sus obligaciones, * el reconocimiento de la obligación de aplicar el enfoque precautorio, * la responsabilidad internacional del Estado patrocinante fundada en la omisión de sus órganos y no en el hecho del particular, * principio de no atribución de los hechos del particular, * reconocimiento de los dos elementos del hecho ilícito.

Con respecto a la creación de nuevos criterios y/o enfoques interpretativos son de observar los siguientes: * la consideración de la *due diligence* como una excepción a la responsabilidad internacional o causal de exoneración, * propuesta de creación de fondo para suplir el vacío legal en caso de responsabilidad por hecho lícito o insuficiencia de la entidad privada como única alternativa al daño lícito o ilícito que exceda las capacidades de respuesta, * la consideración del enfoque precautorio como parte integrante de la *due diligence*, * reconocimiento del daño como elemento de la responsabilidad internacional del Estado patrocinante, * el reconocimiento restrictivo del alcance de la responsabilidad internacional del Estado al daño actual.

Por último, puede identificarse una resistencia del TIDM a consolidar algunas tendencias incipientes en los siguientes tópicos: * responsabilidad residual del Estado en caso de hecho lícito o insuficiencia de la entidad privada, * la admisión de la *strict liability* del Estado en algunos supuestos, * la admisión de la responsabilidad internacional del Estado por hecho lícito.

INDICE

Palabras preliminares	11
Caso de las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (CIJ sentencia del 19 de diciembre de 2005) <i>Graciela R. Salas</i>	13
Aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación. Excepciones preliminares (CIJ sentencia de 1 de abril de 2011) <i>Zlata Drnas de Clément</i>	29
La caracterización del concepto de ataque armado del art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas a través de la jurisprudencia de la CIJ <i>Eduardo José Pintore</i>	49
El estoppel y los tribunales internacionales <i>Susana Galván</i>	77
Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) <i>Arturo Pagliari</i>	85
Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Sentencia del 4 de marzo de 2011(Fondo, reparaciones y costas) <i>Marta Susana Sartori</i>	111
El Caso Apablaza y su impacto en las relaciones argentino-chilenas <i>Diego García Montaña</i>	135

Caso Al Jeddah c. Reino Unido (Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos sentencia de 7 de julio de 2011) <i>María Cristina Rodríguez de Taborda</i>	157
El derecho de los tratados en la jurisprudencia de la Corte Centroamericana de Justicia <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	171
El arbitraje de inversión extranjera y los bonos soberanos. ¿Una nueva evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras? <i>Christian G. Sommer</i>	181
La caza de focas peleteras en el Pacífico: dos casos de estado de necesidad en las postrimerías del siglo XIX <i>María Alejandra Sticca</i>	205
Los aportes del Tribunal Internacional del Mar a las normas de responsabilidad internacional del Estado: algunas reflexiones en torno a la reciente opinión consultiva sobre las actividades en la zona <i>Magdalena García Elorrio</i>	213

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de diciembre de 2012

