







ISSN 2314-1905
ISSN 2591-5231

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración

CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL

NÚMERO XII

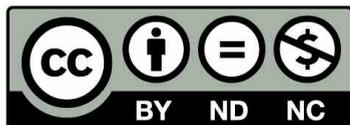
COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS

ERNESTO J. REY CARO
DIRECTOR

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ
SECRETARIA

ARTIGAS 74 (5000) - CORDOBA
REPUBLICA ARGENTINA

 **EDITORES**
FONDO EDITORIAL



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la institución, el Director ni del Comité Editorial.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Índice

Palabras preliminares

Preliminary words

ERNESTO J. REY CARO.....9

Precedentes históricos de la Comisión de Derecho Internacional

Historical Background of the International Law Commission

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT.....17

Consideraciones panorámicas a 70 años de la Comisión de Derecho Internacional

Panoramic Overview 70 years of the International Law Commission

CHRISTIAN G. SOMMER.....61

La responsabilidad de proteger en la CDI

The responsibility to protect at the ILC

LUCIANO PEZZANO.....75

La responsabilidad *sine delicto* en las labores de la CDI: Asignación de las pérdidas por daños transfronterizos

Liability sine delicto in the work of the ILC: Allocation of loss in the case of transboundary harm

MARÍA ALEJANDRA STICCA.....121

La prevención del daño transfronterizo y los criterios de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-23/17

The prevention of transboundary harm and the criteria of the Inter-American Court in Advisory Opinion OC-23/17

JOSÉ ANTONIO MUSSO.....133

La Comisión de Derecho Internacional y el asilo

The International Law Commission and asylum

GRACIELA R. SALAS.....153

A modo de recensión. Setenta años de la Comisión de Derecho Internacional: Trazando un equilibrio para el futuro

As a review. Seventy Years of the International Law Commission: Drawing a Balance for the Future

Redacción IDIPDI.....167

ERNESTO J. REY CARO
DIRECTOR

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ
SECRETARIA

COMITÉ EDITORIAL

Juan Carlos PALMERO
Ernesto J. REY CARO
Zlata DRNAS de CLÉMENT
María Cristina RODRÍGUEZ

COMITÉ ASESOR EXTERNO

Rafael CASADO RAIGÓN (Córdoba-España)
Hugo LLANOS MANSILLA (Santiago-Chile)
Manuel PÉREZ GONZÁLEZ (Madrid-España)
Frida ARMAS PFIRTER (Buenos Aires-Argentina)



Palabras preliminares

Preliminary words

ERNESTO J. REY CARO*

El art. 13 de la Carta de las Naciones Unidas, entre las funciones de la Asamblea General de la Organización (AG), estableció la de “impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”. Esta tarea fue encomendada esencialmente, pero no en forma exclusiva, a la Comisión de Derecho Internacional, que funciona en el marco de la Comisión VI de dicho órgano principal de la Organización, que posee competencia general en cuestiones jurídicas.

Su creación y Estatuto fueron aprobados por la Resolución AG 174(II), de 21 de noviembre de 1947, comenzado sus labores al año siguiente. Se estableció que en su composición estuvieran representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo, previéndose una representación geográfica de países, que en la actualidad y por los profundos cambios producidos en la Comunidad Internacional no se adecuan a la realidad internacional. Sus miembros, elegidos por la AG por un periodo de cinco años, forman parte de la misma como “expertos independientes” no representando a los Gobiernos de los que son nacionales. Inicialmente fue integrada por quince miembros, siendo ampliada la composición en 1956 llevando el número a veintiuno y luego a 25 miembros en 1961. Posteriormente por Resolución 36/39 de la AG de noviembre de 1981, se elevó el número de miembros a 34, que es la cantidad actual.

* *Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor Emérito de la UNC. Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho (UNC). Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (ANDCS). Miembro de Número de la ANDCS. Antiguo Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.*

En el primer periodo de sesiones, en 1949, la CDI elaboró una lista provisoria de materias cuya codificación consideraba necesaria y factible. La variedad de cuestiones tratadas por la Comisión hasta la actualidad, ha sido polifacética y sus trabajos contribuyeron a la codificación de temas axiales del derecho internacional. Cabe destacar que ha sido y es la AG la que selecciona las cuestiones que estima pueden ser objeto de codificación. Es conocida la lista de tratados y convenciones internacionales que se han adoptado sobre la base de Proyectos elaborados por la Comisión.

Apoyándose en lo dispuesto en el artículo de la Carta inicialmente mencionado, el Gobierno de los Estados Unidos tempranamente sugirió al Secretario General la incorporación de la cuestión en el Programa de la Primera Asamblea General, siendo remitido a estudio de la Comisión VI. En esta Comisión los debates se apoyaron en dos documentos. Uno presentado en forma conjunta por los Estados Unidos y China y otro de la República Argentina, sin perjuicio de un Memorando de la Secretaría General.

Como destaca Enrique Ferrer Vieyra¹, la creación de la CDI fue impulsada por la Argentina en años inmediatos a la adopción de la Carta de la ONU. Recuerda el prestigioso jurista argentino que el documento presentado por la Delegación Argentina, que él integraba, al tiempo de reseñar los antecedentes sobre la codificación del derecho internacional, solicitaba a la Comisión Jurídica que propusiera a la Asamblea General la designación de una Comisión Preparatoria para que estudiara integralmente los problemas que ofrecía la codificación y el desarrollo del derecho internacional y que presentara un informe en el próximo periodo de sesiones de la AG. Se designó una Comisión Especial para que estudiara la cuestión, que estuvo integrada, entre otros países por la Argentina. La Comisión Especial por disposición de la AG se reunió entre mayo y junio de 1947. La Asamblea le encargó el estudio de un Código Criminal Internacional que considerara los principios de la Carta del Tribunal de Nuremberg y el juicio desarrollado ante este Tribunal; un Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados; y una Resolución aprobada por el Consejo Económico y Social referida el crimen de genocidio.

La codificación del Derecho Internacional no constituyó una idea original incorporada en los objetivos de las Naciones Unidas. Ya en siglos anteriores

¹ Cf. "Contribuciones Argentinas a las Naciones Unidas", Buenos Aires, 1995, pp. 557-570.

hubo propuestas de autores e internacionalistas que sugirieron la necesidad de realizar esta tarea. Incluso hubo algunos estudiosos que elaboraron obras con aportes en este sentido. Conocido es -v.g.- el trabajo del jurista suizo Jean-Gaspard Bluntschli, profesor en Heidelberg, cuya obra elaborada en idioma alemán, fue traducida al francés en varias ediciones².

En el seno de la Sociedad de las Naciones, la idea no estuvo ausente. En 1924 la Asamblea constituyó un “Comité de Expertos” para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional que debía estudiar e individualizar temas que podrían ser objeto de codificación. El Comité, que efectuó una consulta entre los Estados de la Liga, seleccionó en principio once temas. De ellos se eligieron finalmente tres materias, que podían incluirse en una conferencia convocada al efecto: la nacionalidad, el mar territorial y la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a las personas o bienes de los extranjeros. El Consejo de la Sociedad, designó un Comité preparatorio integrado por cinco miembros que trabajó por espacio de dos años. Su labor consistió esencialmente en la elaboración de quince puntos sobre cada uno de los temas seleccionados, que fueron transmitidos a los gobiernos para que se expidieran realizando las observaciones que estimaren convenientes. Con estos antecedentes, el Comité presentó al Consejo de la Liga dos informes y varios textos conocidos como “Bases de Discusión”. La Conferencia se reuniría en La Haya en 1930. Participaron representantes de 48 Estados. Los resultados fueron muy magros. La República Argentina no participó en la misma. Volveremos sobre uno de los temas más adelante.

Los países latinoamericanos fueron pioneros en el proceso de codificación del Derecho Internacional tanto Público como Privado. Los Tratados de Montevideo de 1889 plasmaron los primeros esfuerzos en tal sentido y posteriormente en el ámbito de las Conferencias Interamericanas se realizarían valiosas contribuciones. En la Sexta Conferencia, celebrada en La Habana, en 1928, se adoptarían importantes instrumentos en orden a la codificación de las normas internacionales. Se destaca la Convención relativa al Derecho Internacional Privado -llamado “Código de Bustamante”- y otros instrumentos sobre la Aviación Comercial, la Propiedad Literaria y Artística, los agentes diplomáticos, el derecho de asilo, el derecho de los tratados, *inter alia*. Asimismo, el desarrollo y codificación del derecho internacional público y privado constituyó uno de los

² *Le Droit International Codifié*, Trad. de M.C. Lardy, Paris, 1886.

principales objetivos confiados al Comité Jurídico Interamericano, con la modificación de la Carta de la Organización de Estados Americanos, en 1967.

Estas breves referencias a los procesos de codificación del derecho internacional a nivel doctrinario, a nivel general de la comunidad internacional, o en algún sistema regional, muy acotadas e incompletas, sólo deben ser tenidos como una reseña introductoria al tema escogido por el IDIPDI de la Academia para ser abordado en el periodo de sesiones durante el año 2018.

Tampoco es propósito de estas palabras examinar y analizar la vasta tarea realizada por la CDI a lo largo de sus setenta años de existencia. Sólo a título ejemplificativo, y retomando una temática que durante muchos años acaparó nuestra atención, recordaremos, aunque hoy sólo tiene un valor histórico, la labor desarrollada por la CDI en relación a la codificación de uno de los principales capítulos –mar territorial– del otrora llamado Derecho Internacional Marítimo, hoy “Derecho del Mar”.

En el tercer periodo de sesiones y en virtud de la Recomendación efectuada por la AG, la CDI inició los trabajos sobre el Mar territorial, conjuntamente con el tema de la Alta Mar, encomendando al jurista J.P.A. Francois, que ya había actuado como Relator en la Conferencia de la Haya de 1930 en la misma función.

El texto elaborado por la Comisión sobre la “Naturaleza jurídica del mar territorial”, y que habría de ser el art. 1 del Proyecto, no ofreció mayores dificultades en razón de que reproducía los textos elaborados en la Conferencia de La Haya y que no había sido objeto de divergencias: “La soberanía de un Estado se extiende a una zona de mar adyacente a sus costas, designada con el nombre de mar territorial”

Tampoco hubo problemas en la elaboración del art. 2, atinente a la naturaleza jurídica del espacio aéreo situado sobre el mar territorial, del lecho y subsuelo de dicho mar, reconociéndose la soberanía del Estado sobre dicho espacio.

Como era de prever, la dificultad surgiría en la elaboración del dispositivo que determinaba la extensión del mar territorial. En el primer informe de 1952, en base a un estudio de las legislaciones nacionales en vigor en la época, el Relator Especial señaló que una propuesta que determinara la extensión del mar territorial en tres millas no tendría ninguna posibilidad de lograr un acuerdo, sea de *lege lata* o de *lege ferenda*. Se advertía también la necesidad de obtener una solución por cuanto no podía dejarse a cada Estado la libertad absoluta de

determinar la extensión de su mar territorial, ya que ello significaría la modificación del principio de la libertad de los mares. Propuso, en consecuencia, que cada Estado ribereño fijara la extensión, la que no podía exceder las seis millas.

El segundo informe del Relator Especial, presentado en 1953, introdujo una modificación, facultando a los Estados a fijar su mar territorial hasta una extensión de doce millas marinas contadas a partir de la línea de base, garantizándose la libertad de paso, pero en el apartado 3º limitaba los derechos de pesca para los nacionales hasta las tres millas, teniendo el Estado ribereño a partir de esta distancia solamente facultades reglamentarias. Esta propuesta fue objetada tanto por los que sostenían la regla de las tres millas, como por aquellos Estados que reclamaban extensiones mayores o bien un mar territorial más extenso.

En el tercer informe, de 1954, el Relator Especial modificó nuevamente su propuesta, que sería aún más inaceptable para la mayoría de los Estados, En ella se establecía un mar territorial de tres millas contemplando la posibilidad -apartado 2º- de que, bajo ciertas condiciones que se detallaban, los Estados ribereños estuvieran facultados a extender el límite hasta un máximo de doce millas.

En el informe que la Comisión presentó a la AG en este mismo año, se hacía mención de las diferentes opiniones vertidas en los anteriores periodos de sesiones, que reflejaban opiniones tan extremas como aquella sostenida por algunos Estados que no reconocían el ejercicio de derechos más allá del límite de tres millas, hasta aquella que sostenía que la anchura del mar territorial dependía de diversos factores que variaban en cada caso, teniendo el Estado ribereño el derecho a determinar por sí mismo la extensión de acuerdo a sus necesidades.

El texto definitivo se elaboró en el periodo de sesiones de 1956. Se tomó como base el texto incluido en el informe anterior que fue sometido a consideración de los Gobiernos, y que, con algunas modificaciones, constituiría el Art. 3º del proyecto elaborado por la CDI que sirvió de base en la Conferencia de Ginebra de 1958.

El citado texto establecía:

- “1. La Comisión reconoce que la práctica internacional no es uniforme por lo que respecta a la delimitación del mar territorial.
2. La Comisión considera que la práctica internacional no autoriza a extender el mar territorial más allá de 12 millas.
3. La Comisión, sin tomar ninguna decisión respecto a la extensión

del mar territorial hasta ese límite, nota, por un lado, que varios Estados han fijado una extensión mayor de tres millas y que, por otra parte, varios Estados no reconocen tal extensión cuando la de su mar territorial es menor.

4. La Comisión estima que la anchura del mar territorial debe ser fijada en una conferencia internacional”.

El art. 66 del citado documento se refirió a la “zona contigua”, reconociendo derechos a los Estados para tomar medidas de fiscalización necesarias para evitar las infracciones a las leyes de policía aduanera, fiscal y sanitaria, bien sea en su territorio o en su mar territorial y en caso de haber sido violadas, el ejercicio de la facultad de represión. El mismo dispositivo del texto propuesto establecía que la zona contigua no podía extenderse más allá de las doce millas contadas desde la línea de base desde donde se mide la extensión del mar territorial.

Se advierte, en consecuencia, que la elaboración de la Comisión reflejaba la opinión de que tanto el mar territorial como la zona contigua no podían extenderse más allá de las doce millas. En el informe que acompañó al documento de la CDI, la Comisión no calificaba de infracción al Derecho Internacional. Se sustentó la posición de que un Estado podía establecer la extensión del mar territorial entre las tres y las doce millas y que la validez de toda reivindicación sobre este espacio marítimo inferior a doce millas, podía ser defendida “erga omnes” por cualquier Estado que pudiera hacer valer un derecho histórico sobre el particular.

Este informe ponía en evidencia la falta absoluta de uniformidad en esta controvertida cuestión y adolecía de algunas imprecisiones e incluso mostraba algunas contradicciones. En efecto, mientras la Comisión consideró que el Derecho internacional autorizaba a extender el mar territorial hasta las doce millas, en el informe parecía que se limitaba este reconocimiento a aquellos casos en que pudieran invocarse ciertos derechos históricos por los Estados pertinentes. Por otra parte, si como se expresaba en este informe -circunstancia que ya fue advertida en el informe sobre la marcha de los trabajos remitida a la AG en 1954-, la Comisión había reconocido que la práctica internacional no era uniforme en lo atinente a la “limitación tradicional del mar territorial a tres millas”, lo que constituía un hecho incontestable, y que existía una gran diversidad de opiniones respecto al derecho de los Estados a establecer su extensión, cabía preguntarse,

¿con qué fundamento podía la Comisión enunciar esta norma en virtud de la cual los Estados sólo podían extender su mar territorial hasta las doce millas? La misma Comisión admitía que ninguna de las tan variadas propuestas pudo obtener la mayoría y que en última instancia y por mayoría de votos incluyó el texto en el proyecto.

Teniendo en consideración el Informe de la Comisión, que por cierto comprendía muchas otras cuestiones atinentes al régimen jurídico de los espacios marítimos, la AG aprobó la Resolución 1105(XI) por la que se dispuso la convocatoria de una Conferencia Internacional de Plenipotenciarios para examinar el Derecho del Mar, en la que debía tenerse presente no solo los aspectos jurídicos de las cuestiones a debatirse, sino también los aspectos biológicos, políticos, económicos y técnicos.

Es conocido el hecho de que en la Conferencia de Ginebra de 1958 se aprobó una Convención sobre el Mar territorial y la Zona contigua, sin que se incluyera norma alguna sobre el problema de la extensión del mar territorial debido a la imposibilidad de lograr acuerdo sobre esta materia. Tampoco se modificó esta situación en la Conferencia de Ginebra de 1960.

La cuestión quedaría sin respuesta y en un contexto internacional muy diferente al de finales de los años cincuenta y comienzo de los sesenta. Sería nuevamente abordada en la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, que comenzara en Caracas en el año 1974.

Como lo destacáramos, no ha sido nuestro propósito examinar la tan polifacética y variada problemática que ofrece la evolución del Derecho del Mar con posterioridad a la conferencia de Ginebra. Sólo hemos remarcado escuetamente el aporte realizado por la CDI en la evolución de la problemática vinculada con la extensión del Mar Territorial.

Los estudios y contribuciones de los miembros del Instituto, sin duda alguna, enriquecerá la visión de la trascendencia de la obra de la CDI en el tiempo transcurrido desde su creación.



Precedentes históricos de la Comisión de Derecho Internacional

Historical Background of the International Law Commission

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT*

Resumen: El presente trabajo se ocupa de los distintos intentos históricos de codificación y desarrollo del Derecho Internacional que han aportado a la creación y características funcionales de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Divide los aportes según se trate de propuestas de particulares privados (individuos o instituciones) o desarrollos intergubernamentales.

Palabras-clave: Precedentes históricos – Comisión de Derecho Internacional – Propuestas de codificación.

Abstract: This paper deals with the different historical attempts to codify and develop International Law that have contributed to the creation and functional characteristics of the United Nations International Law Commission. The work classifies the contributions according to whether they have been proposed by particulars (individuals and institutions) or intergovernmental developments.

Keywords: Historical precedents - International Law Commission - Proposals for codification.

* *Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora Emérita de la UNC y Profesora Emérita de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Antigua Catedrática de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho (UNC). Antigua Catedrática de Teoría de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

Sumario: Consideraciones introductorias. I. Propuestas de particulares. I.1. Desarrollos individuales. I.2. Propuestas de instituciones científicas. II. Desarrollos intergubernamentales. II.1. Primeras etapas de codificación internacional. II.2. Sociedad de Naciones. II.3. Naciones Unidas. Etapa previa a la Creación de la CDI. III. Reflexiones finales.

Consideraciones introductorias

En este trabajo, nos centraremos en presentar los distintos intentos históricos de codificación y desarrollo del Derecho Internacional (DI) que han aportado a la creación y características funcionales de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Debemos recordar que la Carta de las Naciones Unidas en su artículo 13 establece: “La Asamblea General [único órgano en el que todos los Estados Miembros están representados, cada uno con un voto] *promoverá estudios y hará recomendaciones* para los fines siguientes: a) fomentar la cooperación internacional en el campo político e *impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación*¹ (...)”. Para cumplir con ese mandato, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó en 1947 la Comisión de Derecho Internacional.

Los más antiguos antecedentes de la idea de codificación del DI pertenecen a particulares, personas individuales. Entre las iniciativas particulares, no sólo se destacan labores individuales, sino también colectivas en el intento de alcanzar la paz y la justicia a través del derecho, dando lugar en el tiempo a la creación de organizaciones científicas particulares, como el Institut de Droit International, la International Law Association, entre otras. Por su parte, las guerras -con sus secuelas- han sido disparadoras de intentos de civilización en las relaciones internacionales por medio del derecho. Ya desde la Paz de Westfalia se han ido afirmando entre Estados principios jurídicos para las relaciones multilaterales tendentes a establecer relaciones de paz entre los soberanos, los que se han ido acuñando de modo escrito a modo de codificación incipiente o instituida llevada adelante por los propios Estados con visión general. A la labor individual o colectiva de los particulares la trataremos en la primera parte de este trabajo y a la interestatal en la segunda.

¹ El resaltado nos pertenece.

I. Propuestas de particulares

I.1 Desarrollos individuales²

En una etapa pre Estado Moderno, **Pierre Dubois** (1255-1321) (Petri de Bosco) abogado y asesor de Philippe Le Bel, quien en 1307 entre varias *memorias* publicadas sobre la confrontación entre Le Bel y el Papa Bonifacio VIII³, propuso para alcanzar una paz duradera la creación de un tribunal arbitral, la contraposición de la presión colectiva frente a quien deseara iniciar una guerra, el establecimiento de escuelas internacionales y la educación internacional para que incubaran el respeto y predisposición a la convivencia pacífica entre los pueblos. Asimismo, **Dante Alighieri** (1265-1321) en 1311 en *De Monarchia* (1311) expresó que la paz entre las naciones solo podría darse con un Monarca-Emperador que regulara todo con una norma general que abrazara a todos los Reinos y Estados (que conservarían su independencia), armonizando principios y facciones opuestas y juzgando con justicia todas las cuestiones temporales entre ellos⁴.

Con la constitución del Estado Moderno y las primeras monarquías fuertes (v.g. Luis XI, los Reyes Católicos, Enrique VII Tudor) comenzaron las reflexiones jurídicas en torno a los derechos y deberes de los Estados y sus formas de relacionamiento.

Hugo Grocio (1583-1645)⁵ desarrolló una serie de principios propios del Derecho Internacional, entre ellos -a más de los generales- los relativos a la soberanía e igualdad de los Estados, a la esclavitud, al derecho del mar, al derecho de presas, límites al uso de la fuerza, protección de los inocentes no combatientes, derechos humanos, *jus in bello* y *jus ad bellum*, principios comunes de todos

² Seguiremos el orden cronológico de las aportaciones, ya que la complejidad entre situaciones y resultados hubiera dificultado una presentación clara y lineal.

³ DUBOIS, Pierre. *Traité de Politique Générale* (obtenible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k112071r>), en edición vaticana de 1891 en latín con rúbricas en francés y con Introducción explicativa de Langlois en francés).

⁴ ALIGHIERI, Dante. *De Monarchia*. Traducción y notas de Aurelia Henry, The Riverside Press, Cambridge, New York, 1904 (obtenible en http://files.libertyfund.org/files/2196/Dante_1477.pdf).

⁵ Considerado niño prodigio, ya que a los 9 años conocía la poética y componía versos; inició sus estudios de Derecho en Leiden a la edad de 11 años, pasó a estudiar a Orleans-Francia donde se recibió a los 15 años en Jurisprudencia y Filosofía. Estudió Astronomía, Matemáticas y Teología.

los Estados propios del Derecho de Gentes, reglas y sistemas de solución de controversias⁶. Su aporte pervive en el sistema de las Naciones Unidas, tal como lo expresara Rosalyn Higgins⁷. Sus aportes, especialmente los relativos a la guerra y la paz se consideran una de las primeras codificaciones del DI.

Emeric De la Croix -Crucé (1590-1648) escribió en 1623 la obra *Nouveau Cynée⁸ ou Discours d'Etat représentant les occasions et moyens d'establir une paix générale et la liberté de commerce pour tout le monde*, en la que consideraba que las guerras eran el resultado de malentendidos internacionales y del intento de dominio de la sociedad por parte de la clase guerrera, los cuales podrían reducirse a través del comercio que unía a la gente. Era un escrito pacifista que preveía un organismo internacional para mantener la paz. Debía ser una reunión permanente de príncipes, o sus representantes, cuya tarea fuera resolver disputas nacionales o internacionales. Su organización estaba *dirigida a toda la humanidad*. La membresía debía ser voluntaria⁹.

Maximilien de Béthune, Duque de Sully (1559- 1641), ministro de finanzas de Henri IV denominado El Grande”, Rey de Francia y Navarra, quien aportó a través del Edicto de Nantes de 1598 a la tolerancia religiosa y a la unión de Europa. Sully en 1638, con 78 años, publicó anónimamente el primer volumen de sus memorias, que pasó a la posteridad con el título *Economies royales*. En él, Sully presentó la estructura y los objetivos del Gran Diseño, en el que había tra-

⁶ GROTH, Hugonis. *De Jure Praedae Commentarius*, Martinum Nijhoff, 1848 (primera edición 1604); GROTH, Hugonis *Mare Liberum* (1609) (obtenible en traducción al inglés en https://scholar.harvard.edu/files/armitage/files/free_sea_ebook.pdf); GROTH, Hugonis. *De Jure Belli ac Pacis* (1625) (obtenible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDeLaGuerraYDeLaPazT1.pdf>). Este último trabajo fue llamado *Ley de las Naciones* por Luis XIII de Francia, país en el que se refugió después de escapar de modo novelesco con la ayuda de su esposa de la cárcel en el Castillo Loevenstein. Había escrito parte de la obra en prisión, lugar donde cumplía cadena perpetua tras haber sido confiscados sus bienes en 1618 por arminismo (negar la predestinación y sostener el libre albedrío).

⁷ HIGGINS, Rosalyn. “Grotius and the Development of International Law in the United Nations Period”, en Bull. H. - Kingsbury, B. - Roberts, A. (Eds.) *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford University Press, 1992 (obtenible en <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198277717.001.0001/acprof-9780198277712-chapter-10>).

⁸ Cineas había sido discípulo de Demóstenes, asesor del Rey Pirro de Épiro en el 300 a.J.C., que propugnaba las relaciones pacíficas y la prudencia antes que la guerra o el uso de las armas.

⁹ Obtenible en <https://archive.org/details/lenovveavcyneeov00cruc>. V. asimismo DHO-KALIA, R.P. *The Codification of Public International Law*, Manchester University Press, Manchester - Reino Unido de Gran Bretaña, 1970.

bajado incansablemente durante treinta años, acompañando las ideas de Henri IV. El *Gran Design* (*Gran Diseño*) tenía por objetivo poner fin a la superpotencia de los Habsburgo y alcanzar una paz universal y duradera para Europa. Proponía unir a las potencias europeas bajo una única “República Cristiana” que asegurara la convivencia entre católicos, luteranos y clavinistas, una especie de Unión Europea del siglo XVII. La nueva estructura tendría seis monarcas hereditarios (Francia, España, Gran Bretaña, Dinamarca, Suecia y Lombardía), seis poderes electivos (el papado, Venecia, el Imperio, Polonia, Hungría y Bohemia) y tres repúblicas federadas (Helvetia, Italia y Bélgica junto con los Países Bajos españoles). Presentó propuestas para las instituciones de gobierno: seis consejos individuales, todos bajo el control de un consejo general cuyo trabajo sería resolver las diferencias entre los soberanos y sus súbditos, pero también entre los Estados. Ya pacificada, Europa podría luchar unida contra los turcos. El consejo general reuniría las tropas y dirigiría las operaciones militares¹⁰.

Príncipe Ernesto I de Hesse - Reinfels - Rotenburg (1623-1693) propuso en su obra titulada *Le catholique sincère et discrète ou discours des sentiments, idées, réflexions raisonnables, libres et modérées sur l'état actuel de la religion dans le monde, par une personne qui est fermement arrachée au catholicisme romain* la constitución de una sociedad de soberanos cristianos y de un tribunal internacional de arbitraje con sede en Lucerna por ser ciudad equidistante entre Francia y Austria, las dos potencias católicas más importantes de la época¹¹.

William Penn (1644-1718), compañero de estudios de John Locke, por su inconformismo y pacifismo activo fue expulsado de Oxford, pasando a estudiar a Francia. Se hizo cuáquero y fue llevado a prisión. Entre juicios y detenciones hizo viajes por Europa y América del Norte. Fundó el Estado de Pensilvania en tierras que le asignó el rey Carlos II en 1681 en compensación de deudas que la monarquía tenía con el almirante Penn, su padre, del que William era heredero. Penn inicialmente denominó al territorio cedido “Gales”, pero Carlos II lo objetó. Penn eligió uno nuevo: “Silvania” y el monarca le agregó Penn (Pensilvania). En ese territorio aplicó el denominado *Holy Experiment* que funcionó exitosamente entre 1681 y 1756 (tolerancia religiosa, libertad de culto, libertad de comercio, igualdad social, equidad de oportunidades, dignidad de la mujer y

¹⁰ V. <https://salebcc.instructure.com/courses/451/pages/henry-iv-the-edict-of-nantes-1598>; http://henri4.culture.fr/en/uc/02_02_01?version=mobile).

¹¹ REZA, Germán A. de la. Ob. Cit., p. 46.

participación en asuntos públicos, gobierno por asamblea de todos los pobladores). Escribió más de veinte obras, casi todas de corte teológico. En 1693 publicó *An Essay towards the Present and Future Peace of Europe*¹², escrito en 10 secciones. Preveía que los Estados contratantes se reunieran anualmente en una “dieta o parlamento”. El organismo prepararía las normas de justicia y juzgaría los diferendos entre soberanos. Las sentencias se adoptarían por tres cuartas partes de los votos. La sede estaría en alguna ciudad “central”, y el idioma sería el latín o el francés.

Charles-Irénée Castel de Saint-Pierre (1658-1743) publicó *Projet our rendre la paix perpétuelle en Europe*¹³, obra que influyó en Immanuel Kant¹⁴ y Jean-Jacques Rousseau¹⁵, y fue considerada como la primera visión de unidad europea. Repercutió en la Sociedad de Naciones y la ONU. En su primera proposición señaló la necesidad de formar una sociedad permanente de Estados cristianos, fuerte, con capacidad de hacer cumplir los tratados. También manifestó la necesidad de someter los diferendos al arbitraje como sistema permanente, haciendo presente los inconvenientes de la guerra. La segunda proposición señala que el mero equilibrio de fuerzas entre las casas de Francia y Austria no podía dar suficiente seguridad de conservación a los Estados y al comercio. Luego presentó su proyecto de paz perpetua para Europa, recordando el éxito y duración

¹² Obtenible en <http://www.fredsakademiet.dk/library/penn.pdf>.

¹³ SAINT-PIERRE, Ch.-I. *Projet our rendre la paix perpétuelle en Europe*, Schouten, Utrecht, 1713 (obtenible en <https://archive.org/details/projetpourrendr00saingoog>).

¹⁴ Particularmente, en lo referente a considerar que el derecho internacional y el derecho y la justicia doméstica están fundamentalmente conectadas (V. CAPPIS, Patrick. “El proyecto kantiano en la teoría legal internacional moderna”, *Estud. Socio - Juríd*, vol.6 no.1 Bogotá Jan. /June 2004 (obtenible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792004000100008). El Proyecto del Abbé de Saint-Pierre hacía responsables a los soberanos de hacer respetar el derecho de la Unión. Kant (1724-1804) se inspiró en el título del Abbé de Saint-Pierre para su obra *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, publicada en Königsberg, 1795, (obtenible <http://homepage.univie.ac.at/benjamin.opratko/ip2010/kant.pdf>). Propugna que el derecho de gentes debe basarse en una federación de Estados libres.

¹⁵ ROUSSEAU, J.-J. (1712-1884) sintetizó y comentó la obra del Abbé de Saint Pierre, agregando aportes propios y críticas en su obra *Projet de paix perpétuelle*, Collection complète des oeuvres, Genève, 1780-1789, vol. 12, in-4° (obtenible en www.rousseauonline.ch; <https://www.rousseauonline.ch/pdf/rousseauonline-0082.pdf>). En el capítulo o sub-ensayo *Jugement sur la paix perpétuelle* critica en aspectos centrales a su inspirador, considerándolo ingenuo. V. asimismo GRANJA CASTRO, Dulce María - CHARPENEL ELORDUY, Eduardo. “El ideal de la paz perpetua en Rousseau y Kant”, *Sig. Fil*, vol.16 no.31, México ene./jun. 2014 (obtenible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-13242014000100002).

de la Sociedad Germánica y la Sociedad europea vislumbrada por Henri IV el Grande. Recuerda que el sistema que proponía desarrollaría normas tanto para el tiempo de paz como para las situaciones de eventuales guerras, permitiría que esa sociedad fuerte pactara con los Estados musulmanes acuerdos de paz duraderos. Señaló los artículos fundamentales (acompañados de explicaciones) que esa sociedad de Estados soberanos debía consagrar -entre ellos, designar representantes para un Senado perpetuo en una ciudad libre (más adelante propuso para ello a Utrecht)-. Los senadores previstos serían los enviados de 24 Estados listados - uno por cada Estado. Sugería: acuerdos dinásticos (tipo Pacta Conventa de 1097 entre los reinos de Austria, Hungría y Croacia) para evitar guerras de sucesión; rigor de la ley con las minorías rebeldes; todos los soberanos se contentarían para sí y sus sucesores con el territorio que poseían al momento de la Unión; ningún soberano podría tener dos soberanías (sea hereditaria o electiva); la Unión establecería “buenas leyes comerciales”, equitativas (aprobadas y reformadas por tres cuartas partes de los Diputados) y hallaría el buen modo de aplicarlas; libertad de comercio y no preferencias; ningún soberano acudiría a las armas, pero si tuviera alguna queja instruiría a su representante para que la presente en el Senado de la Ciudad Libre de la Paz, el que trataría de conciliarlos a través de su mediación, lo que de no ser posible, sería llevado a arbitraje del propio Senado, el que adoptaría decisión por tres cuartas partes de votos. Si un miembro de la Unión tomara las armas, sería considerado enemigo de la Unión y sería combatido hasta ser desarmado, juzgado y separado de la Unión, debiendo pagar los gastos de la guerra. Enunció luego 12 artículos (con explicaciones) relativos al Senado, su sede, su funcionamiento, el uso de tropas contra el enemigo, los límites en la América “poblada de salvajes” y el establecimiento de Comisarios de la Unión para ello y para asegurar la paz y el comercio. Proponía *i.a.* la supresión de barreras aduaneras, la constitución de un ejército federal, una unión, pero sin llegar a una federación plena.

Jeremy Bentham (1748-1832). Ernest Nys¹⁶ considera que Jeremy Bentham¹⁷ es sin duda, el primer teórico que afirmó la conveniencia y la utilidad que

¹⁶ NYS, Ernest. “Codification of International Law”, 5 *Am. J.Int’l L.* (1911), p. 876.

¹⁷ Descendiente de familia de juristas. Fue reconocido como niño prodigio por su padre al encontrarlo a los 3 años en su escritorio leyendo la Historia de Inglaterra. A los tres años leía tratados, a los 5 tocaba el violín y estudiaba latín y francés. Hijo de una familia acomodada, estudió primero en Westminster School y a los doce años ingresó en la Universidad de Oxford.

resultaría de la sustitución de la costumbre por una ley internacional escrita (fundador de la escuela inglesa de analítica jurídica). La mayoría de los autores señala que se ocupó del DI entre 1786 y 1789¹⁸. Bentham propuso las bases de la organización internacional y de la idea de un código internacional. Uno de los manuscritos en el Prefacio contenía los siguientes elementos básicos: 1. la igualdad de todos los Estados, reconocida por todos; ningún Estado puede pretender tener autoridad sobre otro; 2. cada Estado tiene su propia forma de gobierno; 3. cada uno respeta la forma de gobierno de los demás; 4. cada Estado mantiene sus propias posiciones y promulgaciones sobre el tema religioso; 5. la Confederación de los Estados se regula con el código de internacional aprobado, adoptado y sancionado; 6. la Codificación y la Confederación tienen por objeto no sólo la preservación de la paz como ausencia de guerra sino la consolidación de cooperación mutua. En esos manuscritos elaboró una serie de proposiciones dispuestas en cuatro columnas. Entre las propuestas figuraban: la compilación de un cuerpo normativo internacional establecido por un Congreso de delegados de los Estados civilizados “en el presente (...) de religión cristiana”; en la Capital de cada Estado los enviados de los diversos partidos políticos formarían un Comité del Congreso; todos los Estados estarían en paridad ante el Congreso cualquiera fuera su forma de gobierno; el Congreso mismo podría formar una especie de tribunal de apelación; la judicatura inmediata podría estar constituida por un solo juez elegido por el Congreso; por ese juez ejercería todas las funciones elementales.

Entre 1786 y 1789 escribió *Principios de Derecho Internacional*¹⁹, obra impresa recién en 1843 (once años después de su muerte). La misma estaba conformada por cuatro ensayos que trataban sobre: 1. Los Objetivos del Derecho internacional; 2. Los Sujetos (ámbito de aplicación del derecho); 3. La Guerra considerada con respecto a sus causas y consecuencias; 4. Un Plan para una Paz Universal y Perpetua. Su trabajo no propuso la codificación de los principios y normas consuetudinarias vigentes sino una ley internacional utópica que podría ser la base de una paz eterna entre los Estados civilizados.

En 1802, publicó en París (editorial Etienne Dumont) el *Traité de législation civil et penal*. El vigésimo tercer capítulo de esa obra contenía el *Plan du Code*

¹⁸ WHEATON, Henry. *History of the Law of Nations in Europe or America*, Gould, Banks and Comp., Dublin-Ireland, 1845, cit. por Nys. E. Ob. Cit., p. 877 y ss.

¹⁹ BOWRING, John (Compilador) *The Works of Jeremy Bentham*, Vol II, Simpking, Marshall and Co., Edimburgo, 1843, pp. 535-560.

International, el que debía ser “una compilación de deberes y derechos de los soberanos frente a otros soberanos”.

Debe tenerse en cuenta que fue Bentham quien acuñó las palabras “Codificación”, “Derecho Internacional” y “Estados civilizados”²⁰.

Henri Gregoire (1750-1831), obispo de Blois, fue encargado en 1792 por el Consejo francés post revolucionario de elaborar una *Declaración de los Derechos de las Naciones*²¹ como continuidad de la Declaración de los Derechos de la Humanidad de 1789²². Propuso dos borradores, uno en 1793 y otro en 1795. Más que un código, la Declaración era una enunciación de principios (21 enunciados), entre los cuales se hallaban la igualdad de los Estados y la inviolabilidad de los tratados²³. Esos textos estuvieron basados en las ideas de Bentham y el segundo borrador fue muy bien acogido, disponiéndose su publicación²⁴. Al día siguiente de la decisión, en nombre del Comité de Seguridad Antoine François Eugène Merlin (destacado general de las guerras napoleónicas), a pesar de otorgar grandes elogios a la obra, declaró que “la tranquilidad de Europa exigía que el decreto del Consejo que ordenaba la impresión fuera revocado”. Gregoire en sus Memorias explicó las razones del rechazo: “Esta es quizás la primera declaración de una ley de las naciones. Fue recibida con aplausos. Yo había consagrado allí los principios eternos de la libertad de las naciones, pero los intereses

²⁰ En su *Principles of International Law* (1789), “Essay IV. A Plan for an Universal and Perpetual Peace” (<https://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pil/pil.e04.html>) aclaró qué debía entenderse por “Estados civilizados”: los que eran “*capaces de ceder en sus intereses para salvaguardar la paz internacional*”, “*única forma de asegurar una paz eterna entre soberanos*”, aspecto que no solo atañía a una élite de Estados autodesignados como tales.

²¹ Los 21 puntos de la Declaración presentados en 1793 y 1795 pueden ser consultados en (<https://revolution-francaise.net/2010/10/06/399-declaration-droit-des-gens-abbe-gregoire-juin-1793>).

²² BIERMAN, Norman. “Codification of International Law-A Basis of World Government”, *15 St. Louis L. Rev.* 151 (1930), p. 153. Es de observar que gran parte del trabajo de Bierman es prácticamente una transcripción literal del Cap VI de Lassa Oppenheim, *Ob. Cit.*, p. 33 y ss.

²³ OPPENHEIM, Lassa. *International Law. A Treatise*, Reproducción de la primera edición, Vol. I, Outlook Verlag, Frankfurt am Main, Alemania, 2018, p. 33.

²⁴ Nys (en *Ob. Cit.*) estima que los proyectos de Henry Gregoire, obispo de Blois, propuestos en 1793 y 1795 fueron de la mano del jurista inglés dada la notoria influencia de Bentham en Francia. Ello, a tal punto, que la Asamblea Legislativa de Francia otorgó a Bentham el 26 de agosto de 1792 la ciudadanía honoraria francesa (*Ob. Cit.* p. 876). Como Bentham elaboró una serie de proyectos de reforma para todas las ramas del derecho, dejó su huella no sólo en el DI, sino también en los Códigos Civil y Penal franceses.

políticos pudieron más. El Comité de Seguridad Pública pensó que estos principios proclamados frente a Europa irritarían a los déspotas con quienes se pretendía entablar negociaciones”.

James Mill (1773-1836) (padre de John Stuart Mill), fue amigo íntimo de Bentham. Entre 1816 y 1823 preparó artículos para la Enciclopedia Británica, que recogió en 1825 en un volumen²⁵. Entre otros temas se ocupó de medidas prácticas para regular las relaciones internacionales generales, tanto en la paz como en la guerra, con características codificadoras. Consideró esencial para alcanzar la paz y evitar las guerras el establecimiento de un código internacional y de un tribunal. Mill refiere en la Enciclopedia Británica que **Lorenzo Coline**, abogado florentino presentó al Congreso de Viena de 1815 su proyecto *La Codice de guía de la gente in terra e in mare*, pero que no fue tomado en consideración²⁶.

Entre los antecedentes de codificación del DI, Nys²⁷ cita a **Simón Bolívar** (1783-1830) y recuerda expresiones de Alejandro Álvarez en su libro *Le droit international Américain*: “Siendo presidente de Colombia en 1822, Bolívar propuso celebrar un congreso de representantes de las naciones americanas. En diciembre de 1824, como Presidente de Perú, emitió una circular invitando a los representantes de todos los gobiernos americanos, incluido Brasil, a reunirse en un congreso en Panamá. Estuvieron presentes en ese congreso, que tuvo diez sesiones entre el 22 de junio y el 15 de julio de 1826, representantes de México, Centro América, Colombia y Perú. Las principales decisiones alcanzadas se reflejaron en un documento compacto de “Unión, liga y confederación perpetuas”. Un adicional de artículo contenía la idea de la codificación del derecho internacional. Los Estados confederados debían enviar plenipotenciarios para preparar y concluir el tratado o los tratados que se elaboraron para ese fin. Este artículo adicional se debió a la iniciativa del plenipotenciario peruano, quien en el artículo 16 de su proyecto de tratado de confederación presentado al congreso de Panamá propuso que dos personas debían ser encargadas de presentar el año siguiente el *Proyecto de un código de ley de los Estados americanos*, el “que no debía violar las costumbres europeas”. En esta iniciativa también se vio reflejada la influencia de Bentham.

²⁵ Sus trabajos pueden ser leídos en <http://oll.libertyfund.org/titles/mill-the-collected-works-of-john-stuart-mill-volume-xxi-essays-on-equality-law-and-education/simple>

²⁶ DHOKALIA, Ramaa Prasad. *The Codification of Public International Law*, Ob. Cit., p. 47.

²⁷ NYS, Ernest. Ob. Cit., p. 893.

El conde **Guillaume de Garden** (1796-1872) propuso en 1833, en su obra *Traité Complet de Diplomatie*²⁸, que un conjunto de naciones se reuniese para trabajar en un código común basado en la costumbre. En la obra trata tópicos generales de DIP de modo expositivo, pero en buena parte a modo de enunciado normativo.

En 1846-47 (Tomos I y II respectivamente) **Estevan de Ferrater** (1812-1873) publicó el *Código de Derecho Internacional*, una colección de los tratados de paz y comercio entre España y otras naciones, sistematizando en forma de 414 artículos las *Reglas de Derecho Internacional*²⁹.

En 1851 **Augusto Paroldo** publicó *Saggio di codificazione del diritto internazionale*³⁰. En las razones de su obra señala que es un ensayo de concepto humanitario entre los hombres en la relación entre ellos y entre pueblo y pueblo. Predominantemente, se ocupa de las relaciones privadas internacionales, el comercio y la navegación. Consagra expresamente el principio de no retroactividad. Poco aporta a la idea de Codificación del DIP a excepción de unos pocos artículos sobre relaciones religiosas, forma de gobierno de los Estados, principios de relaciones diplomáticas y derecho del mar.

Dimitri I. Katchenowsy (1827-1872) en dos trabajos leídos ante la Sociedad Jurídica de Londres en 1858 y 1862 propuso la codificación del Derecho internacional con representantes de todas las naciones.

Alfons von Domin-Petruschevecz (1830-1912), jurista austríaco-croata, publicó en 1861 en Leipzig *Précis d'un Code de Droit international*³¹. Algunos autores³² consideran, al igual que nosotros, que es la primera enunciación de un verdadero Código de DI. El autor, en palabras preliminares, señala que sólo podrá tener validez por vía convencional por el libre acuerdo de los Estados. La primera parte expresa a modo de código y con remarcable completitud:

²⁸ DE GARDEN, Guillaume. *Traité Complet de Diplomatie ou Théorie Général des Relations Extérieures des Puissances de l'Europe d'après les plus célèbres autorités par un ancien ministre*, Tomo I, Treuttel et Würtz, Londres, 1833, 473 pp. (obtenible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9755895p.texteImage>).

²⁹ DE FERRATER, Estevan. Consultable en (https://books.google.com.ar/books?id=K5vtwEACAAJ&pg=PA2&focus=viewport&vq=estado&hl=es&output=html_text).

³⁰ PAROLDO, *Saggio di codificazione del diritto internazionale*, Degli Artisti A. Pons e Comp., Torino, 1851.

³¹ VON DOMIN-PETRUSCHEVECZ, Alfons. *Précis d'un Code de Droit international*, F.A. Brockhaus, Leipzig, 1861 (obtenible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9752463d.texteImage>).

³² V. https://archive.org/stream/cu31924007494754/cu31924007494754_djvu.txt

En temps de paix

1.-Le droit international public règle les relations des états entre eux, les droits et prérogatives des souverains en dehors de leur pays et ceux des agents diplomatiques.

2.- Devant le droit international tous les états souverains ainsi que tous les souverains sont égaux.

3.-Chaque état possède et exerce seul et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans toute l'étendue de son territoire auquel il a un droit exclusif comme à ses autres biens.

4.- Les états peuvent exercer librement tous leurs droits souverains pourvu qu'en les exerçant ils n'offensent pas les droits d'autrui états.

5.Le territoire maritime de tout état s'étend aux ports, aux rades, aux baies, aux golfes, aux embouchures des fleuves et aux parties de la mer voisines des côtes jusqu'à une distance aussi loin que peut porter un coup de canon tiré du rivage.

6.-Le droit de pêche, entièrement libre en pleine mer, sera réglé exclusivement par les états respectifs dans leur territoire maritime, précisé dans l'article précédent,

7.-La mer hors des territoires maritimes ne peut être assujettie à aucune puissance.

8.-Chaque état a le droit exclusif de régler le cérémonial maritime dans ses limites maritimes. En pleine mer le cérémonial n'est régi que par la politesse réciproque.

9.-La navigation des détroits unissant deux mers sera entièrement libre, et la restriction de cette liberté quant aux bâtiments de guerre en quelques cas dépend de stipulations spéciales.

10.- Les lacs, les mers et les fleuves entièrement environnés des limites d'un état, ainsi que les rivières qui traversent un état font partie de son territoire.

11.- La propriété d'un lac environné de plusieurs états est partagée par des lignes qu'on se pense tirées des points où les frontières des états riverains se touchent au bord, jusqu'au, milieu du lac.

12.- Mais si le lac ou la mer enclavée sont si grands que la règle de l'article V vient être applicable, leur milieu est commun aux états riverains hors des limites précisées dans l'article mentionné.

13.- Lorsqu'une rivière forme la frontière entre deux états le thalweg est considéré comme la ligne de frontière des deux états.

14.- Chaque état peut exercer le droit de conservation de soi-même.

15.- Les interventions et médiations de toute espèce d'un état dans les affaires d'un autre ne font partie du droit international qu'en autant qu'elles sont basées sur des conventions positives ou sur la règle de l'article précédent.

16.- Une révolution intérieure ou une guerre qui change la constitution, la forme du gouvernement ou la dynastie régnante d'un état quelconque ne lui fait perdre aucun de ses droits ni ne le libère d'aucun de ses engagements qui peuvent subsister sous les relations nouvelles.

17.- En cas de séparation des colonies et des provinces ou d'un partage complet d'un état quelconque ses droits et ses devoirs seront partagés si cela est possible en proportion de la population et du terrain.

18.- En cas de réunion d'états ou d'annexion de provinces leurs droits et leurs devoirs respectifs envers l'étranger restent les mêmes autant que ce sera possible dans les circonstances nouvelles; il dépendra du gouvernement en question comment les réunir dans l'intérieur, ou (fun concert des états intéressés comment les modifier selon les circonstances.

19.- Un gouvernement étant reconnu ou par la moitié des grandes puissances ou au moins par autant d'états que leur population respective forme la cinquième partie de la population de l'Europe, ses actes et les droits privés qu'il a constitués (p. e. les dettes publiques et l'aliénation des domaines) doivent être reconnus par le gouvernement succédant ou rentrant en possession, quand même ces changements ne seraient pas expressément reconnus par un traité entre les deux gouvernements.

20.- Le- gouvernement succédant est aussi responsable des torts ou actes, de violence commis par le gouvernement antérieur envers d'autres états ou envers leurs sujets.

21.- Il y aura liberté réciproque de navigation et de commerce entre les navires et les sujets de toutes les puissances.

22.- Les douanes des états n'ont rien de commun avec les droits de navigation et de commerce (...)³³.

³³ El trabajo consta de 236 artículos. Resultan remarcables también los siguientes: "222.- Pour les crimes mentionnés sous le No. 5 de l'article CCXXV l'extradition peut être réclamée par l'état contre les droits et contre les lois duquel le crime aura été commis, pourvu qu'il ne soit pas commis sur le territoire de l'état auquel l'extradition est demandée, ou que

En 1863 **Francis Lieber** (1798-1872), profesor del Columbia College de Nueva York, redactó a pedido del Presidente Lincoln *Law of War. Instructions for the government of armies of the United States in the field*³⁴ en un cuerpo de normas de 157 artículos, al que Estados Unidos publicó durante el Guerra civil para uso de su ejército.

En 1868, **Johann Kaspar Bluntschli** (1808-1881), jurista suizo, publicó *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*³⁵. El trabajo ha sido traducido al francés, griego, español y ruso, y otros idiomas. Además, el gobierno chino encargó a un funcionario la traducción al chino para que sirviera de guía en ese país.

En 1871 **Frederic Seebohm** (1833-1912) publicó *Reform of the Law of Nations*³⁶. La obra fue escrita durante la Guerra Civil Norteamericana y señalaba en el Prefacio que su obra era una mirada desde afuera, en la que ponderaba el creciente armamentismo y la necesaria debilitación del principio de no inter-

le criminel n'en soit pas sujet. Dans ces deux cas les états respectifs le puniront selon leurs propres lois. 225. - Les crimes à raison desquels l'extradition sera accordée sont les suivants: 1) Assassinat, empoisonnement; parricide, infanticide, avortement, meurtre; coups et blessures volontaires ayant occasionné soit la mort, soit une maladie ou incapacité de travail pendant plus de vingt jours; castration; association de malfaiteurs, menaces d'attentat contre les personnes ou les propriétés; extorsion de titres et de signatures, séquestration, ou arrestation ou détention illégale des personnes. 2) Viol; attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violence; attentat à la pudeur consommé ou tenté, même sans violence, sur une personne, au sujet de laquelle, et en considération de son âge, un pareil attentat constituerait un crime. 3) Incendie. 4) Vol, fraude, escroquerie, concussion, corruption de fonctionnaires publics, soustraction ou détournement, fraude douanière. 5) Fabrication, introduction, émission de fausse monnaie, contrefaçon ou altération-dé papier-monnaie ou émission de papier-monnaie contrefait ou altéré; contrefaçon des poinçons servant à marquer les matières d'or et d'argent, contrefaçon des sceaux de l'état et des timbres nationaux. 6) Faux en écriture publique ou authentique et de commerce, y compris la contrefaçon d'effets publics de quelque nature qu'ils soient et de billets de banque; l'usage de ces faux titres. 7) Faux témoignage, subordination de témoins. 8) Soustractions et concussions commises par des dépositaires revêtus d'un caractère public des valeurs qu'ils avaient entre les mains, à raison de leurs fonctions; soustractions commises par des caissiers d'établissements publics ou de maisons de commerce. 9) Banqueroute frauduleuse. 10. - Baraterie de patrons. 11. - Désertion des soldats ou des matelots, si l'état par lequel l'extradition est demandée n'est pili en guerre avec l'état réclamant. 226. - La question si une des actions surnommées est criminelle en soi-même, ou si les circonstances qui l'ont accompagnée lui donnent le caractère de crime est décidée selon les lois de l'état qui demande l'extradition».

³⁴ Obtenible en http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp

³⁵ Obtenible en <https://archive.org/details/dasmodernevlke00blunuoft>

³⁶ SEEBOHM, Frederic. *Reform of the Law of Nations*, Longmans, Green and Company, London, 1871.

vención si es que se buscaba un derecho internacional. Destacaba los daños económicos de la guerra, la ruptura del comercio y sus efectos.

En 1872, el jurista italiano **Pascuale Stanislao Mancini** (1833-1912) escribió a modo de texto el ensayo *Vocazione del nostro Secolo per la Riforma e Codificazione del Diritto delle Genti*³⁷.

En el mismo año (1872) apareció en Nueva York la obra de **David Dudley Field** (1805-1894) titulada *Draft Outlines of an International Code*³⁸ (702 artículos comentados en 465 pp. que abarcaban DI Público y DI Privado). Instauró una moda utilizada en la actualidad: brindar definiciones dentro del mismo documento codificador. Así, en el art. 2 conceptualizó la palabra “nación”: “la nación es un pueblo que ocupa un territorio definido, poseyendo un gobierno común, propio de ella, para la administración de justicia y la preservación del orden interno, siendo capaz de mantener relaciones con otros gobiernos”. Como parte de la Bibliografía cita a Phillimore, Wallace y Bluntschli. Entre los comentarios, señala que un pueblo que no es independiente (como Egipto en ese momento), o incapaz de mantener relaciones internacionales (como los estados de EE.UU.) o los que no poseen territorio definido (como las tribus de Asia, África -extensible a las de América aun cuando no las hubiera citado-) no son naciones para el Código. Señaló también que muchos prefieren hablar de “Estado” y no de “Nación”, pero que su Código prefirió el segundo término para que no se confundiera con los estados no independientes como los de EE.UU.

Leopoldo Farnese publicó en 1873 en Roma su *Proposta di un codice di diritto internazionale*³⁹ dedicado a “los amigos de la paz y la libertad de las naciones”. Habló de los principios de justicia social y de los principios en las relaciones entre los Estados. Hizo referencia a las propuestas de Grocio, Wolf y Kant.

August von Bulmerincq (originario de Riga 1822-1890), en 1874, publicó *Praxis, Theorie und Kodifikation des Völkerrechts*, trabajo relevante sobre el sistema y los principios del derecho internacional, estructurado sobre bases de razones históricas. Además, con visión positivista publicó *Systematik des Völkerrechts*.

Thomas Erskine Holland (1835-1926) publicó en Londres en 1898 *Studies on International Law*⁴⁰, prestando central atención al derecho de la guerra. De-

³⁷ Obtenible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k958812/f1.item>

³⁸ Obtenible en <https://archive.org/details/cu31924017498787>

³⁹ FARNESE, Leopoldo. *Proposta di un codice di diritto internazionale*, G. Civelli, Roma, 1873 (obtenible en file:///D:/Usuarios/Intel/Documents/41AmJIntlLSup29.pdf).

⁴⁰ HOLLAND, Thomas Erskine. *Studies on International Law*, Clarendon Press, London,

dicó un capítulo especial a los progresos hacia un derecho de la guerra escrito, como el que ya se había comenzado a formar en ese entonces.

Emile Arnaud (1864-1921), publicó en París en 1910 -con reedición en 1913- su *Code international public (Code de la paix): Notes et commentaires*, publicado por el Institut International de la Paix. Además, publicó *Collected Papers* (1864-1881), *Le pacifisme et ses détracteurs* (1906), *Les traités d'arbitrage permanent entre peuples* (1895), *L'organisation de la paix* (1899).

Epitacio Pessoa (1865-1942) publicó en 1911 en Río de Janeiro su *Projeto de Código de Direito Internacional Público*⁴¹. En la Introducción, Pessoa recordó que la idea de codificación del derecho americano ya venía del Congreso de Panamá de 1826. Asimismo, hizo presente que en la Segunda conferencia internacional americana el delegado brasileño José Hygino Duarte Pereira revivió la necesidad de reconsiderar la cuestión, de modo que en la Tercera conferencia de 1906 se decidió confiar a una Comisión de jurisperitos la elaboración de dos códigos (Privado y Público respectivamente)⁴². En su caso, señala que el Código de DI Público de 721 artículos se ha basado fielmente en los convenios entre Estados Americanos, los adoptados en las Conferencias internacionales americanas y en La Haya. Divide la obra en dos partes, la primera dedicada a la paz (5 libros) y la segunda a la guerra (2 libros). En nota al libro primero (Sujetos) aclara que intentó evitar lo más posible las definiciones, que son más adecuadas a los textos doctrinarios, si bien, acercaba características y elementos esenciales, por ejemplo, el art. 1 establecía: Art. 1. *Considera-se Estado, para efeitos deste Código, uma reunião permanente de indivíduos que habitem um território determinado e obedçam a um mesmo governo, incumbido da administração da justiça e da manutenção da ordem.* Art. 279: *“As leis penais dos Estados farão influir na fixação das penas contra os criminosos internacionais, isto é, contra os criminosos profissionais que percorrem os Estados cometendo crimes, a condenação anterior decretada em qualquer Estado pelo mesmo ou por um crime da mesma categoria”*⁴³.

1898 (obtenible en <https://archive.org/stream/cu31924007461654#page/n9>).

⁴¹ PESSOA, Epitacio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1911.

⁴² PESSOA, Epitácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1911, pp. IV e V.

⁴³ El *Comité Jurídico Interamericano (CJI)*, es una de las más antiguas entidades dedicadas de modo institucionalizado al desarrollo progresivo y a la codificación del Derecho internacional en el ámbito americano ya que su antecedente inmediato fue la *Comisión*

Alejandro Álvarez (1868 -1960) publicó en 1917 *El Derecho Internacional del Porvenir*⁴⁴; en 1923 el *Código de Derecho Internacional Americano*⁴⁵. En 1962, póstumamente se publicó *El Nuevo Derecho Internacional en sus relaciones con la vida actual de los pueblos*⁴⁶. En el Prefacio de esta última obra, el autor señaló que el DI ha sido confeccionado desde punto de vista puramente jurídico tradicional, sin tomar en cuenta los cambios producidos en la vida de los pueblos. El “Nuevo Derecho” por el contrario estudia la vida de la gente de la que el derecho debe ser reflejo. Se dedicó en su trabajo a las crisis jurídicas que representaron las guerras del 14 y la que llama “el mayor cataclismo”, la del 39. Álvarez recordó que, en 1912, en virtud de una resolución de la Segunda Conferencia Internacional Americana, una Comisión de Jurisconsultos se reunió en Río de Janeiro para proceder a la Codificación del DIP. La comisión tenía dos delegados por país americano. Los delegados brasileños Eptacio Pessoa y Rodríguez Pereira presentaron respectivamente los Códigos de DIP y DIPr. Por su parte, sometió a la Comisión su obra “Codificación del DI” en la que sostenía que antes de proceder a la codificación del Derecho de Gentes, convenía ponerlo en armonía con las nuevas condiciones de la vida de los pueblos. Aclaró Álvarez que su punto de vista fue aceptado y que, a propuesta del delegado de EE.UU., Baste Moore, se asignó a su obra un voto de aplauso.

Permanente de Jurisconsultos de Río de Janeiro, creada por la Tercera Conferencia Internacional Americana de 1906. Tras pasar por distintas transformaciones, fue elevada a órgano principal de la Organización de Estados Americanos (OEA) hace más de 50 años. Dante Negro Alvarado recuerda que “el Comité Jurídico sirve nada menos que de cuerpo consultivo de la OEA en asuntos jurídicos de carácter internacional y promueve el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en la región, función que en un ámbito diferente realiza la propia Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. El Comité Jurídico Interamericano también tiene entre otras finalidades las de estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente” (NEGRO ALVARADO, Dante. “El Comité Jurídico Interamericano como órgano consultivo de la Organización de los Estados Americanos”, *Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales, 1998, p. 158 y ss.) (obtenible en: file:///G:/Dialnet-ElComiteJuridicoInteramericanoComoOrganoConsultivo-6302580.pdf).

⁴⁴ ALVAREZ, Alejandro. *El Derecho Internacional del Porvenir*, Edit. América. Santiago de Chile, 1917.

⁴⁵ ALVAREZ, Alejandro. *Código de Derecho Internacional Americano*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1923.

⁴⁶ ALVAREZ, Alejandro. *El Nuevo Derecho Internacional en sus relaciones con la vida actual de los pueblos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1962.

Se discutió largamente la existencia o no de un Derecho Internacional Americano. Parte de ese debate ya se había iniciado en 1883 entre Amancio Alcorta y Carlos Calvo, siendo el abanderado de su existencia el primero de ellos.

Los principales principios doctrinarios que caracterizan a ese derecho internacional americano defendido por Álvarez eran: *uti possidetis* (ideado por Bolívar para las soluciones de los conflictos territoriales); el principio de no intervención; la libre navegación de los ríos; la abolición del derecho de conquista; la igualdad civil de los nacionales y extranjeros; la prohibición del cobro compulsivo de la deuda pública; la prohibición de persecución racial o religiosa; la reglamentación de la neutralidad; la igualdad jurídica de los Estados; el derecho de asilo; la reclamación de extranjeros y la responsabilidad internacional del Estado por causa de guerra civil⁴⁷. Alejandro Álvarez (*El Derecho Internacional Americano*, 1910) volvió a abrir el debate y, especialmente confrontó con Manoel Alvaro de Souza Sá Vianna (*De la non existence d'un Droit International Américain*, 1912)⁴⁸. En 1925 el Instituto Americano del Derecho Internacional expresó su criterio sobre los debates que desde 1883 se venían dando entre los propios juristas americanos por cuanto se afirmaba o negaba la existencia del *Derecho Internacional Americano*. El Instituto señaló: “Entiéndese por Derecho Internacional Americano, el conjunto de instituciones, principios, reglas, doctrinas, convenciones, costumbres y prácticas, que, en el dominio de las relaciones internacionales, son peculiares a las Repúblicas del Nuevo Mundo. La existencia de este Derecho proviene de las condiciones geográficas, económicas y políticas del Continente Americano, de la manera como las Nuevas Repúblicas nacieron y se incorporaron a la comunidad internacional y de la solidaridad entre ellas existentes. El Derecho Internacional Americano así comprendido, de modo alguno tiende a establecer un sistema internacional que tenga por objeto separar a las Repúblicas de este hemisferio del concierto mundial”.

Entre 1880 y 1911 se encuentran otros intentos de codificación individuales, como el de **Leone Levi** 1821-1888), quien publicó en 1888 *International Law*,

⁴⁷ FAIDUTTI, Carlos. *El Derecho Internacional Americano y la Carta Democrática Interamericana* (<http://www.uees.edu.ec/servicios/biblioteca/publicaciones/pdf/34.pdf>).

⁴⁸ REY CARO, Ernesto J. Notas sobre la Doctrina Iusinternacionalista Argentina en el siglo XIX. Su Proyección en la enseñanza en las universidades argentinas y en particular en la Universidad Nacional de Córdoba”, *Revista de la Facultad (Nueva Serie)*, vol I, N° 1, pp. 17 y ss.

*with Materials for a Code of International Law*⁴⁹ (D. Appleton and Co., New York, 1988). Sorprendentemente ese mismo año -año de su fallecimiento- escribe la historia de su vida y sus primeros 10 años en Inglaterra: *The Story of My Life: The First Ten Years of My Residence in England, 1845-1855*⁵⁰. El autor señaló que escribía la obra para rescatar los momentos históricos relevantes de cooperación entre gobiernos, dignos de ser tenidos en cuenta en el futuro. Buena parte está dedicada al Derecho Comercial y Económico, pero tiene algunas cuestiones de interés internacional y costumbrista, que permiten conocer sobre la vida en Europa en esos momentos y el entorno internacionalista de la época.

Pasquale Fiore (1837-1914) publicó *Il Diritto Internazionale Coficcato e sua Sanzione Giuridica*, obra traducida al inglés por Edwin M. Bochard en 1918 con título completado: *International Law Codified and its Legal Sanction on the Legal Organization of the Society*⁵¹ La traducción es más extensa que el original de Fiore, ya que lleva Conclusiones sobre las ediciones italianas segunda y tercera.

Émile Duplessix publicó en 1906 *La Loi des Nations. Projet d'institution d'une autorite nationale, legislative, administarative, judiciare. Projet de Code de Droit international public*⁵². Este trabajo monográfico fue coronado con el primer premio de la Fundación Narcisse Thibault en el concurso convocado por el *Bureau International de la Paix* (1905-1906). La obra de 253 páginas se dividió en *Prolegómenos, *Programación de una Conferencia Internacional Preparatoria a la Constitución de una Unión de todos los Estados civilizados, *Proyecto de Tratado internacional, * Proyecto de Código de Derecho Internacional Público que tenía 780 artículos (por ejemplo, llama hoy la atención el art. 281: prescripción a los 30 años de una posesión territorial continuada e ininterrumpida). La parte correspondiente a los *Prolegómenos*, bajo el epígrafe *si vis pacem para leges*, se refirió a la iniquidad y barbarie que significa la guerra y a la necesidad de una

⁴⁹ LEVI, Leone. *International Law, with Materials for a Code of International Law*, D. Appleton and Co., New York, 1988.

⁵⁰ LEVI, Leone. *The Story of My Life: The First Ten Years of My Residence in England, 1845-1855*, obra de circulación privada (obtenible en <https://archive.org/details/storymylifefirs00levigoog>).

⁵¹ FIORE, Pascual. *International Law Codified and its Legal Sanction on the Legal Organization of the Society*, Ed. Baker, Voorhis and Co., New York, 1918 (obtenible en <https://archive.org/stream/internationala00borcgoog#page/n93/mode/2up>).

⁵² DUPLESSIX, Émile. *La Loi des Nations. Projet d'institution d'une autorite nationale, legislative, administarative, judiciare. Projet de Code de Droit international public*, Sirey, Paris, 1906 (obtenible en <https://ia801408.us.archive.org/29/items/laloidesnations00duplgoog/laloidesnations00duplgoog.pdf>).

paz duradera en el mundo. Advirtió sobre el crecimiento del armamentismo y la preparación para la guerra tanto en Europa como en Asia, verdadera anomalía que surgía a causa de la desconfianza entre los Estados y de la diferencia de desarrollo entre el derecho interno y el internacional. La *Programación* fue la parte más breve (3 páginas). A más de un modelo de Acta de constitución de la conferencia acompañó el *Modo de representación de los Estados*. Preveía que cada Estado que tuviese más de 3 millones y hasta 10 millones de habitantes tuviese un delegado. Los Estados con más de 10 millones, por cada 10 millones de habitantes tuviesen un delegado, pero con un máximo de 3 delegados por Estado. Los países con menos de 3 millones de habitantes podían reunirse bajo las mismas condiciones de los anteriores. (Los habitantes del planeta en 1899 era 1.650 millones). Cada Estado, junto al delegado titular, debía designar un suplente. Los miembros de la Conferencia nombrarían un Comité de Juristas con conocimiento profundo de DI y bajo la dirección de los miembros redactarían el proyecto. Asimismo, se ocupó del *Programa de la Conferencia* y señaló que la Conferencia establecería *ad referéndum* de los gobiernos: *un proyecto Código de Derecho Internacional Público para todas las naciones del mundo; *un proyecto de organización de una autoridad internacional destinada a presidir las relaciones externas de las naciones con funciones ejecutivas, legislativas y judiciales para asegurar su buen funcionamiento; y *un tratado por el que los Estados civilizados formarían una Unión que asegurara su independencia recíproca y el funcionamiento independiente de la organización de supervisión. Por último, en esta parte, trató el *Carácter y el Modo de funcionamiento de la Conferencia*, señalando que el carácter de la Asamblea sería el de una Asamblea Constituyente (es decir, transitoria). Las decisiones se adoptarían por mayoría absoluta (cada delegado, un voto). Toda decisión se adoptaría *ad referéndum*. La Asamblea establecerá su propio reglamento. El Proyecto de *Tratado de Unión de Estados Civilizados* desarrolló cuestiones tales como: la duración indeterminada del tratado, la posibilidad de retirarse al cumplirse cada período decenal, debiendo advertir al Comité ejecutivo un año antes la intención de retirarse, caso contrario se considerará reconducido tácitamente el compromiso por un nuevo decenio; el Código de DIP será considerado ley común de la Unión; la autoridad se organizaría en Asamblea legislativa, Comité ejecutivo y Corte internacional de justicia. Los delegados se elegirían de modo similar a los de la Conferencia, pero se especificó que su edad mínima debía ser de 30 años y la

máxima de 67. A todo delegado que hubiese faltado tres veces a las sesiones sin autorización o excusa justificada se lo consideraría de pleno derecho renunciado. El Estado debía cubrir a los fallecidos, renunciados e incapacitados. La presencia de 2/3 partes de miembros se requería para la votación de cualquier deliberación. En cuestiones de interés directo de una nación, pero no de interés general, los delegados interesados debían abstenerse (sus votos se deducían del *quantum* de la mayoría). Las sesiones de la Asamblea y de la Corte de Justicia eran abiertas para todos los agentes diplomáticos, aunque se tratara de naciones no parte de la Unión. Las sesiones del Comité ejecutivo eran privadas. El articulado pasaba a regular las funciones de los tres órganos. La Corte tenía competencia en diferendos entre Estados y Estados y particulares. Requería que la Corte aplicara el DI en consonancia con las costumbres de la época y que los jueces se esforzaran en aplicar normas de reconocimiento unánime, haciendo prudente uso de sus facultades de iniciativa. Las sanciones previstas: advertencia, censura, restitución, reparación moral, reparación pecuniaria, confiscación (sanción principal que afectaba posesión-propiedad, y generalmente se concebía temporal), incautación (sanción accesoria a la principal, afectaba posesión estimada delictiva), alienación, constreñimiento al respeto de la ley común y a la ejecución de la sentencia de la Corte por el empleo de la fuerza armada. Regulaba el proyecto la existencia de una fuerza armada a disposición del Comité ejecutivo. También disponía en materia de reducción de armamentos. Al ocuparse del *Código de DI*, señalaba que se basó en la obra de DIP de Frantz Despagnet (profesor en Bordeaux), *Droit International Public*⁵³.

Jerome Internoscia, jurista canadiense, en 1910 publicó su *New Code of International Law (The International Code)*⁵⁴. El Código tenía 5.657 artículos y sido considerado por Fiore en ediciones posteriores como el más extenso código conocido. Internoscia señala que dos terceras partes de su trabajo se basaron en libros de Derecho Internacional consultados a los que no citaba pero que, para prevenir críticas, anunciaba que más adelante citaría todas las fuentes que había utilizado. La obra está dedicada a todos los gobernantes del mundo y dignatarios

⁵³ DESPAGNET, Frantz. *Droit International Public*, 4ta, Edición, Sirey, Paris, 1910 (actualizado y comentado por Ch. de Boeck), 1430 pp., obtenible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5629361h.texteImage>). La primera edición había sido de 1893.

⁵⁴ INTERNOSCIA, Jerome. *New Code of International Law*, Company, New York, 1910. Fue publicado en tres idiomas en forma de columnas (inglés, francés e italiano), 1088 pp. (obtenible en <https://archive.org/stream/newcodeofinterna00inte#page/n7>).

de la Iglesia Cristiana. Consta de Introducción y tres partes (DIP; DIPR; Legislatura, Magistratura Proceso y Ejecución internacional). El trabajo está a caballo de un manual y de un código. No contiene verdaderas formulaciones normativas, solo un texto expositivo con contenidos de valor normativo, a diferencia de Duplessix.

1.2. Propuestas de instituciones científicas

Tras la crueldad y los horrores de la guerra franco-prusiana (1870-1871), en la que el incipiente Derecho internacional y los mínimos principios de humanidad fueron totalmente desconocidos, los estudiosos retomaron vivamente la idea de la codificación del DI, esta vez a través de emprendimientos colectivos.

En 1872, el comité de *L'Alliance universelle de l'ordre et de la civilisation*⁵⁵, se reunió en París y decidió que debía seleccionarse entre sus miembros y entre hombres competentes una Comisión que tuviera entre sus propósitos inducir a estudiantes y juristas -ya fuera mediante reuniones, otorgamiento premios u otras vías- a trabajar sobre la compilación de un código internacional. Un premio fue ofrecido por el economista español (Marcoarta), para el mejor trabajo de un código internacional para preservar la paz.

En ese mismo tiempo, también, la *Sociedad Estadounidense de la Paz (American Peace Society)*⁵⁶ decidió convocar a “un parlamento de publicistas” (unos 40 a 50 doctrinarios) para el elaborar el proyecto de establecimiento de un tribunal superior de naciones similar al que tiene el Supremo en EE.UU.

El 11 de septiembre de 1873, se fundó en Gante el *Instituto de Derecho Internacional (Institut de Droit International)*. Constituía un cuerpo científico permanente que emprendió la misión de prestar especial atención al progreso del derecho internacional, definir sus principios y asegurar la eficacia práctica de la misma. La misión del Instituto era apoyar los esfuerzos para buscar sustraer a las sociedades de conflictos y para codificar el derecho internacional público y promover los derechos humanos. Tenía y tiene como lema la frase “Justicia y

⁵⁵ V. <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044010187110;view=1up;seq=24>.

⁵⁶ La APS fue fundada el 8 de mayo de 1828 en Nueva York y fue continuadora de la *Massachusetts Peace Society* (1815-1828). En la actualidad tiene su sede en Washington y su más conocida publicación es *World Affairs* (V. file:///F:/AnnualMeetingoftheAmerica.pdf).

paz”. Once distinguidos internacionalistas⁵⁷ decidieron reunirse para crear una institución independiente de cualquier influencia gubernamental, que pudiera contribuir al desarrollo del derecho internacional y actuar para su implementación. En el origen de la reunión en Gante, reconocemos en particular los esfuerzos combinados de Gustave Rolin-Jaequemyns y Gustave Moynier. Moynier había sido uno de los cinco miembros fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja en 1863. Como muchos otros, se sorprendió negativamente al observar que durante la guerra franco-prusiana de 1870-71, el Convenio para aliviar la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1864 fuera muy poco respetado. La creación del IDI fue una reacción para “promover el progreso del derecho internacional”, de acuerdo con los términos de su Estatutos (Artículo 1)^{58, 59}. El instituto recibió el Premio Nobel de la Paz en 1904. Entre los que estuvieron presentes en la primera sesión, expusieron fervientes defensores de la codificación, entre ellos, Stanislas Pasquale Mancini y Carlos Calvo, quien sugirió la “codificación gradual y progresiva de las reglas de la ley de las naciones”. Al lado de los juristas que creían que había llegado el momento de proceder a la codificación del DI, había otros de opinión diferente en base -fundamentalmente- a la falta de acuerdo entre los Estados con respecto a los principios fundamentales. Por ello se trabajó sobre áreas definidas por separado. Las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 tomaron muy en cuenta esos trabajos⁶⁰. El IDI en sus distintas sesiones ha abordado importantes proyectos de codificación, por ejemplo: Proyecto de Procedimiento arbitral internacional (1875), Manual sobre las leyes de la guerra terrestre (1880), Proyecto de regulación internacional para la navegación de los ríos (1887); Reglas sobre la definición y régimen del mar territorial (1894), Declaración sobre la codificación del DI

⁵⁷ Los once internacionalistas eran: “Pascal Mancini (de Rome), Président; Emile de Laveleye (de Liège); Tobie Michel Charles Asser (d’Amsterdam); James Lorimer (d’Edimbourg); Wladimir Besobrasoff (de Saint-Pétersbourg); Gustave Moynier (de Genève); Jean Gaspar Bluntschli (de Heidelberg); Augusto Pierantoni (de Naples); Charles Calvo (de Buenos Aires); Gustave Rolin-Jaequemyns (de Gand); David Dudley Field (de New York)”.

⁵⁸ *Congrès de LAliance universelle de l'ordre et de la civilisation*, Tomo I, Paris, 1872 (V. <http://www.idi-iiil.org/fr/histoire/>; V. asimismo <https://catalog.hathitrust.org/Record/100322605>).

⁵⁹ ROLIN, Albéric. *Los orígenes del Instituto de Derecho Internacional 1873-1923 - Memorias de un testigo*, Secretario Auxiliar de la Sesión Inaugural en 1873 - Secretario General del Instituto en 1923.

⁶⁰ NYS, Ernest. Ob. Cit. p. 889 y ss.

(1929), Declaración de los Derechos del hombre (1929), Estatuto jurídico de las sociedades de DI (1929), etc. La Declaración sobre la codificación del DI (1929) establecía: 1 ° La codificación no debe limitarse a formular la Ley del Pueblo tal como es, sino que debe desarrollarse como debería ser, de acuerdo con las reglas de la evolución de la vida internacional, el interés de la humanidad y la moral y la justicia; 2 ° El trabajo de codificación solo puede llevarse a cabo si la determinación de estas reglas es primero emprendido por organismos científicos, agrupando juriconsultos de diferentes nacionalidades, lo que permite que se contemplen los diferentes sistemas, adoptando sus resoluciones, no por unanimidad, sino por mayoría; 3 °. El ejemplo de las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, conjuntamente con las Resoluciones del Instituto Americano de Derecho Internacional, muestran que el trabajo de codificación debía ser precedido por preparación científica independiente, basada en observación, jurisprudencia y doctrina; 4 ° La determinación de las reglas de derecho de gentes se debía lograr abordando todas las partes de ese derecho, sin guiarse por consideraciones de interés político, sino según la madurez legal de las reglas en tanto resultado del progreso de la doctrina y jurisprudencia; 5 ° Esa determinación solo podía lograrse inspirándose en los principios generales de la ley y, más específicamente, en los principios fundamentales del Derecho de Gentes a medida que ellos surgen de las condiciones de la vida contemporánea y el progreso del espíritu internacional⁶¹.

El 10 de octubre de 1873, se creó la **Asociación Internacional de la Reforma y Codificación de la Ley de las Naciones** (*International Association for the Reform and Codification of the Law of Nations*), de origen americano con sede en Londres, si bien había llevado sus conferencias anuales en distintos lugares. En 1877, en la Conferencia de Amberes, elaboró un marco de doce normas (prevalentemente de DI Privado dirigidas a establecer un derecho internacional uniforme de alcance general, las que tuvieron gran aceptación en Europa y América, recibiendo el nombre “Reglas de York-Antwerp” que fueron adoptadas por varias cámaras de comercio y otras entidades comerciales. En 1895 pasó a llamarse **International Law Association**⁶². Desde sus inicios, la política de la Asociación fue de apertura, ya que no establecía un número fijo de miembros, pero estaba

⁶¹ V. http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1929_nyork_01_fr.pdf

⁶² I.L.A. “History of the International Law Association”, 77 *Int'l L. Ass'n Rep. Conf.* 58 (2016).

abierta a cualquier persona interesada en el desarrollo favorable de las relaciones internacionales, abogados o no. Igualmente, la Asociación siempre había tenido y tiene una visión amplia de su mandato, en tanto no se limita al Derecho internacional público, sino que incluye el Derecho internacional privado y estudios comparativos relevantes. La membresía de la ILA se organiza a nivel regional. Actualmente hay unos 50 filiales en todo el mundo. Esas filiales no representan gobiernos ni visiones nacionales. Las filiales son autónomas, pero funcionan bajo la aprobación del Consejo Ejecutivo, que es elegido por las distintas ramas. Los objetivos de la ILA son: el estudio, clarificación y desarrollo del derecho, tanto público como privado, y el fomento de la comprensión internacional y respeto por el derecho internacional. La ILA ha trabajado en la codificación de distintas áreas del derecho. Por ejemplo, en la 43ª sesión de Bruselas de 1948 trató como tema separado a la Codificación como tal, los derechos de los Estados al lecho y subsuelo marítimo, al arbitraje internacional y la abolición de la guerra, entre otros; en la sesión 52ª de 1966 adoptó las Reglas de Helsinki que codificaron el derecho de los ríos internacionales, consideradas por varios tribunales normas consuetudinarias de DI.

La *American Society of International Law* (ASIL) fundada en 1906, en su tercer encuentro anual (24 de abril de 1909), designó un *Comité para la codificación de los principios de justicia* que deberían gobernar las relaciones de los Estados en tiempos de paz.

Son numerosas las asociaciones académicas que se han sucedido en el tiempo, muchas de ellas de alta relevancia, sin embargo, dada la imposibilidad de referirlas a todas, sólo hemos señalado unas pocas, señeras por más de un siglo, y que aún continúan su valiosa labor.

II. Desarrollos intergubernamentales

II.1. Primeras etapas de codificación internacional

Si bien numerosos doctrinarios consideran que la *Paz de Westfalia* de 1648 - que puso fin a la guerra de los Treinta Años en Alemania y la guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos- fue la primera codificación del DIP en tanto dio lugar al primer congreso diplomático moderno e inició un

nuevo orden en Europa central basado en el concepto de soberanía nacional, integridad territorial, libre comercio, libertad de los mares, conferencias diplomáticas periódicas, entre otras normas generales. Algunos doctrinarios estiman que el primer desarrollo consciente del DIP a nivel interestatal se halla en la Conferencia de Viena de 1814/1815, dando inicio al denominado “Concierto Europeo”, en cuyo marco se firman una serie de instrumentos internacionales, entre ellos, el Tratado de París (30 de noviembre 1814)⁶³, la Declaración sobre la abolición de la trata de esclavos (8 de febrero de 1815), el Reglamento sobre el rango de los agentes diplomáticos (el 19 de marzo de 1815), y el Reglamento sobre la navegación libre en los ríos (29 de marzo de 1815)⁶⁴; se crea la Comisión internacional para la administración del Rin (primera organización de cooperación internacional). La labor codificadora del denominado Concierto Europeo continuó en Aquisgrán (1818), Karlsbad (1819), Troppau (1820), Laibach (1821), Verona (1822), Londres 1832, París (1856), Berlín (1878). La Conferencia de París de 16 de abril de 1856 adoptó normas de derecho del mar como el establecimiento del tribunal de presas, abolió el corso, neutralizó el Mar Negro y las islas Aaland, creó la Comisión internacional para la administración del Danubio.

Ernest Nys⁶⁵ recuerda entre los esfuerzos realizados por los gobiernos y los estadistas para codificar reglas internacionales un compromiso asumido en 1789 en medio de las negociaciones diplomáticas relativas a la neutralidad armada de Catalina II, emperatriz de Rusia y Federico II, rey de Prusia. Los dos soberanos avanzaron en el pensamiento más allá del tiempo en el que vivieron. Adoptaron el *tratado secreto de 8 de mayo de 1781*, de San Petersburgo. El tercero de sus artículos establecía: “Su Majestad, el Rey de Prusia, y Su Majestad, la Emperatriz de todas las Rusias, se comprometen a observar de la forma más apropiada (...) el sistema de neutralidad y los principios establecidos en este instrumento, que servirá de base para el establecimiento de un *código marítimo universal*” (el resaltado nos pertenece).

⁶³ Daba fin a la guerra entre Francia y la Coalicón formada por el Reino Unido, Rusia, España, Austria, Suecia, Portugal y Prusia. Forzó la abdicación de Napoleón I, y restauró a la casa de Borbón en la figura de Luis XVIII. Cuando definitivamente cayó Napoleón se celebró otro tratado (20 de noviembre 2015). Más tarde, se acordó la celebración de un futuro congreso que se podría celebrar en Viena para resolver los temas europeos pendientes.

⁶⁴ MARTENS, Georg Friedrich von. *Nouveau Recueil Général des Traités* V. II, 1818, pp. 432, 434, 449, cit. por *41 Am. J. Int'l L. Sup* 29 (1947), p. 5.

⁶⁵ NYS, Ernest Ob. Cit., p. 891- 892.

El desarrollo del Derecho internacional escrito se hizo de dos maneras: recopilando normas consuetudinarias existentes y elaborando nuevas normas, pero ambos procesos eran casi no distinguibles. En más de 100 conferencias internacionales o congresos celebrados entre 1864 y 1914 se adoptaron más de 250 instrumentos internacionales. Entre esos instrumentos figuran grandes labores como las relacionadas al derecho de la guerra: Conferencias de Ginebra de 1864, de San Petersburgo de 1868, de Bruselas de 1874, de París de 1884, de La Haya de 1899, 1904, y 1907, de Ginebra de 1906, de Londres de 1909. Ello, independientemente que algunos no entraran en vigor, como los de Bruselas de 1874 y de Londres de 1909. Más tarde, se destacaron los acuerdos de Washington de 1922, de Ginebra de 1925, y de 1929, y de Londres de 1930.

En la conferencia celebrada en *Bruselas en 1874* a instancias de Alejandro II, el emperador de Rusia llevó un verdadero trabajo de codificación, inspirado en el Código de Francis Lieber. Catorce Estados europeos adoptaron una Declaración de 56 artículos, la que durante un cuarto de un siglo permaneció sin fuerza obligatoria y hubo que esperar hasta la *Conferencia de Paz de 1899* para llegar a una aplicación efectiva de sus contenidos.

En general, no había uniformidad en el modo de preparar las conferencias, sin embargo, habitualmente eran promovidas por un Gobierno, el que proponía la agenda de tratamiento. Tal el caso de la *Conferencia de La Haya de 1899*. La Circular rusa enviada por el conde Mouravieff, a nombre del zar Nicolás II -conocida como la circular Mouravieff- de 30 de diciembre de 1898 contenía una lista de temas a ser sometidos a discusión en la Conferencia. Del mismo modo, las notas rusas de marzo / abril de 1906 describían el programa para la Segunda *Conferencia de Paz de La Haya (1907)*. A pesar de la falta de una preparación previa, la Conferencia logró adoptar varias convenciones relevantes, varias de ellas en vigencia en la actualidad. La Segunda Conferencia de Paz de La Haya, sintiendo la falta de una adecuada preparación para sus deliberaciones, recomendó que la celebración de la Tercera Conferencia de Paz, preparara el programa con antelación, proponiendo que “*unos dos años antes de la fecha de la reunión, un comité preparatorio se encargara de recopilar las diversas propuestas que se presentaran a la Conferencia y determinara qué temas estaban maduros para su tratamiento en conferencia*”. La demora en celebrarse y el inicio de la primera Guerra Mundial, frustraron la tercera conferencia de La Haya, prevista inicialmente para 1909 pero demorada.

La Conferencia Naval de Londres 1908/1909 (4 de diciembre al 26 de febrero de 1909) se considera un verdadero hito en la codificación del derecho internacional, ya que su preparación se basó en un modelo novedoso para la época. La Declaración⁶⁶, de 71 artículos⁶⁷, en una Disposición preliminar expresaba: “Las Potencias signatarias están de acuerdo que las reglas contenidas en los siguientes capítulos corresponden en sustancia con los principios generalmente reconocidos del derecho internacional”. El propósito de la Conferencia, no fue crear nuevas reglas, pero sí “observar, definir y, donde sea necesario, completar lo que podría considerarse ley consuetudinaria”. La Declaración hacía referencia a la técnica de codificación. Así, el artículo 65 enunciaba el principio de que las disposiciones de la Declaración debían “*tratarse como un todo, no pudiendo separarse*”, ya que son resultado de concesiones mutuas y adaptaciones” y por esa misma razón se consideró necesario excluir la posibilidad de presentar reservas a cualquiera de las reglas (Informe General, loc. cit., página 66; los resaltados nos pertenecen). La Declaración estaba sujeta a ratificación y permaneció abierta a la firma hasta el 30 de junio de 1909 para los Plenipotenciarios de las Potencias representadas en la Conferencia de Londres. El art. 69 de la Declaración establecía que la denuncia solo podía hacerse efectiva al final de un período de doce años, comenzando sesenta días después del primer depósito de ratificaciones, y, después de ese tiempo, al final de los períodos sucesivos de seis años, de los cuales el primero comenzaría al final del período de doce años. Implícitamente el Artículo 69 permitía concluir que el documento era de duración indefinida. La Declaración estaba abierta a la adhesión de las Potencias no representadas en el Conferencia de Londres, por la gran importancia que las Potencias dieron “al reconocimiento general de las reglas adoptadas” (art.70). Ninguno de los países representados en la Conferencia ratificó la Declaración por lo que no entró en vigor. Sin embargo, en la guerra entre Italia y Turquía, 1911-1912, ambos beligerantes en sus operaciones navales, actuaron de conformidad con las reglas establecidas en la Declaración de Londres a pesar de que Turquía no había sido invitada a la Conferencia de Londres y no había adherido a la Declaración. Sólo parcial y temporalmente fue observada durante la Primera Guerra Mundial.

⁶⁶ El Gobierno británico que preparó la conferencia aclaró expresamente que prefería una “Declaración” y no “Convención”, ya que no se pretendía un acuerdo entre Estados para regular cuestiones de interés mutuo sino un entendimiento que expresara el derecho común de las naciones.

⁶⁷ STOCKTON, C. H. “The International Naval Conference of London, 1908-1909”, *The American Journal of International Law*, Vol. 3, No. 3 (Jul., 1909), pp. 596-618.

Sistemas de codificación normativa en la Unión Postal Universal y en la Organización Internacional del Trabajo

Conferencias postales

Una interesante técnica de preparación de conferencias codificadoras lo representan las Conferencias postales. Ya la segunda Conferencia decidió una modalidad particular: propuestas presentadas por las distintas administraciones postales a la Oficina un año antes del próximo Congreso. La Mesa reunía las propuestas en un “Cuaderno de Propuestas” que se distribuía a todos los miembros para comentarios. Una vez recibidos los comentarios y las contrapropuestas, la Oficina preparaba una nueva edición del “Cuaderno” para servir como agenda en el Congreso. La técnica fue modificada en sucesivas oportunidades, pero sobre la misma base.

Conferencias de la OIT

La Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, fue creada como parte de la Liga de las Naciones el 11 de abril de 1919 en virtud del Tratado de Versalles sobre la base de la “Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores” que había sido fundada en Basilea en 1901. La OIT adoptó ochenta convenios internacionales del trabajo y el mismo número de Recomendaciones, en el curso de veintinueve sesiones celebradas desde 1919 y 1946.

El órgano supremo de la OIT es la Conferencia Internacional del Trabajo, la que se reúne anualmente en junio. Su órgano ejecutivo es el Consejo de Administración (CA), que se reúne cuatrimestralmente en Ginebra. Toma decisiones sobre políticas de la OIT y establece el programa y presupuesto que, posteriormente, son presentados a la Conferencia para su aprobación. También elige al Director General. En lo que hace al procedimiento preparatorio de las conferencias, es deber de la Oficina Internacional del Trabajo -tomando en cuenta las instrucciones que el Consejo de Administración le haya podido preparar los documentos sobre los puntos del orden del día de las reuniones de la Conferencia (artículo 10.2 de la Constitución). Por otro lado, es deber del CA “establecer normas para garantizar una preparación técnica completa” a través

de la consulta adecuada de los Miembros principalmente interesados por medio de una Conferencia preparatoria o de otro tipo, antes de la adopción del Convenio o Recomendación de la Conferencia “(Artículo 14.2). El CA de la OIT decide qué preguntas se incluirán en el orden del día de la Conferencia. A ese procedimiento se lo conoce bajo la designación “doble discusión”. Sin embargo, el CA puede, en casos de especial urgencia o cuando las circunstancias lo exigen, remitir la pregunta a la Conferencia con lo que tendrá un solo debate (véase el Apéndice 4 para el texto del Artículo 8, párrafos 4 y 5 del Reglamento del CA). El CA también puede -si hay circunstancias especiales- remitir la pregunta a una conferencia técnica preparatoria a fin de que presente informe al CA antes de que la pregunta se incluya en la agenda. En lo que hace a la Conferencia Preparatoria, si el CA decide convocar una conferencia técnica preparatoria, la Oficina Internacional del Trabajo “preparará un informe adecuado para facilitar un intercambio de puntos de vista sobre todas las cuestiones que se le remiten y, en particular, estableciendo la ley y la práctica en los diferentes países”. El procedimiento de “doble discusión” reemplazó en 1926 al de “segunda lectura”, consistiendo en:

1. Preparación por la Oficina Internacional del Trabajo de un informe preliminar que establece la ley y la práctica en los diferentes países y cualquier otra información útil junto con un cuestionario;
2. El informe y el cuestionario con una solicitud a los gobiernos al menos seis meses antes de la apertura de la Conferencia.
3. La Oficina prepara un informe sobre la base de las respuestas de los gobiernos que indican las principales cuestiones que requieren consideración por la Conferencia.
4. El informe preliminar y el informe se presentan a la Conferencia.
5. La Conferencia examina estos informes en sesión plenaria o en comité.
6. La Conferencia decide si el tema es adecuado para los proyectos de convenios o recomendaciones.
7. Si la decisión es afirmativa, la Conferencia adopta conclusiones conforme lo considera apropiado y decide: (a) que la cuestión se incluya en el orden del día de la siguiente sesión de la Conferencia; o (b) que el Consejo de Administración incluya la cuestión en el orden del día de una sesión posterior.

8. La Oficina prepara uno o más proyectos de convenios o recomendaciones sobre la base de las respuestas de los gobiernos.

9. Estos proyectos de convenios o recomendaciones se transmiten a los Gobiernos, pidiéndoles que declaren dentro de cuatro meses si tienen enmiendas para sugerir o comentarios para hacer.

10. La Oficina elabora, a la luz de las respuestas recibidas de los Gobiernos, un informe final que contenga los textos de los proyectos de convenios o Recomendaciones con las enmiendas necesarias.

11. La Oficina comunica el informe a los gobiernos, a fin de llegar con él al menos tres meses antes de la apertura de la Conferencia. En cambio, el Procedimiento Simple (de discusión) comienza con un informe preliminar y un cuestionario preparado por la Oficina y distribuido a los gobiernos; los gobiernos preparan sus respuestas dentro de un período de aproximadamente tres meses y lo envían a la Oficina; la Oficina luego prepara un informe final a la luz de las respuestas recibidas de los gobiernos. Este reporte, que contiene uno o más proyectos de convenios o recomendaciones, se comunica a los gobiernos para llegar a ellos al menos cuatro meses antes de la Conferencia. Una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes será necesaria para la adopción del Convenio o la Recomendación. No obstante, si no alcanza los dos tercios de votos, los Miembros de la Organización pueden aceptar dicha Convención entre ellos. En general, un mínimo de dos ratificaciones es suficiente para que una convención entre en vigor. Cada Miembro debe presentar un informe anual a la Oficina sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los convenios en los que es parte.

II.2. Sociedad de Naciones

Cerca de 120 instrumentos internacionales fueron concluidos bajo los auspicios de la Liga entre 1920 y 1939. Estos instrumentos, diversamente designados como convenciones, acuerdos, arreglos, protocolos, actas, *procés verbaux* o declaraciones, promovieron el progresivo desarrollo del Derecho internacional en muchos campos de las relaciones internacionales. La gran mayoría de las convenciones celebradas bajo los auspicios de la Liga tenían por objeto la regulación general de las relaciones entre Estados.

El esfuerzo intergubernamental para promover la codificación y desarrollo del DI tuvo un importante avance con la resolución de la Asamblea de 22 de septiembre de 1924 que contemplaba la creación de un órgano denominado Comité de Expertos, que debía estar compuesto de modo de representar “las principales formas de civilización y los principales sistemas jurídicos del mundo” y tener por objeto preparar una lista de tópicos a regular mediante acuerdo, examinar los comentarios de los gobiernos y determinar los que estaban maduros para convocar a conferencias. Se considera que este fue el primer intento mundial intergubernamental de codificar y desarrollar todos los campos del DI sobre base universal y no solo regular problemas específicos.

Tras consulta con los gobiernos, la Asamblea (1927) resolvió convenir una conferencia diplomática para tratar tres tópicos “maduros”: nacionalidad; aguas territoriales y responsabilidad de los Estados por daños a la persona y bienes de los extranjeros. La preparación de la conferencia fue encomendada a un Comité Preparatorio de cinco personas responsables de informar sobre los puntos de acuerdo y desacuerdo que pudieran servir de bases para la discusión, pero no elaborar proyectos de convención, como lo había propuesto el Comité de Expertos.

La Asamblea de la Sociedad de las Naciones, en Resolución adoptada el 24 de septiembre de 1929, solicitó al Consejo de la Liga que estableciera un Comité de siete expertos para investigar las razones de las demoras que aún existían y los medios por los cuales el número de firmas, ratificaciones o adhesiones a los Convenios generales podía incrementarse. El Consejo, designó un Comité de ocho miembros el Informe indicó que en el caso de algunas convenciones “su urgencia puede no ser apreciada por los departamentos gubernamentales” y que, además, algunas convenciones no eran “de especial interés para todos los signatarios”⁶⁸.

Con respecto a los trabajos preparatorios, el Comité observó además que “convendría que se pudiera realizar un trabajo preparatorio más extenso antes de la Conferencia para que los Gobiernos se familiarizaran mejor con las preguntas en cuestión y para estar en condiciones de formar sus opiniones sobre los diversos puntos planteados después de suficiente estudio e investigación”. La

⁶⁸ Informe del Comité designado para considerar la cuestión de la ratificación y la firma de los convenios concluidos bajo los auspicios de la Liga de las Naciones, Gama. A.10 1930. O. J. Special Supplement, N° 85, pp. 142, 143.

cuestión de los cuestionarios para obtener observaciones preliminares seguida por la circulación de proyectos de convenciones daba la oportunidad para la presentación de enmiendas de antemano y podía servir para un propósito útil haciendo notar los puntos de la conferencia que de otra manera implicaría retrasos y dificultades en una fecha posterior. El Comité también pensó que los métodos adoptados recientemente por la Organización Internacional del Trabajo y el procedimiento recomendado por la Conferencia sobre la Codificación del Derecho Internacional (La Haya, 1930) podría encontrarse que contienen sugerencias que pueden ser útiles cuando la adopción de un nuevo procedimiento está bajo investigación. El Comité, refiriéndose a una propuesta que sostenía que una convención debería ser elaborada por una conferencia que fijará el procedimiento que se adoptará en conferencias celebradas bajo los auspicios de la Liga y para preparar textos modelo para los artículos formales de estos convenios, declaró que, si las propuestas hechas en los párrafos anteriores son sancionadas por una resolución de la Asamblea, se obtendrían resultados mucho más prácticos y útiles que los que podrían obtenerse mediante la adopción de una convención del tipo mencionado anteriormente.

La *primera Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional*, celebrada en La Haya entre el 13 de marzo y el 12 de abril de 1930⁶⁹, merece atención especial desde el punto de vista de la técnica preparatoria empleada por la Liga de las Naciones.

Ciertas instituciones científicas privadas nacionales e internacionales tales como el Instituto de Derecho Internacional, la Asociación de Derecho Interna-

⁶⁹ El *Comité Asesor de Juristas*, reunido en La Haya para redactar el *Estatuto de la CPJI*, adoptó una resolución el 24 de julio de 1920 relativa al avance del derecho internacional. La resolución recomienda la continuación del trabajo iniciado por la primera y la segunda Conferencia de La Haya de 1899 y 1907. La resolución adoptada por el Comité de Juristas fue retomada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones en su sesión celebrada en Bruselas en octubre 1920. El Consejo adoptó el 27 de octubre de 1920 un informe y transmitió las recomendaciones del Comité a la Asamblea. El informe también esbozó el procedimiento que se debía seguir al preparar una lista de temas que se enviarán a la conferencia o conferencias propuestas cuyo objeto sería “ayudar en la determinación y codificación del derecho internacional”. En su tercer encuentro anual de 24 de abril de 1909, la American Society of International Law (ASIL) designó un Comité para la codificación de los principios de justicia que deberían gobernar las relaciones de los Estados en tiempos de paz. Paul S. Reinsch propuso un Código de DI. En 1925, en respuesta a la invitación del Secretario General de la SN para que la ASIL cooperara con el Comité de Expertos de la Liga, es que se creó el *Comité para la Codificación Progresiva del DI*.

cional, La Sociedad Americana de Derecho Internacional, el Comité Marítimo Internacional, la Harvard Law School con su Research in International Law bajo la dirección de Manley O. Hudson⁷⁰, entre otras, han facilitado y han sentado las bases de algunas de las conferencias diplomáticas relativas al desarrollo progresivo del derecho internacional. La Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional de 1930, apreció altamente el trabajo científico realizado por entidades científicas particulares como las citadas, tanto para la codificación en general, como para los temas de su agenda en particular.

La resolución de la Asamblea de 3 de octubre de 1930 con su reforma de 25 de septiembre de 1931 señaló el procedimiento estándar para la realización de conferencias dirigidas a la adopción de una convención. Esos pasos, básicamente eran:

1. Cualquier órgano de la Liga, que tuviera en vista la conclusión de una convención general, debía presentar al Consejo de la Liga un memorándum indicando por qué sería deseable concluir la convención en la cuestión.

2. Si el Consejo aprobaba la recomendación en principio, un borrador de convención y un memorándum explicativo debían ser presentados a los Gobiernos para sus comentarios.

3. El proyecto de convención junto con las observaciones de los gobiernos debía ser presentado a la Asamblea de la Liga para que adoptara decisión sobre si el tema *prima facie* parecía adecuado para la conclusión de una convención.

4. En caso de una decisión afirmativa de la Asamblea, el Consejo debía diligenciar un nuevo proyecto de convención basado en las observaciones presentadas por los gobiernos. El nuevo proyecto de convención junto con las observaciones presentadas por los gobiernos deba enviarse a los Gobiernos para sus comentarios.

5. La Asamblea, sobre la base de tales comentarios debía decidir finalmente si la convención debía concluirse. De decidir en tal sentido debía enviar el borrador a la conferencia.

⁷⁰ La primera fase de trabajo de Investigación fue sobre los tópicos nacionalidad, responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros y aguas territoriales. Más adelante, se ocupó de privilegios e inmunidades de los diplomáticos, posición y funciones de los cónsules, competencia de los tribunales frente a Estados extranjeros, piratería (1930). En 1932 amplió su labor a los siguientes temas: extradición, jurisdicción sobre crímenes, derecho de los tratados y en 1939 a asistencia judicial, neutralidad, derechos y deberes de los Estados en caso de agresión.

El Anexo I de la resolución de 1930 establecía que “los signatarios se comprometían a presentar la convención para aprobación parlamentaria dentro de un período de tiempo acordado o para informar al Secretario General de la Liga de su actitud con respecto a la Convención”. El Anexo II preveía la posibilidad de una nueva conferencia convocada por el Consejo de la Liga si la convención no se había convertido en vinculante en una fecha acordada para el número acordado de Estados.

Si bien no se volvió a convocar bajo el sistema de la Liga una nueva conferencia codificadora dado que en la de 1930 sólo se había logrado acuerdos en materia de nacionalidad, se adoptaron unos pocos artículos sobre aguas territoriales y ninguno en materia de responsabilidad -tal como ya lo señaláramos-, el 25 de septiembre de 1931 la Asamblea adoptó una resolución sobre el procedimiento de codificación, el que reforzaba la participación de los gobiernos en todos los estadios de la labor, consideraba necesario que los proyectos de convenios fueran elaborados por un Comité de expertos y la colaboración cercana de institutos científicos, presupuestos funcionales que luego pasaron al sistema de la ONU.

La contribución de la Liga de las Naciones a la codificación progresiva y el desarrollo del Derecho internacional fue significativa. Se adoptaron relevantes convenciones, especialmente si se tiene en cuenta el contenido de las mismas, v.g. la Convención para la supresión del tráfico de mujeres y niños (1921); el Convenio internacional para la represión de la circulación y tráfico de publicaciones obscenas (1923); la Convención sobre la esclavitud (1926); varias convenciones sobre refugiados, entre ellas, la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados (Refugiados Armenios y Asimilados) (1933), la Convención para la Prevención y Castigo del Terrorismo (1937), la Convención para la Creación de un Tribunal Penal Internacional (1937)⁷¹ etc.

En general, los instrumentos concluidos bajo los auspicios de la Liga fueron elaborados y adoptados por conferencias diplomáticas. En algunos casos, los instrumentos fueron elaborados y adoptados por los propios órganos de la Liga, tal el caso del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1920)⁷²

⁷¹ V. WICKERSHAM, George W. “Codification of International Law”, 11 A.B.A. J. (1925), p. 654 y ss.

⁷² En su segunda sesión de 1920, el Consejo de la Sociedad de Naciones nombró un **Comité Asesor de Jurisconsultos** al que encargó la elaboración de un proyecto sobre el establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional. El Comité se asentó en

y del Acta general para la solución pacífica de controversias internacionales (1928).

En el caso de los instrumentos elaborados y adoptados por representaciones diplomáticas, la Asamblea y el Consejo de la Liga iniciaban el proyecto, organizaban el trabajo preparatorio y convocaban la conferencia, la que por regla general se reunía en la sede de la Liga de las Naciones, aunque a veces lo hizo en otros lugares. Además, el Secretario General de la Liga de las Naciones proporcionaba la Secretaría para el trabajo preparatorio y para la conferencia diplomática (firmas, ratificaciones y adhesiones respecto de los acuerdos y convenios y otra práctica de los Estados sobre el tema a tratar). La Conferencia como tal, adoptó algunas recomendaciones con miras a la codificación progresiva del derecho internacional. Así expresan los siguientes documentos:

APÉNDICE 10 RECOMENDACIONES GENERALES CON UNA VISIÓN PROGRESIVA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL⁷³

La Conferencia, Con miras a facilitar la codificación progresiva del derecho, Recomienda Que, en el futuro, los Estados deberían ser guiados, en la medida de lo posible, por disposiciones de las Actas de la Primera Conferencia para la Codificación del DI en cualquier convención especial que puedan concluir entre sí mismos.

La Conferencia, Altamente apreciando el trabajo científico que se ha hecho para la codificación en general y con respecto a los temas de su agenda en particular, agradece cordialmente a los autores de

La Haya, bajo la presidencia del Barón Descamps (Bélgica) y en agosto de 1920 presentó al Consejo el proyecto. Después de examinarlo y hacer algunas modificaciones, el Consejo lo presentó ante la Primera Asamblea de la Sociedad de Naciones, que se inauguró en Ginebra en noviembre del mismo año. La Asamblea encargó a su Tercera Comisión que examinara la cuestión de la constitución de la Corte y en diciembre de 1920, después de un exhaustivo estudio por un subcomité, el Comité presentó un proyecto revisado a la Asamblea, que lo aprobó por unanimidad. V. Nota supra y V. <http://www.un.org/es/icj/permanent.shtml>; V. asimismo KAMMERHOFER, Jörg, "Introduction", en *Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the proceedings of the Committee June 16th-July 24th 1920 with Annexes* (1920) (Reprint 2006, ISBN 158477-693-5) iii-xiv Publication date: September 2006, obtenible en file:///F:/SSRN-id1535963.pdf).

⁷³ Adoptado en la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, La Haya, marzo-abril de 1930. Acta final, Sociedad de las Naciones Gama. C.228.M.115.1930.V, p. 18I.

dicho trabajo y considera deseable que las conferencias posteriores de codificación del derecho internacional tengan a disposición nuevos trabajos científicos, que con este objeto las instituciones internacionales y nacionales deberían emprender (...) conferencia. La Conferencia, Considerando que es deseable que exista en la mayor amplitud posible coordinación de todos los esfuerzos realizados para la codificación del derecho,

Recomienda

Que el trabajo realizado con este objeto bajo los auspicios de la Liga de las Naciones y la llevada a cabo por las Conferencias de América se lleve a cabo en la más completa armonía entre ellos. La Conferencia llama la atención de la Liga de las Naciones sobre la necesidad de preparar el trabajo de la próxima conferencia para la codificación del derecho internacional con suficiente antelación para permitir que la discusión se desarrolle con rapidez. A este fin, la Conferencia consideraría deseable que el trabajo preparatorio debe organizarse de la siguiente manera:

El Comité confió la tarea de seleccionar un cierto número de temas adecuados para la codificación por convención, el mismo Comité podría elaborar un informe indicando breve y claramente las razones por las cuales parece posible y deseable concluir acuerdos internacionales sobre los temas seleccionados. Este informe debe enviarse a los gobiernos para su opinión. El Consejo de la Liga de las Naciones podría luego elaborar la lista de los temas a estudiarse, teniendo en cuenta las opiniones expresadas por Gobiernos.

Un organismo apropiado podría tener la tarea de elaborar, a la luz de todos los datos proporcionados por la ciencia jurídica y la práctica real, un borrador de convención sobre cada pregunta seleccionada para el estudio.

Los proyectos de convenios deberían comunicarse a los Gobiernos con una solicitud de observaciones sobre los puntos esenciales. El Consejo tratará de obtener respuestas de una gran cantidad de Gobiernos según sea posible.

Las respuestas así recibidas deberían comunicarse a todos los gobiernos con una solicitud tanto de su opinión como de la conveniencia de colocar tales proyectos de convenios en el orden del día de una conferencia y también para cualquier nueva observación que podrían ser sugeridas por las respuestas de los otros gobiernos sobre los borradores.

El Consejo podría luego incluir en el programa de la Conferencia los temas como fueron formalmente aprobados por la gran mayoría de los Estados que tomarían parte en la Conferencia.

APÉNDICE 11

RESOLUCIÓN ADOPTADA POR EL ASAMBLEA DE LA LIGA DE LAS NACIONES

25 de septiembre de 1931⁷⁴

La Asamblea recuerda que la resolución de 22 de septiembre de 1924 sobre el carácter progresivo de la codificación del derecho internacional, establecía que debería emprenderse a la vista de las recomendaciones de la Primera Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional celebrada en La Haya en 1930; decide continuar el trabajo de codificación con el objeto de elaborar convenciones que colocarán las relaciones de los Estados sobre una base legal y segura sin poner en peligro la costumbre internacional, las normas que deberían resultar progresivamente de la práctica de los Estados y del desarrollo de la jurisprudencia internacional. Para este fin, la Asamblea decide establecer el siguiente procedimiento para el futuro, excepto en la medida en que, en casos particulares, las resoluciones especiales dispongan lo contrario:

Cualquier Estado o grupo de Estados, sean miembros de la Liga o no, puede proponer a la Asamblea un tema o temas con respecto de los cuales la codificación por convenciones internacionales debería llevarse a cabo. La propuesta, junto con un memorándum con la explicación necesaria del asunto debe enviarse antes del 1

⁷⁴ Diario Oficial, suplemento especial, n° 92, 1931, página 9.

de marzo al Secretario General, para que pueda comunicarlos a los gobiernos e insertarlos -en su caso- en la agenda de la Asamblea.

1. Cualquier propuesta de este tipo será considerada por la Asamblea, que decidirá si los temas propuestos parecen a primera vista adecuados para codificación.

2. Si la Asamblea aprueba la investigación de un tema propuesto y si ningún órgano existente de la Liga es competente para tratarlo, la Asamblea solicitará al Consejo que establezca un Comité de expertos, que -con la asistencia del Secretario General de la Liga de Naciones Unidas- realizará las consultas necesarias y preparará un proyecto de convención sobre el tema, que se informará al Consejo con un documento explicativo.

3. El Consejo transmitirá dicho informe a la Asamblea tras decidir si el tema debe conservarse provisionalmente como tema de codificación. Si esto se decide afirmativamente, la Asamblea pedirá al Secretario General que transmita dicho informe a los Gobiernos de los miembros de la Liga y los Estados no miembros para sus comentarios.

4. El Comité de expertos, si lo considera conveniente, revisará el proyecto a la luz de los comentarios formulados por los gobiernos. Si el comité de expertos revisa el borrador, el borrador revisado será presentado a los Gobiernos para sus comentarios y, junto con los comentarios recibidos, será transmitido a la Asamblea, que decidirá finalmente si se deben tomar medidas adicionales en la materia y, de ser así, si el borrador debe enviarse a una conferencia de codificación. Si el Comité no ve ningún motivo para revisar el borrador, el mismo será transmitido junto con los comentarios de los gobiernos a la Asamblea, la que luego decidirá si cualquier acción adicional debería ser tomada y si el borrador debe enviarse a una conferencia codificadora.

La Asamblea recomienda:

1. Que, en relación con el trabajo adicional relacionado con la codificación del derecho internacional, los institutos científicos in-

ternacionales y nacionales deberían colaborar en el trabajo emprendido por la Liga de Naciones;

2. Que la labor de codificación emprendida por la Sociedad de las Naciones debería llevarse a cabo en concierto con el de las conferencias de los Estados.

II.3. Naciones Unidas. Etapa previa a la Creación de la CDI

El Documento elaborado en Dumbarton Oaks en 1944 no contemplaba la codificación del Derecho internacional. Sin embargo, en la Conferencia de San Francisco se habló de “codificación, desarrollo y revisión”. El delegado británico entendió que la palabra “desarrollo” incluía a la “revisión” y, a su vez, “desarrollo” abarcaba a la “codificación”. El delegado estadounidense consideró que la palabra “desarrollo” era demasiado fuerte, por lo que sugería agregar “progresivo”. En la práctica, a pesar de que el procedimiento es diferente para la codificación y para el desarrollo progresivo, no es posible distinguirlas y el procedimiento aplicado para uno u otro no responde a la actividad desarrollada⁷⁵. Hubo críticas a la codificación en el entendimiento de que interfería con el desarrollo de la costumbre (Oppenheim), que era un rol legislativo que pretendía reflejar la realidad, pero en un rol consolidador de rigidez normativa (Brierley). La Carta de la ONU - tal como ya lo señaláramos al inicio- incluyó a la codificación y al desarrollo progresivo en el art. 13:

“Art. 13. 1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a) fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación (...).

El Secretario General de las Naciones Unidas incluyó en la agenda de la Primera Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) -llevada a cabo en 1946 en Lake Success⁷⁶- el tema de la codificación y el desarrollo progresivo del

⁷⁵ USTOR, E. “Progressive Development of International Law and the United Nations”, *Acta Juridica Academie Scientiarum Hungarica*, Tomo 8, 1966, p. 69 y ss.

⁷⁶ Pequeña villa en el estado de Nueva York, donde la ONU funcionaba antes de tener edificio propio.

Derecho internacional, en cumplimiento del mandato del art. 13 de la Carta de las Naciones Unidas. La Asamblea General, previo a su tratamiento en plenario, envió la cuestión a estudio de la Sexta Comisión de la Asamblea General (Asuntos Jurídicos), la que contó -a más del Memorándum del Secretario General- con los documentos presentados por EE.UU. y China (conjuntamente) y por Argentina. Enrique Ferrer Vieyra, con apenas 30 años de edad, recientemente egresado de un postgrado en la Universidad de Berkeley-California, fundamentó la posición argentina en la VI Comisión. Entre sus argumentaciones destacaba la complejidad de los procesos de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional (procesos diferenciados entre sí y que probablemente requirieran distintos ámbitos de labor: el de codificación a través de conferencias; el de desarrollo progresivo a través trabajos de académicos y especialistas). Entendía que era una labor compleja dado que debían conciliarse los distintos sistemas jurídicos (muchas veces contrapuestos) de las distintas civilizaciones a las que pertenecían los países miembros de las Naciones Unidas. Por ello, en nombre de la delegación argentina, solicitó a la VI Comisión que propusiera a la Asamblea General la creación de una Comisión preparatoria encargada de estudiar esos problemas y sus complejidades. Tras el estudio de las propuestas de EE.UU.-China y Argentina, la Primera Subcomisión de la VI Comisión hizo suya la propuesta a la Asamblea General de creación de una Comisión especial, la que fue establecida por la AGNU el 11 de diciembre de 1946 por Res. 94 (I). La AGNU sólo modificó en la propuesta argentina el número de miembros de esa Comisión Especial (lo elevó de 15 a 17). Esa Comisión Especial, designada Comité de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Progresivo del Derecho internacional y su Codificación, estaba compuesta de representantes de Estados, entre ellos la República Argentina, representada por Enrique Ferrer Vieyra. Entre otros destacados internacionalistas figuraban J.L. Brierly (Gran Bretaña), P.C. Jessup (EE. UU.), Vladimir Koretsky (URSS), Milan Bartoš (Yugoslavia), Y. M. Yepes (Colombia)⁷⁷.

El Comité fue encargado de investigar los métodos por los cuales el Artículo 13 (I) (a) de la Carta podía ser mejor implementado. La resolución i. a. ordenó al Comité estudiar: "a) Los métodos mediante los cuales la Asamblea General

⁷⁷ FERRER VIEYRA, Enrique. Contribuciones Argentinas a las Naciones Unidas, Actualidad Producciones, Buenos Aires, 1995, pp. 557-570. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. Homenaje al Dr. Enrique Ferrer Vieyra en el centenario de su nacimiento, *Anales 2018*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (www.acaderc.org.ar).

debería alentar el progresivo desarrollo del derecho internacional y su eventual codificación; b) los métodos para asegurar la cooperación de los diversos órganos de las Naciones Unidas”. Después de celebrar unas treinta reuniones en Lake Success entre mayo y junio de 1947, el Comité presentó su Informe el 17 de junio de 1947. Entre sus recomendaciones figuraba la constitución de la Comisión de Derecho Internacional, compuesta por pocas personas de reconocida competencia en el Derecho internacional. Si bien en una primera etapa, se consideró la posibilidad de constituir comisiones separadas para el Derecho internacional público, el Derecho internacional privado y el Derecho internacional penal, finalmente, se optó por la conveniencia de un solo órgano de la Asamblea General, tal como fue aprobado. Además, el Comité establecía una distinción entre los procesos de codificación y desarrollo progresivo. Por desarrollo progresivo entendía la redacción de una convención sobre un tema que aún no había sido muy desarrollado en la práctica de los Estados y por codificación la formulación más precisa y la sistematización de las normas en áreas donde había una amplia práctica estatal, precedentes y doctrina. Pero el Comité dejó claro que los términos “desarrollo” y “codificación” no debían considerarse como mutuamente excluyentes sino como complementarios. El Comité no sólo se ocupó del método para codificar y desarrollar el Derecho internacional. También incursionó en la formulación de un Código Criminal Internacional, en un proyecto de Derechos y Deberes de los Estados y en la elaboración de un texto de Convención relativo al Genocidio, si bien, dada la complejidad de los temas, los mismos fueron dejados para ser desarrollados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Ello no quitó que el Comité adelantara algunas consideraciones luego debidamente tomadas en cuenta por la CDI. El Comité recomendó que el establecimiento de la CDI previera que sus miembros fueran de capacidad personal reconocida en DI y no representantes de los gobiernos, si bien sus labores debían desarrollarse en permanente contacto con los gobiernos. Durante la segunda sesión de la AG, la mayoría de Sexto Comité entendió que el Estatuto de la CDI debía ser elaborado por esa Comisión. El 21 de noviembre de 1947 la AG adoptó la Res. 174 (II) que establecía la CDI y aprobaba su Estatuto. La primera elección de miembros de la CDI tuvo lugar el 3 de noviembre de 1948 y su primera sesión se llevó a cabo el 12 de abril de 1949. Sopesando la labor de la CDI hasta nuestros días, podemos concluir que ha realizado una intensa y extensa labor en pro de paz, de la justicia y la paz internacional a través del derecho.

III. Reflexiones finales

En este trabajo hemos buscado revisar los aportes de individuos, entidades científicas y gobiernos al desarrollo del DI y su codificación en calidad de instrumentos dirigidos a alcanzar una paz perdurable y justa. Nos hemos detenido y resaltado aquellos aspectos que han incidido en la creación de la CDI y en sus características, especialmente las que hacen a su funcionamiento actual.

Casi todas las referencias se vinculan a proyectos de derecho positivo tal como la evolución los ha ido presentando. Es de observar que uno de los pocos doctrinarios citados de la corriente sociológica es Alejandro Álvarez, quien era un descreído de la posibilidad y conveniencia de codificar el derecho o desarrollarlo en normas escritas en el entendimiento de que primero había que conocer a fondo la realidad a la que se pretendía aplicar para recién reflexionar sobre una eventual regulación. Sin duda, una vez que se hubiese alcanzado ese arduo conocimiento -de resultar posible-, ése habría cambiado, volviendo imposible nuevamente su codificación. En el Prefacio que redactara Álvarez a la obra de Karl Strupp *Eléments du droit international public universel, européen et américain II. Le droit préventif de la guerre*⁷⁸ resulta especialmente clara su visión negativa de la idea de alcanzar la paz perdurable a través del derecho y la codificación. Similares posiciones negacionistas hallamos -en gran escala- en obras contemporáneas. Algunas de ellas muestran cierta agresividad. Tal el caso de Marguerite Laviaille⁷⁹, quien en su artículo critica a la CDI por considerar que perenniza a un conjunto de internacionalistas dedicados a la “fabricación” de normas internacionales (con génesis en el siglo XIX), considerados “comunidad epistémica” (“*knowledge-based community*”) en el sentido que le dan Jasmien van Daele⁸⁰ y Sandrine Scott⁸¹, es decir “redes de profesionales que ejercen

⁷⁸ STRUPP, Karl. *Eléments du droit international public universel, européen et américain II. Le droit préventif de la guerre*, Editions Internationales, Paris, 1930.

⁷⁹ LAVIALLE, Marguerite. “La Commission du Droit International des Nations Unies: Genèse et enjeux”, *Bulletin de l’Institut Pierre Renouvin*, 2015/1 (N° 41), p. 101-110. DOI 10.3917/bipr.041.0101 (obtenible en file:///F:/BIPR_041_0101.pdf).

⁸⁰ DAELE, Jasmien van. “Engineering Social Peace: Networks, Ideas, and the Founding of the International Labour Organization”, *International Review of Social History*, n° 50-3, 2005, p. 436.

⁸¹ KOTT, Sandrine. “Une ‘communauté épistémique’ du social? Experts de l’OIT et internationalisation des politiques sociales dans l’entre-deux guerres”, *Genèses*, n° 71, 2008, p. 26-46.

un derecho autoritario del conocimiento relevante (...) dentro de un área particular”, redes cerradas⁸², eurocéntricas⁸³ a pesar de que las normas proyectadas tienen vocación universal. Una de las críticas es que enuncian principios y normas universales, pero al servicio del interés occidental. Eurocéntricas ya sea por sus miembros, ya sea por la formación jurídica de los miembros no europeos⁸⁴, que recibieron una enseñanza occidental. Los llama los “viejos hombres blancos”, recordando que en 1949 y hasta 2001 el 80 % de los miembros era occidental y de una edad media cercana a los 70 años. No había mujeres. Es de observar que tanto la autora como la mayoría de las obras críticas son de corte sociológico negacionista del valor social autónomo del derecho y han sido publicadas en revistas de esa área de estudio.

Oliver Corten⁸⁵, por su parte, entiende que la codificación y su modelo de procedimientos tienden a favorecer a una sociedad liberal universal. Pone su acento en la Codificación y a través de ella en la legitimación de políticas particulares. Su enfoque incluye una dimensión crítica, en la medida en que incorpora una cierta deconstrucción del discurso oficial sobre la codificación para analizar los fundamentos e implicaciones factuales (Sociología del Derecho). Considera que la idea de orden pacificador universal a través de la codificación debe ser desmitificada y ser mostrada como imposible. Sin embargo, por nuestra parte, creemos que la universalidad y respeto generalizado de ciertas normas ya codificadas lo desdice (v.g. agentes diplomáticos y consulares, derecho del mar, derecho de los tratados, entre otros).

⁸² Recuerda críticamente la autora expresiones contenidas en el primer Yearbook de la CDI. “El presidente *Hudson* declaró que “conocía a todos los miembros de la Comisión durante muchos años y ya había tenido el placer de trabajar con la mayoría de ellos” (p. 106).

⁸³ Cita a Martti Koskeniemi “Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism”, *Rechts Geschichte*, nº 19, 2011, pp. 152-176.

⁸⁴ Cabe preguntarse a qué instituciones extraoccidentales podían haber ido a formarse en sus posgrados en esa época los inclinados al Derecho internacional.

⁸⁵ CORTEN, Olivier. “Les aspects idéologiques de la Codification du Droit International”, en CORTEN, Olivier, *Les discours de Droit International*, Bruselas, 2004, p. 158 y ss., en part. pp. 513-514.

Consideraciones panorámicas a 70 años de la Comisión de Derecho Internacional

Panoramic Overview 70 years of the International Law Commission

CHRISTIAN G. SOMMER*

Resumen: Hace 70 años, la sociedad internacional veía surgir un órgano de representación internacional que en forma progresiva ha venido siendo la caja de resonancia de los avances y propuestas del derecho internacional en evolución. Este espacio que permite la voz de los Estados y de expertos internacionales, ha tenido momentos de grandeza y otros de silencio en razón de los momentos políticos de los Estados centrales, pero no ha dejado de seguir trabajando para brindar respuestas a los grandes temas del derecho internacional no codificado.

Palabras-Clave: Comisión Derecho Internacional - Desarrollo Progresivo – Codificación - Derecho Internacional.

Abstract: Seventy years ago, international society saw the emergence of an international representative body that has gradually become the sounding board for the progress and proposals of evolving international law. This space that allows the voice of States and international experts, has had moments of greatness and others of silence due to the political moments of the central States but has not ceased to continue working to provide answers to the major issues of uncodified international law.

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

Key words: International Law Commission - Progressive Development - Codification - International Law.

Sumario: I. Introducción. II. El proceso de trabajo de la CDI. III. Reflexiones finales.

I. Introducción

La Comisión de Derecho Internacional, fue creada el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución A/RES/174(II)), y desde esa época tiene como misión favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional a nivel mundial.

Está compuesta por treinta y cuatro miembros elegidos por la Asamblea General para un mandato de cinco años y se reúne cada año. Inicialmente la Comisión estaba compuesta por quince miembros. Los miembros, en su conjunto, representan a los principales sistemas jurídicos mundiales y se reúnen en calidad de expertos y a título individual, no como representantes de su gobierno¹. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional consiste principalmente en redactar proyectos de artículos sobre cuestiones de derecho internacional, de los cuales algunos son elegidos por la Comisión y otros por la Asamblea General. Cuando la Comisión termina de redactar un proyecto de artículos sobre una cuestión determinada, la Asamblea General convoca generalmente una conferencia de plenipotenciarios que incorpora estos artículos a una convención. Ésta queda después abierta para la firma de los Estados. Los países firmantes se comprometen formalmente a someterse a sus disposiciones. Algunas de estas convenciones forman la base del derecho que rige las relaciones entre naciones.

Según el profesor Michael Wood, los antecedentes del movimiento de codificación del derecho internacional tuvieron sus orígenes en las conferencias especiales (Viena 1815, La Haya 1899 y 1907) y en iniciativas privadas (Instituto de Derecho Internacional y Asociación de Derecho Internacional en 1863). Posteriormente, la Sociedad de las Naciones (precedente histórico de la ONU) realizó una serie de actividades más sistemáticas a nivel intergubernamental que

¹ <https://legal.un.org/ilc/>

culminaron en la labor del Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional (1924) y la Conferencia de Codificación celebrada en La Haya en 1930².

Será con el surgimiento de la ONU en 1945 que el artículo 13.1 a) de su Carta, retoma la cuestión y su enunciado encomienda a la Asamblea General que promueva los estudios para *fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación*.

A su vez, el art. 1, párrafo 1, del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional establece a su vez que “la Comisión tendrá como objeto la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”.

El art. 15 del Estatuto de la Comisión establece una distinción “por conveniencia” entre el desarrollo progresivo en el sentido de “la preparación de proyectos de convenciones sobre temas que aún no han sido regulados por el derecho internacional o respecto de los cuales el derecho aún no se ha desarrollado suficientemente en la práctica de los Estados” y la codificación en el sentido de “una formulación y sistematización más precisas de las normas del derecho internacional en ámbitos en los que ya existe una amplia práctica, un precedente y una doctrina de los Estados”. En la práctica, el trabajo de la Comisión sobre un tema generalmente involucra algunos aspectos del desarrollo progresivo, así como la codificación del derecho internacional, y el equilibrio entre ambos varía según el tema en particular.

Como lo señalara José María Ruda, en los debates de elaboración de los procesos que materializarían el art. 13.1. a) de la Carta, el Comité de 17 expertos designados para estudiar los métodos por los cuales se promovería el derecho progresivo del derecho internacional y su codificación; concluyeron que, aunque “codificación” era en cierta medida desarrollo de la ley por medio de la legislación, esto no significaba que legislación y codificación fueran sinónimos. Se acordó que “desarrollo” era un término más amplio que “codificación”, siendo la diferencia no una de principio, sino de grado. El Comité llegó finalmente a la conclusión de que esta diferencia de grado era suficiente para justificar el establecimiento de dos procedimientos diferentes para la “codificación” y el “desarrollo progresivo” del Derecho Internacional³.

² WOOD, M. “Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional”, United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/silc/silc_s.pdf

³ RUDA, J.M. “El desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación en

II. El proceso de trabajo de la CDI

La pujanza del fenómeno codificador desarrollado hasta la década de los ochenta condujo a la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de la ONU a ocupar un lugar preponderante del proceso codificador a nivel mundial. Como ha sostenido el ex miembro de la CDI, Bernd Niehaus Quesada, en su tarea de promoción y desarrollo del derecho internacional, la Comisión se ha ocupado de muy variados temas, los cuales no han encontrado todavía una regulación internacional concreta. Siendo el derecho internacional una rama relativamente nueva de las ciencias jurídicas y dada la dinámica de cambio de las relaciones internacionales, resulta evidente la trascendencia de esta tarea de alentar al derecho internacional con situaciones y problemas jurídicos que demandan urgentes respuestas en interés directo de toda la sociedad internacional. Tómense simplemente como ejemplo la creciente problemática ambiental, el narcotráfico o el terrorismo internacional, entre otros⁴.

En el marco del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, desde 1949, se trabajó en un gran número de temas.

Inicialmente, la Comisión cuando se estableció, recibió del Informe que se elaboró por expertos, unos veinticinco temas que se postularon, quedando posteriormente una lista de catorce puntos en una lista provisoria entre los que se encontraron temas como:

- Reconocimiento de Estados y gobiernos
- Sucesión de Estados
- Inmunidades jurisdiccionales de los Estados
- Régimen el mar
- Trato a los extranjeros
- Derecho de asilo
- Responsabilidad del Estado
- Relaciones e inmunidades diplomáticas
- Procedimiento arbitral
- Derecho de los tratados, entre otros

la Carta de Naciones Unidas³. Artículo re impreso del original en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Año 8, n° 16, Buenos Aires, 2010, p. 209.

⁴ NIEHAUS, B. "La Comisión de Derecho Internacional. Su obra y su importancia", *Revista Costarricense de Política Exterior*, Vol VII, n° 1, San José, 2009, pp. 41.

En cuanto a la organización de su trabajo, la Comisión elige, al inicio de cada período, una mesa integrada por cinco miembros y encabezada por un Presidente, a quien le corresponde dirigir sus sesiones y las reuniones del Plenario. Además del Presidente, hay dos Vicepresidentes que sustituyen al Presidente en su ausencia. Forma también parte de la mesa un Presidente del Comité de Redacción, encargado de la dirección de dicho Comité, así como de su composición y del trabajo de redacción en relación con los diferentes temas. Además, el Presidente del Comité de Redacción es responsable de la presentación del informe de dicho Comité ante el Plenario. Un Relator General, igualmente miembro de la mesa, es el encargado de la redacción del informe anual de la Comisión a la Asamblea General. Corresponde a la mesa examinar el programa de trabajo y demás aspectos relacionados con la organización del período en curso⁵.

Existe asimismo un llamado “Grupo de Planificación” encargado específicamente de examinar el programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Este Grupo se apoya a su vez en un Grupo de Trabajo sobre el programa a largo plazo, al que le corresponde la recomendación de temas de posible conocimiento hacia el futuro que vengan a formar parte del programa de Trabajo de la Comisión. Al “Grupo de Planificación” le corresponde además, en caso necesario y por encargo de la Asamblea General o por iniciativa de la misma Comisión, la tarea de examinar y considerar medios para mejorar los métodos de trabajo de la Comisión.

Una vez que se selecciona un tópico como apto, oportuno y maduro para la codificación, habitualmente la Comisión designa entre sus miembros un Relator Especial para que lo estudie y presente uno o más informes con propuestas normativas, generalmente en forma de proyectos de artículos.

Corresponde al Relator Especial la tarea de preparar los informes sobre el tema del caso, encabezar su examen y discusión en el Plenario, apoyar al Comité de Redacción en su trabajo sobre el tema del caso y contribuir a la elaboración del proyecto de articulado. Los informes de los Relatores Especiales constituyen la médula del trabajo de la Comisión. Generalmente el Relator Especial, al inicio del conocimiento de un tema, presenta ante el Plenario el informe sobre el mismo, responde a las preguntas que se plantean durante el debate y al término

⁵ Para un abordaje más amplio del trabajo de la CDI, ver: UN, *The work of the International Law Commission*, 8^o Edition, Vol. I, New York, 2012, Disponible en: https://legal.un.org/avl/ILC/8th_E/Vol_I.pdf

de éste, formula observaciones en las que recoge, en forma resumida, las tendencias y argumentos principales expresados por los demás miembros de la Comisión sobre la materia en discusión. La función de apoyo del Relator Especial al Comité de Redacción, en relación con un tema a su cargo, consiste principalmente en la tarea de preparar proyectos de artículos sobre la materia y explicar a dicho Comité la razón de ser de los mismos.

Los Grupos de Trabajo de la Comisión, también conocidos como subcomisiones, grupos de estudio o grupos consultivos, se crean con el fin de tratar temas concretos y tradicionalmente han sido establecidos en el seno de la Comisión para conocer de los más variados fines. Su composición puede ser limitada o abierta.

Los informes y propuestas son discutidos por la Comisión en plenario y luego son remitidos al Comité de redacción para su formulación definitiva. A veces, cuando los temas presentan especial complejidad o surgen sustanciales desacuerdos, se designa a un Grupo de trabajo *ad hoc* para que resuelva esas dificultades antes de dar intervención al Comité de redacción. Las decisiones se toman normalmente por consenso y de cada proyecto se realizan dos lecturas sucesivas. Una vez completado, el proyecto se eleva a la Asamblea General con comentarios detallados acerca de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los Estados en que se basa. La Asamblea decide si toma nota del proyecto, lo hace suyo, lo recomienda a la atención de los Estados miembros o convoca a una conferencia diplomática para consagrarlo en una convención codificadora, como fueron las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas, las Convenciones sobre derecho de los tratados, etc.

Cabe remarcar como un cambio en sus prácticas iniciales, que el enfoque de la Comisión se ha desplazado más sustancialmente a que sus aportes cuenten con abordajes no necesariamente “empaquetados” como serían negociados por los Estados en un futuro tratado. De varios temas del programa de trabajo de la Comisión, sólo tres se están preparando como proyectos de artículos⁶.

En los últimos tiempos la Comisión no solamente ha focalizado su trabajo en la preparación de proyectos de artículos para una convención, sino que también ha redactado proyectos del así llamado *soft law*, como declaraciones de

⁶ El proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad; el proyecto de artículos sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado de la jurisdicción penal extranjera; y el proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de responsabilidad del Estado.

principios (v.g. sobre los actos unilaterales de los Estados, la responsabilidad *sine delicto*⁷, la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados y otras temáticas)⁸, directivas para la práctica (como acerca de las reservas a los tratados multilaterales), estudios con conclusiones y recomendaciones (como el relativo a la fragmentación del derecho internacional) entre otros⁹. Otros se tratan en forma de proyectos de conclusiones¹⁰. El método de trabajo se ha ido modificando consecuentemente. Así, para el análisis del fenómeno de la fragmentación se formó un grupo de estudio integrado por varios miembros. Actualmente están funcionando otros dos grupos de estudio, sobre la cláusula de la nación más favorecida y sobre los tratados en el tiempo, respectivamente.

En setenta años, la Comisión se ha enfrentado a muchos desafíos, pero sus resultados son notables en muchos casos como también muestra de fracasos en otros. Dentro de los principales instrumentos internacionales que lograron el acuerdo para lograr un proceso de codificación podemos mencionar a las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre temas de derecho del mar, que llevaron posteriormente a la necesidad de modernizar el régimen del derecho del mar, con la Convención del Derecho del Mar de 1982. También mencionar la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención sobre Relaciones Consulares de 1963, la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, la Convención de Nueva York sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas de 1973 y los artículos de 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Este período permitió importantes avances en el proceso de codificación o de afianzamiento de normas consuetudinarias, llegando a denominarse la “era de oro” del proceso codificador¹¹. Además, sin la Comisión

⁷ Cabe señalar el trabajo como Relator de esta temática del jurista argentino Julio Barboza.

⁸ El proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

⁹ Proyecto de Directrices sobre la protección de la atmósfera; y el Proyecto de Guía sobre la aplicación provisional de los tratados.

¹⁰ El Proyecto de conclusiones sobre los Acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados; el Proyecto de conclusiones sobre la Identificación del derecho internacional consuetudinario; y el Proyecto de conclusiones sobre las Normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens).

¹¹ GALVAO TELES, P. *The work of the International Law Commission in the Present Quinquennium (2012–2016) and Possible Future Topics: How to Remain Relevant in the 21st Century*, ABDI, Sao Pablo, 2014, pp. 215.

no puede no haber existido el proceso de evolución del derecho internacional penal que llevó a la creación de una Corte Penal Internacional.

En este último aspecto, la Comisión ha trabajado extensamente en el campo del derecho penal internacional, comenzando con la formulación de los principios de Nuremberg y el examen de la cuestión de la jurisdicción penal internacional en su primera sesión, en 1949, que culminó con la finalización del proyecto de Estatuto de la mencionada Corte Penal Internacional en su cuadragésimo sexto período de sesiones, en 1994 y que conlleva a su aprobación como un tratado en la Conferencia internacional de Roma de 1998. En su 67º período de sesiones, en 2014, la Comisión adoptó el informe final sobre el tema “la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”. En la misma sesión, la Comisión decidió incluir el tema “Crímenes de lesa humanidad” en su programa de trabajo.

Debemos también recordar que, como trabajo conjunto con la Comisión, otros órganos de la misma ONU como de otras Instituciones, colaboran en el proceso de derecho internacional progresivo (como la Comisión VI de la Asamblea General de asuntos jurídicos, y otras comisiones y áreas en organizaciones regionales como la OEA (Comité Jurídico Interamericano), etc.

Varios artículos del Estatuto prevén la relación que puede establecerse entre la Comisión y varios otros órganos. La Comisión puede considerar propuestas o proyectos de convenciones presentados por órganos principales de las Naciones Unidas que no sean la Asamblea General, los organismos especializados u órganos oficiales establecidos por acuerdo intergubernamental para alentar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación (artículo 17, párrafo 1). Además, la Comisión podrá celebrar consultas con: (a) cualquier órgano de las Naciones Unidas sobre cualquier tema que sea de la competencia de ese órgano (artículo 25, párrafo 1); (b) cualquier organización internacional o nacional, oficial o no oficial (artículo 26, párrafo 1); así como (c) instituciones científicas y expertos individuales (artículo 16 (e)). Además, documentos de la Comisión sobre temas dentro de la competencia de los órganos de las Naciones Unidas se distribuye a los órganos que pueden proporcionar información o formular sugerencias (párrafo 2 del artículo 25). El estatuto también prevé la distribución de los documentos de la Comisión a las organizaciones nacionales e internacionales interesadas en el derecho internacional (artículo 26, párrafo 2).

La Comisión en diversas ocasiones ha recomendado que se aliente a la Asamblea General -y a través de ella a otros órganos del sistema de las Naciones Unidas- a que presente a la Comisión posibles temas relacionados con la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. La Comisión recomendó además que trate de establecer vínculos con otros órganos especializados de las Naciones Unidas con responsabilidades legislativas en su ámbito y, en particular, explore la posibilidad de intercambio de información o incluso de trabajo conjunto sobre temas seleccionados.

En ocasiones, la Comisión, o su Relator Especial, ha tenido contactos informales o recibido información de varias entidades en relación con temas particulares, entre ellos: la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación sobre temas el derecho del mar y los recursos naturales compartidos; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sobre la nacionalidad, incluida la apatridia y la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados; el Comité Internacional de la Cruz Roja, en particular, sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; la Asociación Internacional de Hidrogeólogos de la Comisión Económica para Europa, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación sobre recursos naturales compartidos; un grupo de expertos sobre el derecho del mar y sobre la protección de la atmósfera; varios órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas sobre las reservas a los tratados; y la Asociación de Derecho Internacional sobre el diploma; protección de los tic, la responsabilidad de las organizaciones internacionales y los recursos hídricos, entre otros casos. En otros casos, la Comisión invitó a las organizaciones interesadas a presentar datos y materiales pertinentes que podrían ayudar a la Comisión a determinar su trabajo futuro sobre un tema, así como comentarios y observaciones sobre la labor en curso, incluidas las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, la cuestión de los tratados celebrados entre dos o más organizaciones internacionales, las reservas a los tratados, la responsabilidad de las organizaciones internacionales, y la protección de las personas en caso de desastres.

La Comisión también participa en un proceso continuo de consultas, intercambio de opiniones e información mutua con instituciones científicas y profesores de derecho internacional, lo que mantiene a la Comisión al tanto de los

nuevos desarrollos y tendencias en la investigación académica sobre el derecho internacional. Por ejemplo, los miembros de la Comisión participaron en el Coloquio de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Progresivo y Codificación del Derecho Internacional, así como en el seminario sobre la labor de la Comisión de Derecho Internacional durante sus primeros cincuenta años, que se celebraron para conmemorar el quincuagésimo aniversario del establecimiento de la Comisión.

A lo largo de los años, la Comisión ha mantenido una estrecha relación con la Corte Internacional de Justicia. La Comisión normalmente invita al Presidente de la Corte a dar una presentación sobre sus actividades.

En palabras de la Prof. López Martín, el proceso codificador contó con los éxitos que se mencionaron anteriormente, pero además tuvo en otros casos éxitos de medio alcance. Entre esos casos se pueden mencionar a la Convención sobre misiones especiales de 1969 o la convención sobre inmunidades de Estados y de Bienes de 1995 que aún no entró en vigor. En otros casos se han presentado fracasos como la Convención de Viena sobre sucesión de estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1983 o la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal de 1975, o el proyecto de responsabilidad de los estados por actos no prohibidos¹².

En las últimas décadas se aprecia también una marcado parálisis del trabajo de la Comisión, fruto de las faltas de acuerdos entre los Estados en avanzar en aceptar las propuestas de los trabajos elaborados por los diversos relatores, como la obligación de proteger y desastres naturales, derechos fundamentales y las obligaciones de los Estados o derecho de asilo.

Entre las causas de parálisis en algunos temas de trabajo de la Comisión podrían considerarse factores endógenos y exógenos. Los criterios de politización de las cuestiones técnicas de la comisión podrían ser aspectos de influencia en la diversidad de criterios para poder acordar puntos de avance de los proyectos de trabajos de la Comisión. Los Estados desconfían de propuestas normativas ajenas a sus intereses nacionales.

Aunque los miembros de la Comisión son de carácter independiente de los

¹² LOPEZ MARTIN, A.G. "La codificación del derecho internacional en el umbral del siglo XXI. Luces y sombras en la labor de la CDI", *Anuario del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional*, n° 15, Madrid, 2001, pp. 367-390.

Estados, como sostiene el Profesor Yves Daudet, se estima que, de los treinta y cuatro miembros, solo un veinte por ciento puede considerarse independiente de sus gobiernos. Muchos han sido miembros del servicio diplomático de los Estados o ex Ministros de los Estados¹³.

Se puede considerar que la mayor tendencia a contar con especialistas universitarios de derecho internacional no vinculados a cargos públicos de los Estados podría a portar mayor objetividad en los temas abordados. Pero no debe dejar de mencionar, que una visión política y diplomática de los temas que son analizados por la Comisión son necesarios para tener una complementariedad interna en la Comisión, ya que también sus experiencias de gestión permiten una mayor interacción con los gobiernos para lograr sus apoyos

Se puede mencionar también el excesivo número de temas que trata en forma paralela la Comisión. Esta abundancia puede generar que los miembros de la Comisión no puedan concentrarse debidamente en algunos temas de mayor profundidad, como lo fueron los antiguos temas de la Comisión como el proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Los tiempos en promedio que lleva el análisis de un proyecto, cercano a los 20 años, hace que los temas que proyectan inicialmente, luego de esos tiempos ya no cuenten con interés de los Estados.

Mas allá de los obstáculos que pueden darse en el marco del proceso codificador del derecho internacional, la Comisión conforma un órgano de relevancia en el ámbito de Naciones Unidas para debatir y consensuar el desarrollo progresivo del derecho internacional.

Nuevos temas han sido incorporados en los últimos años, que buscan ser analizados en el período entre 2018-2021, como:

- análisis de alcances de crímenes contra la humanidad
- la sucesión de estados y la relación con la responsabilidad
- principios generales del derecho
- la prueba ante las cortes y tribunales internacionales,
- inmunidad penal de los funcionarios de Estado
- acuerdos ulteriores
- aplicación e interpretación de tratados

¹³ DAUDET, Y. "A l'occasion d'un cinquantenaire, quelques questions sur la codification du droit international", *Revue générale de droit international public*, Pedone, Paris, 1998, pp-593-622.

- identificación del derecho internacional consuetudinario
- protección del ambiente en conflictos armados
- protección de la atmosfera
- identificación de normas imperativas del derecho internacional, entre otros.

En los últimos períodos de sesiones, la Comisión, siguiendo la recomendación del Grupo de Trabajo que en su período de sesiones de 1998 sugirió los criterios para la selección de los temas, fijó algunos parámetros, a saber:

- a) que el tema reflejara las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional;
- b) que el tema estuviera en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; y
- c) que el tema fuera concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación.

La Comisión convino además en que no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que también podría examinar los que representarían la evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en general.

Como sostuvo el miembro de la Comisión Mahmoud Hmoud, “otros retos que debería plantearse la CDI es el avance en áreas de la ciencia y la tecnología, así como las sub especializaciones en las distintas áreas del derecho y el derecho transnacional. La Comisión está en condiciones de utilizar estos retos en su beneficio, concentrando su trabajo más en el valor que puede añadir al desarrollo y la codificación de cualquier campo del derecho internacional, sin extenderse demasiado de manera que pueda socavar sus resultados”¹⁴.

Como señalara el Prof. Valencia-Ospina, La Comisión ha desempeñado un papel preponderante en la construcción del edificio sobre el cual se asienta y funciona la comunidad internacional de la post-guerra. Dadas las preocupantes tendencias aislacionistas que han hecho reciente irrupción en el panorama internacional, hoy más que nunca se hace necesaria la continuada realización de su vocación en pro del afianzamiento del derecho internacional. Sigue siendo

¹⁴ HMOUD, M. “The Commission and the Sixth Committee”, *Seventy Years of the International Law Commission. Drawing a Balance for the Future*, UN- Brill/Nijhoff, 2018, p. 59.

éste el baluarte más firme para asegurar la supervivencia de una sociedad internacional que todas las naciones han ayudado a construir y de la cual todos se han beneficiado¹⁵.

III. Reflexiones finales

El trabajo de la Comisión ha representado un importante aporte a la evolución y construcción de reglas internacionales que posteriormente se adoptan en tratados o contribuyen a fortalecer los fundamentos de la práctica internacional actual. Como se señalara, en estos 70 años, la CDI ha logrado concretar avances en acuerdos internacionales y en otros casos no ha posibilitado su avance y el convencimiento de los Estados. Por ello, el trabajo constante de este organismo (no exento en su caso de posibles adaptaciones en su funcionamiento) seguirá permitiendo contar con un ámbito relevante en el estudio de la evolución de las normas que deben marcar los asuntos internacionales que los Estados y otros sujetos requieren.

La Comisión de Derecho Internacional ha hecho una magnífica contribución a este respecto, especialmente a través del desarrollo progresivo del derecho internacional y su consolidación a través de una codificación y propuestas de *soft law* amplia y eficaz. Sin duda, su tarea aún no ha concluido.

¹⁵ VALENCIA-OSPINA, E. *Seventy Years of the International Law Commission. Drawing a Balance for the Future* UN- Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2018, p. 393.



La responsabilidad de proteger en la CDI

The responsibility to protect at the ILC

LUCIANO PEZZANO*

Resumen: El propósito de este artículo es indagar en el tratamiento que la Responsabilidad de Proteger (RDP) ha tenido en los debates de la Comisión de Derecho Internacional y los efectos que su consideración por el órgano ha tenido y puede tener sobre el desarrollo del concepto en las Naciones Unidas. En particular, se destacan los amplios debates en la Comisión sobre el tema “protección de personas en caso de desastre”, que culminaron con la correcta exclusión del concepto, y la inexplicable ausencia de la RDP en la discusión de la Comisión sobre el tema “crímenes de lesa humanidad” y el proyecto de artículos redactado al efecto.

Palabras-clave: Responsabilidad de Proteger - Comisión de Derecho Internacional - Protección de personas en caso de desastre - Crímenes de lesa humanidad.

Abstract: The purpose of this paper is to explore the treatment of the Responsibility to Protect (RtoP) in the debates of the International Law Commission and the effects that its consideration by that body may have on the development of the concept at the United Nations. In particular, the paper highlights the extensive discussions in the ILC on the topic of “protection of persons in the event

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magister en Relaciones Internacionales por la UNC. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración de la carrera de Abogacía de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) Sede San Francisco. Profesor Titular de Derechos Humanos desde la Perspectiva Internacional de la carrera de Abogacía de la UCES Sede San Francisco. Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*

of disasters”, culminating in the right exclusion of the concept, and the unexplained RtoP’s absence in the ILC’s discussion on the topic “crimes against humanity”, and its draft articles on that matter.

Keywords: Responsibility to Protect - International Law Commission - Protection of persons in the event of disasters - Crimes against humanity.

Sumario: I. Introducción. II. La RDP en el tópico “Protección de personas en casos de desastres”: una correcta exclusión. III. La RDP en el tópico “Crímenes de lesa humanidad”: la oportunidad perdida. IV. La RDP y otros tópicos en la CDI. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

La Responsabilidad de Proteger (RDP), adoptada por las Naciones Unidas en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 (DF), se planteó como un concepto novedoso en las relaciones internacionales, destinado a superar la discusión sobre la denominada “intervención humanitaria”, encauzándola dentro del marco de legalidad de la Carta de las Naciones Unidas y poniéndola en un contexto mucho más amplio que incluye un fuerte componente de prevención.

Aunque no es una norma, la RDP está sólidamente fundada en el derecho internacional vigente y propone un marco para una lectura conjunta de varias normas de diferentes áreas del ordenamiento jurídico. En este sentido, creemos, su tratamiento y discusión por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en la medida en que los temas de su programa de trabajo lo ameriten, resultan pertinentes y necesarios a los fines de ayudar a la Asamblea General (AG) en el desempeño de sus funciones relativas al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

Sin embargo, la relación entre la RDP y la CDI es compleja y hasta podría considerarse traumática. Aunque el concepto ha estado de alguna manera presente en los debates del órgano casi desde su adopción en el DF, no fue nunca objeto de atención directa y su tratamiento estuvo destinado principalmente a excluirlo de algunos tópicos de la agenda, bajo diferentes argumentos que analizaremos aquí.

El propósito de este artículo es, entonces, indagar en el tratamiento que la RDP ha tenido en los debates de la CDI y los efectos que su consideración por el órgano puede tener sobre el desarrollo del concepto en las Naciones Unidas. Debemos subrayar el carácter exploratorio de este estudio, dado que ningún otro autor abordó específicamente esta cuestión desde la perspectiva propuesta¹. Aunque en la doctrina son numerosas las menciones a los debates de la CDI sobre la RDP en el tema “protección de personas en caso de desastres”², ningún autor se pregunta sobre los efectos de estos en el concepto ni pretende un análisis global de la cuestión.

Es por ello que comenzaremos con el análisis del tema que más debates sobre la RDP suscitó, continuaremos luego con el tema en el que la RDP debería haber sido central, pero pasó desapercibida, y finalizaremos con las menciones incidentales a la RDP en otros temas del programa de la CDI, para concluir con las consideraciones que podemos extraer del análisis.

¹ La única excepción que podemos mencionar es el trabajo de Pronto, pero que, por lo temprano de su publicación, en 2013, apenas pudo incluir las discusiones de la CDI en torno a la RDP en el marco del tema de protección de personas en caso de desastres, así como algunas consideraciones de temas vinculados, pero en los que la RDP no fue invocada (PRONTO, Arnold N. “The International Law Commission”, en ZYBERI, Gentian (Ed.) *An Institutional Approach to the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 179-196).

² BARTOLINI, Giulio. “A universal treaty for disasters? Remarks on the International Law Commission’s Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 99, N° 906 (2017), pp. 1103-1137; BENTON HEATH, J. “Disasters, Relief, and Neglect: The Duty to Accept Humanitarian Assistance and the Work of the International Law Commission”, *International Law and Politics*, Vol. 43 (2011), pp. 419-477; PATNAIK, Dabiru Sridhar. “Towards an International Legal Framework for the Protection of Individuals in the Event of Disasters: An Initial Inquiry”, en HEINTZE, Hans-Joachim y ZWITTER, Andrej (Eds.) *International Law and Humanitarian Assistance. A Crosscut Through Legal Issues Pertaining to Humanitarianism*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 129-141; PATNAIK, Dabiru Sridhar. “Issues of state consent and international humanitarian assistance in disasters: the work of the International Law Commission”, en ZWITTER, Andrej *et al.* (Eds.) *Humanitarian Action. Global, Regional and Domestic Legal Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 107-122; CUBIE, Dug. “An Enchanted Tool?: Humanitarian Assistance and the ILC Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters”, *Irish Yearbook of International Law*, Vol. IX-V (2009-2010), pp. 119-151; FANAKI, Angelica. “Recent developments in International Disaster Response Laws: ILC’s Work and IDRL Rules in Disaster Relief”, *Tilburg Law Review*, Vol. 18 (2013), pp. 86-105; ZORZI GIUSTINIANI, Flavia. “The Works of the International Law Commission on ‘Protection of Persons in the Event of Disasters.’ A Critical Appraisal”, en DE GUTTRY, A. *et al.* (Eds.) *International Disaster Response Law*, Asser Press, La Haya, 2012, pp. 65-84.

II. La RDP en el tópic “Protección de personas en casos de desastres”: una correcta exclusión

El tópic del programa de trabajo de la CDI en el que más se discutió la RDP fue “protección de las personas en caso de desastre”, incluido en 2007. No es casual que así haya sido, dado que las situaciones de desastre pueden implicar sufrimiento humano a gran escala y el Estado afectado puede no estar en condiciones de proteger a su población, lo que de inmediato plantea un interrogante: ¿se justificaría una prestación coactiva de asistencia humanitaria de parte de la comunidad internacional en ese caso? En su formulación original de la RDP, la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE) había contemplado esa posibilidad³, pero desapareció al pasar a las Naciones Unidas; sin embargo, el debate continuó.

La RDP aparece por primera vez en este contexto en la propuesta de la Secretaría sobre la inclusión del tema en 2006: “La asistencia humanitaria, incluido el socorro en casos de desastre, se presta, en particular, en el contexto normativo más amplio de la protección de las víctimas de los desastres, incluidos los desastres naturales, cuestión que sigue siendo objeto de debate entre las entidades que se ocupan del socorro en casos de desastre. No obstante, la actual propuesta debe considerarse como parte de la reflexión actual sobre un nuevo principio que conlleva la responsabilidad de proteger, principio que, aunque se formula primordialmente en el contexto de los conflictos, puede ser también de aplicación a los desastres”⁴.

Es significativo, no obstante, que la propuesta no haga referencia alguna al DF, que circunscribe específicamente el ámbito material de la RDP al genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Al mismo tiempo, la llama “un nuevo principio”, circunstancia que nos permite advertir que la propuesta fue formulada en una época temprana de la recepción de la RDP por las Naciones Unidas, cuando aún no había sido diseñada una es-

³ La CIISE incluyó dentro del criterio denominado “causa justa” a “*las catástrofes naturales o ecológicas de grandes proporciones, a las que el Estado no quiera o no pueda hacer frente ni solicitar asistencia, y que provoquen o puedan provocar importantes pérdidas humanas*” (CIISE. *La Responsabilidad de Proteger. Informe de la Comisión sobre Intervención y Soberanía de los Estados*, Ottawa, 2001, p. 37).

⁴ CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, Vol. II (segunda parte), anexo III, párr. 9, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, p. 225.

trategia clara para su implementación⁵. Dos años después, en su primer informe sobre el tema, el Relator Especial Eduardo Valencia Ospina tomó nota con mucha cautela de este enfoque⁶:

“Como señaló la Secretaría en su propuesta sobre el tema, la protección de las personas puede considerarse como parte de la reflexión actual sobre un nuevo principio que conlleva la responsabilidad de proteger. Este último concepto trae aparejada las responsabilidades de prevenir, reaccionar y reconstruir, que corresponden, respectivamente, a las tres fases de una situación de desastre. Sin embargo, la conveniencia de extender el concepto de la responsabilidad de proteger y su pertinencia en relación con este tema exigen un examen detenido. Incluso si se reconociera la responsabilidad de proteger en el contexto de la protección y la asistencia de las personas en casos de desastre, sus consecuencias serían inciertas. Por ejemplo, ¿hasta qué punto generaría esa responsabilidad derechos para terceros? ¿Cuál sería el contenido de esos derechos? ¿Qué circunstancias los harían exigibles? ¿Se trataría de derechos individuales o colectivos?”⁷.

Aunque no se inclinó por un rechazo explícito a la consideración de los desastres dentro del ámbito material de la RDP, las dudas que planteó y la exigencia de un “examen detenido” sobre la pertinencia del concepto indicaron una posición en ese sentido.

En su exposición inicial ante la CDI, el Relator Especial reprodujo los tér-

⁵ Es lo que denominamos el “período de expansión” de la RDP en las Naciones Unidas (PEZZANO, Luciano. *La Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas. Un análisis constructivista de las posiciones de los actores internacionales*, CEA-UNC/Advocatus, Córdoba, 2016, p. 79).

⁶ Enfoque que para ese entonces ya había cambiado, dado que en el memorando que la Secretaría preparó a pedido de la CDI se incluyó: “debe señalarse que el concepto de la “responsabilidad de proteger”, como se recoge en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, no se concibió para aplicarla en el contexto de los desastres” (CDI. *Protección de las personas en casos de desastre. Memorando de la Secretaría*, Documento A/CN.4/590, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, párr. 250, p. 166).

⁷ *Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, Documento A/CN.4/598, párr. 55, en CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2008*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, p. 161.

minos de su informe sobre la cuestión al insistir en que la pertinencia del concepto y la posibilidad de extenderlo a la protección de las personas en casos de desastre, mucho más allá del contexto estricto de conflicto armado⁸ dentro del cual se desarrolló, no parecen ser evidentes y requieren una cuidadosa reflexión⁹.

Fueron varios los miembros de la CDI que hicieron referencia a la RDP en este primer debate. Al Marri compartió la posición cauta del Relator Especial al señalar que valdría la pena hacer estudios complementarios para comprender en profundidad los límites y la importancia del principio de la RDP, porque los derechos y obligaciones, en especial los derechos y las obligaciones de terceros, son complejos y poco claros, y a veces contradictorios, en especial respecto de la responsabilidad del Estado y tal vez de la RDP¹⁰.

Nolte se refirió a la RDP en conexión con la asistencia humanitaria en caso de desastre, y sostuvo que el derecho a la asistencia humanitaria debe estar en condiciones de hacerse cumplir de la misma manera que otros derechos humanos; en particular, no existe ni el derecho ni la obligación a hacerlo cumplir con el uso no autorizado de la fuerza. Concebido de esta manera, un derecho de ese tipo no constituiría un reto a los principios de soberanía y no intervención. El concepto de la RDP debe entenderse a la luz de esa interpretación clásica del derecho; sigue siendo principalmente un concepto político y moral que no ha alterado el derecho relativo al uso de la fuerza. Por ello concluyó que no sería apropiado que la CDI propusiera cambios en esta esfera¹¹.

En la misma línea, Vasciannie sostuvo que sería posible sugerir que ciertos argumentos normativos favorables a la intervención en algunas circunstancias habrían ganado terreno en el sistema internacional. Pero, aunque se aceptara esa premisa, el derecho a la asistencia humanitaria que permitiera la intervención forzosa en casos de desastre, sigue siendo insostenible. El concepto de la RDP se ha desarrollado fuera del concepto del socorro en casos de desastre para

⁸ Al referirse al “conflicto armado” como contexto del desarrollo de la RDP, el Relator Especial parece optar por una interpretación demasiado restrictiva del concepto, más de lo que se incluye en el DF, que en ningún momento se refiere a conflictos en el marco de la RDP. Si bien los crímenes de guerra -que por definición solo pueden ser cometidos en un conflicto armado- integran el alcance material de la RDP, los demás crímenes no requieren dicho contexto para su comisión.

⁹ *Acta resumida de la 2978ª sesión*, párr. 42, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2015, p. 145.

¹⁰ *Acta resumida de la 2979ª sesión*, párr.33, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 156.

¹¹ *Acta resumida de la 2980ª sesión*, párr. 18, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 160.

ocuparse de un dilema particular bien conocido: los abusos groseros de derechos humanos. De ahí que, incluso si forma parte actualmente del derecho, no sea fácilmente transferible al ámbito del socorro en casos de desastre sin un claro apoyo de los Estados¹². También agregó que se sostiene cada vez más que la intervención humanitaria es permisible en el contexto de la RDP. Aunque se acepte esa idea discutible como parte del derecho, no significa necesariamente que deba aceptarse también el derecho de intervenir para prestar socorro: debe distinguirse la intervención humanitaria del socorro en casos de desastre, en que el gobierno del Estado víctima debe hacer frente a la crisis y al mismo tiempo queda a merced de los Estados de mayor tamaño. La intervención a los efectos del socorro en casos de desastre no es parte de la *lex lata* ni justificable de *lege ferenda*¹³.

Hmoud sostuvo que incluso los Estados más fervientemente partidarios de la RDP no sostienen que el derecho de los Estados a prestar socorro humanitario exista en derecho internacional, sino que lo consideran como un derecho emergente, y agregó que los acontecimientos recientes (en referencia a los efectos del ciclón Nargis en Myanmar¹⁴) indican que no hay una *opinio juris* entre los Estados en el sentido de que hay un derecho de intervenir en caso de desastre¹⁵.

¹² *Ibíd.*, párr. 29, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 162.

¹³ *Ibíd.*, párr. 43, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 162.

¹⁴ En 2008, con motivo de la negativa del gobierno militar de Myanmar de permitir el acceso internacional para la distribución de ayuda humanitaria entre las víctimas del ciclón Nargis, el ministro de Relaciones Exteriores francés, Bernard Kouchner (uno de los creadores del *devoir d'ingérence*, antecedente de la RDP), invocó la RDP para que el CS autorizada la distribución forzosa de la ayuda. La iniciativa no tuvo apoyo y la cuestión se resolvió a través de la ASEAN, fundamentalmente por presión china a la junta birmana. Sin embargo, el representante de Francia justificó la invocación de la RDP en el Consejo de Seguridad (CS): "*Hay quien se sorprendió cuando Bernard Kouchner invocó la responsabilidad de proteger. Sin embargo, como hemos tenido la oportunidad de subrayar, existe el riesgo de que la no asistencia a una persona en peligro pase a ser un crimen de lesa humanidad. ¿Es necesario realmente llegar a ese límite para que el Consejo se ocupe de una situación? Lo diré claramente, no es el concepto de las Naciones Unidas ni el concepto de Consejo de Seguridad que defiende Francia*" (CS. *Acta literal de la 5898ª sesión*, Documento S/PV.5898, Naciones Unidas, Nueva York, 2008, p. 20). Al respecto, v. COHEN, Roberta. "The Burma Cyclone and the Responsibility to Protect". *Global Responsibility to Protect* Vol.1 (2009), pp. 253-257; AA.VV. "Responsibility to protect in environmental emergencies", *ASIL Proceedings* Vol. 100 (2009), pp. 19-38; FORD, Stuart. "Is the Failure to Respond Appropriately to a Natural Disaster a Crime Against Humanity? The Responsibility to Protect and Individual Criminal Responsibility in the Aftermath of Cyclone Nargis", *Denver Journal of International Law & Policy* Vol. 38, N°2 (2010), pp. 227-276.

¹⁵ *Acta resumida de la 2980ª sesión*, párr. 39, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 162.

Saboya, reconociéndose personalmente partidario del desarrollo del derecho internacional con miras a proteger mejor los derechos de las personas, y considerar de forma positiva los conceptos del derecho a la asistencia humanitaria y la RDP, aconsejó a la CDI que actuara con cautela al ocuparse de esos nuevos principios, por cuanto su situación jurídica y sus consecuencias con respecto a otros principios de derecho internacional no están todavía suficientemente claros¹⁶.

McRae estimó necesario pasar a la consideración de si se pueden articular obligaciones jurídicas al ocuparse de la protección de las personas en casos de desastre. Un enfoque de ese tipo es independiente de toda determinación de la RDP, respecto de la cual no es necesario que se ocupe el Relator Especial, dado que no haría avanzar necesariamente la labor de la CDI sostener que se pueden deducir obligaciones concretas de un principio relativo a la RDP en ese momento¹⁷.

Wisnumurti partió de considerar que la RDP es un eufemismo para la intervención humanitaria. Se refirió a los párrafos 138 y 139 del DF y subrayó la necesidad de que la AG siguiera considerando la posibilidad de proteger en ese contexto. Por lo tanto, entendió, resulta claro que, si bien las Naciones Unidas reconocen la RDP, no está vigente todavía, y que el Secretario General (SG) había iniciado el proceso de elaborar ese principio. En ese proceso debe reconocerse que la acción colectiva contra un país acusado de haber cometido esos crímenes graves, de conformidad con el principio de la RDP, puede operar solamente con el consentimiento del gobierno en cuestión¹⁸. Agregó que, en el derecho actual, los Estados no tienen atribuciones para imponer la asistencia humanitaria a los Estados afectados contra su voluntad. En estas condiciones, concluyó, no corresponde ampliar el alcance del tema de manera de incluir el principio de la RDP¹⁹.

Kamto señaló que en lo que respecta a la protección, se hacía referencia unas veces al “deber de proteger” y otras veces a la “responsabilidad de proteger”,

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 71, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 167.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 87, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 169.

¹⁸ Esta es una interpretación forzada y antojadiza de la RDP que no se ajusta a los términos del DF que el propio orador citó. Si se requiriera el consentimiento de los Estados que no protegen a su población desaparecería la fuerza del concepto en lo que se refiere a la responsabilidad de la comunidad internacional.

¹⁹ *Acta resumida de la 2980ª sesión*, párr. 98, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, pp. 170-171.

y que habría que precisar si esos dos términos tienen el mismo sentido y si ese deber o esa responsabilidad representan una norma moral o una obligación jurídica. El postulado general en que se apoya el tema (de la RDP) es el deber moral que incumbe a la comunidad internacional de no permanecer inactiva frente a situaciones críticas que afecten a la vida humana²⁰.

Perera compartió con el Relator Especial que, respecto de la RDP, la CDI debía mostrarse prudente, pues se trata de un concepto esencialmente político y jurídicamente mal definido que puede hacer que sus trabajos se vean envueltos en una controversia política. Observó que el concepto se había elaborado en un marco político y podía prestarse a abuso con fines políticos, y recordó que el DF la menciona en relación con situaciones muy concretas y extremas de violaciones manifiestas de los derechos humanos, es decir, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra²¹.

Hassouna sostuvo que el debate sobre la eventual existencia de un derecho a la asistencia humanitaria y el incipiente concepto de la RDP ponían de manifiesto divergencias de opinión, y que, a falta de consenso, la CDI debía abordar estas cuestiones con mucha prudencia sobre la base de criterios jurídicos objetivos y el respeto escrupuloso de los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas. Pero se mostró convencido de que estas cuestiones corresponden al mandato de la CDI, que debía tratarlas pese a sus connotaciones políticas²².

Vázquez Bermúdez no consideró aplicable al tema el concepto de RDP, bosquejado en el DF. Recordando su texto, señaló que se utilizó el concepto con respecto a la comisión de los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto, y no se puede extrapolar al contexto muy diferente de la protección de las personas en casos de desastre²³.

Singh definió²⁴ a la RDP como “el derecho de la comunidad internacional a intervenir en un país en que una situación de crisis exige medidas drásticas”.

²⁰ *Acta resumida de la 2981ª sesión*, párr. 27-28, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 175.

²¹ *Ibíd.*, párr. 66, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 182.

²² *Ibíd.*, párr. 74, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 183.

²³ *Acta resumida de la 2982ª sesión*, párr. 14, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 185.

²⁴ Es otro caso de una definición limitada y forzada de la RDP que no se ajusta a los términos del DF. La RDP se plantea precisamente como “responsabilidad” para que no sea entendida como “un derecho”; no solamente recae sobre la comunidad internacional sino, principalmente, sobre el Estado; no solamente implica “intervenir”, sino un cúmulo de medidas en que la intervención es la *ultima ratio*; y no cubre cualquier “situación de crisis que exige medidas drásticas”, sino solamente los crímenes y actos especificados en el DF.

Sostuvo que eso planteaba cuestiones fundamentales: ¿quién decidirá la gravedad de la situación?, ¿quién determinará lo más apropiado para el problema del país, y cómo velará el país que interviene por un funcionamiento apropiado dentro del país interesado si la decisión de intervenir es unilateral? Se trata de cuestiones difíciles y delicadas que no se pueden dejar de lado con una simple afirmación de que las crisis exigen soluciones innovadoras. Consideró que el concepto no es apropiado para incluirlo dentro del ámbito del tema, por cuanto la responsabilidad primordial de la protección de las personas en su territorio o dentro de su jurisdicción incumbe al Estado interesado²⁵.

Otros miembros, en cambio, fueron mucho más receptivos de la RDP y su pertinencia en el tema debatido. Así, Escarameia identificó en el informe del Relator Especial tres supuestos en que se basaría la labor de la CDI, el tercero de los cuales presupone la existencia de algún tipo de RDP. Consideró que, en realidad, equivalía más a un principio que a una norma que se pueda hacer cumplir. Si existe un derecho a la asistencia humanitaria, debe existir una obligación correlativa. Planteó algunas cuestiones, relativas a quién debe la obligación -si el Estado o también otros sujetos-, el contenido de la obligación -si abarca la prevención, la reacción y la reconstrucción²⁶-, cuándo nace la obligación, y los medios disponibles para hacer cumplirla en el plano nacional o internacional. En todo caso, sostuvo, la RDP es una cuestión que no se puede desconocer, y el Relator Especial haría bien en presentar un informe separado acerca de ese tema. Consideró que la idea de una RDP había sido aceptada ampliamente, recordando el informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio²⁷, el informe del SG “Un concepto más amplio de la libertad”²⁸ y el DF,

²⁵ *Acta resumida de la 2982ª sesión*, párr. 22-23, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, pp. 186-187.

²⁶ Esta separación en tres responsabilidades, también presente en el informe del Relator Especial, había sido formulada originalmente por la CIISE, pero no fue receptada en el DF. Cuando el Secretario General Ban diseñó su estrategia para hacer efectiva la RDP, con posterioridad a estos primeros debates de la CDI, adoptó una estructura de tres pilares basada en el DF que no coinciden con esta separación (PEZZANO, Luciano. Ob. cit., p. 229).

²⁷ GRUPO DE ALTO NIVEL. *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. Nota del Secretario General*, Documento A/59/565, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

²⁸ ANNAN, Kofi. *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General*, Documento A/59/2005, Naciones Unidas, Nueva York, 2005.

y que debían analizarse todos esos documentos, así como el informe de la CIISE acerca de la RDP. De esta manera, consideró que parecía aceptarse en general que los Estados tienen una obligación de proteger a las personas presentes en su territorio y que las entidades extranjeras pueden prestarles asistencia en la tarea, con la condición de que los Estados consientan. Si bien ese supuesto prácticamente se acepta sin oposición, las opiniones se hallan profundamente divididas en cuanto a si las entidades extranjeras pueden proteger a las personas sin su consentimiento, o incluso si existe la obligación de que lo hagan²⁹.

Pellet se mostró convencido de un planteamiento dinámico y audaz de la RDP, de la que, a su juicio, la protección de las personas en casos de desastre es sólo un aspecto. Opinó que la soberanía no debe ser un pretexto para oponerse a la ayuda en caso de desastre humanitario, que no puede justificar la inacción ante un genocidio y que más vale el desorden que la injusticia. El problema, concluyó, estriba en que todas esas convicciones son políticas, ideológicas³⁰.

Jacobsson felicitó al Relator Especial por plantear la cuestión de la prevención y poner en claro este importante aspecto del concepto de RDP. No compartió la opinión de Wisnumurti de que “es un eufemismo por intervención humanitaria”, en especial si por ella entiende intervención militar. A su juicio, la RDP es un concepto importante en lo que se refiere a la adopción de medidas preventivas que hagan frente a la vez a las causas profundas y las causas directas de las crisis que ponen en peligro a la población³¹.

En este primer debate, se advierten al menos tres corrientes principales de pensamiento entre los miembros de la CDI: por un lado, quienes, en línea con el pensamiento del Relator Especial, van a considerar que la RDP no es pertinente para el tópico, por cuanto los desastres están fuera de su alcance material; por otro lado, una posición -muy minoritaria- que considera que sería oportuno aprovechar la ocasión para ampliar el alcance de la RDP también a los desastres y, finalmente, quienes, enrolados en principio en la primera posición, se valen de esta para expresar su rechazo general a la RDP, aunque con distintos argumentos. También es interesante ver cómo hay reiteradas menciones al DF, aunque las interpretaciones propuestas son diferentes según el autor.

²⁹ *Acta resumida de la 2979ª sesión*, párr. 2, 7 y 8, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, pp. 152-153.

³⁰ *Acta resumida de la 2981ª sesión*, párr. 12, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 172.

³¹ *Acta resumida de la 2981ª sesión*, párr. 58, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, p. 181.

La CDI tuvo especial consideración de este primer debate sobre la RDP en el contexto del tópico, incluyendo en su informe anual lo siguiente:

“Aun tomando nota de que el Relator Especial parecía fundamentar provisionalmente el tema en la responsabilidad de proteger³², algunos miembros, teniendo en cuenta la concepción amplia del tema, señalaron que era inevitable ocuparse de la pertinencia de la responsabilidad de proteger y de abordar las diversas cuestiones polémicas. El Relator Especial podría referirse a este aspecto en un futuro informe y, a este respecto, se mencionaron otras novedades pertinentes en este campo. [...] Otros miembros pusieron en duda la existencia de la responsabilidad de proteger, en particular en el contexto de los desastres. Su aparición como principio se limitaba a circunstancias extremas, a saber, situaciones de violaciones persistentes y manifiestas de los derechos humanos, que no se podía transponer fácilmente al socorro en casos de desastre sin el apoyo del Estado. Se recordó además a este respecto que el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 invocaba la responsabilidad de cada Estado de proteger a sus poblaciones contra el genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad. Toda medida de la comunidad internacional se aplicaría en el marco de las Naciones Unidas, que actuarían de conformidad con los Capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas. Algunos miembros estimaron que no había ninguna razón ineludible que impidiera hacer extensivo o transponer la responsabilidad de proteger a situaciones en caso de desastre. Algunos miembros consideraron que la responsabilidad de proteger guardaba relación con la intervención humanitaria. La Comisión, por tanto, debía proceder con cautela. Otros miembros señalaron que ese deber aún era fundamentalmente un concepto político y moral cuyos parámetros jurídicos estaban por determinar y que no modificaba el derecho relativo al uso de la fuerza. En opinión de otros miembros, sin em-

³² La versión en español del informe de la CDI menciona el “deber de proteger”. Dado que la versión en inglés expresa “responsibility to protect”, entendemos que es un error de traducción y hemos optado por corregirla.

bargo, la responsabilidad de proteger existía como obligación jurídica sin extenderse necesariamente al uso de la fuerza. Otros miembros destacaron que se podía tratar el tema independientemente de la cuestión de si existía o no una responsabilidad de proteger³³.

En su segundo informe, el Relator Especial, además de reseñar las menciones que habían tenido lugar respecto de la RDP en la CDI y en la Sexta Comisión de la AG, llamó la atención sobre “El informe del Secretario General sobre cómo hacer efectiva la responsabilidad de proteger. Remitiéndose a los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, el apartado b del párrafo 10 del informe explica que: A menos que los Estados Miembros decidan otra cosa, la responsabilidad de proteger únicamente es aplicable a los cuatro crímenes o actos especificados: el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. La tentativa de ampliarlo para abarcar otras calamidades como el VIH/SIDA, el cambio climático o los desastres naturales redundaría en desmedro del consenso de 2005 y extendería el concepto hasta un punto en que ya no sería reconocible ni tendría utilidad práctica alguna³⁴.

La opinión del SG en su informe³⁵ pareció decisiva para el enfoque del Relator Especial. Al momento de su presentación, expresó que, aunque la RDP había sido mencionada como uno de los principios que debían informar la labor de la CDI, el informe del SG y los debates en la CDI y la Sexta Comisión han dado a entender que el concepto quizás no sea aplicable en el contexto de los desastres. Evocando lo incluido en su segundo informe, consideró que la tajante afirmación expresada por el más alto funcionario de las Naciones Unidas en su informe más reciente y completo, dedicado exclusivamente a esta materia, es una indicación fehaciente de que la RDP no puede ser considerada como el principio nuclear del presente tema, y que la CDI no necesitaba basar el proyecto de

³³ CDI. *Anuario... 2008*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2014, párr. 247-250, pp.149-150.

³⁴ *Segundo informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, Documento A/CN.4/615, Anuario... 2009, vol. II (primera parte), párr. 14, Nueva York y Ginebra, 2015, p. 202.

³⁵ BAN, Ki-moon. *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger. Informe del Secretario General*, Documento A/63/677. Naciones Unidas, Nueva York, 2009, párr. 10.

artículos en la doctrina de la RDP, puesto que hay otros fundamentos jurídicos más sólidos y pertinentes en los que apoyarse. A lo sumo, la CDI podría encauzar su labor de modo que no prejuzgue un eventual acuerdo futuro entre los Estados para hacer extensivo dicho principio a las situaciones de desastre³⁶.

La mayoría de los miembros de la CDI compartieron este enfoque. Así, lo hizo Saboia, quien hizo referencia al informe del SG³⁷, y manifestó su oposición a la aplicación del principio emergente de la RDP, así como a una interpretación amplia de la asistencia humanitaria sin el consentimiento del Estado. Sin embargo, consideró que hay situaciones límite en las que la comunidad internacional no puede permanecer indiferente y, como se había visto recientemente³⁸, se pueden ejercer presiones políticas y diplomáticas para inducir a un Estado a tener en cuenta las necesidades de su población, sin que por ello se pretenda que intervenga el Consejo de Seguridad (CS) para obligar a ese Estado a aceptar la asistencia³⁹.

El Presidente Petric también concurrió con la decisión del Relator Especial de excluir el concepto de la RDP. La responsabilidad del Estado afectado de responder si sobreviene un desastre no se debería confundir con la RDP, que implica la idea de intervención humanitaria⁴⁰: mezclar uno con otro complicaría la tarea de la CDI y conduciría a problemas insuperables⁴¹.

Wisnumurti agradeció al Relator Especial que citara el informe del SG, a tenor del cual la RDP únicamente es aplicable a los cuatro crímenes especificados en el RDP. Tal responsabilidad no debe hacerse extensiva a los desastres y, por lo tanto, no corresponde al ámbito del estudio del tema. Consideró también que una intervención humanitaria no debe ser impuesta y que no se trata, en el fondo, más que de un sinónimo de la RDP, para la que ya existen líneas directrices. Pensó que debía ponerse fin a ese debate y concentrarse en la cuestión de la asistencia humanitaria con respecto a la cual, a su juicio, incumbe al Estado tomar una decisión⁴².

³⁶ *Acta resumida de la 3015ª sesión*, párr. 5 y 23-25, en CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2009*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2015, pp. 120 y 123.

³⁷ *Ibidem*, párr. 43, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 126.

³⁸ En clara referencia a la situación en Myanmar luego del ciclón Nargis.

³⁹ *Acta resumida de la 3018ª sesión*, párr. 61, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 160.

⁴⁰ Se advierte aquí otra identificación -no fundamentada- entre la RDP y la denominada "intervención humanitaria".

⁴¹ *Acta resumida de la 3017ª sesión*, párr. 57, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 149.

⁴² *Acta resumida de la 3018ª sesión*, párr. 8 y 62, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, pp. 151

Nolte consideró que la CDI tal vez debería descartar la cuestión de la RDP como fuente posible de obligaciones para los Estados Miembros, aun cuando esto no significa en absoluto que no existan otras fuentes de derechos y obligaciones de los terceros Estados en caso de desastre. Así, cuando un Estado permanece indiferente ante una hambruna que afecta a una parte de su territorio y provoca la muerte de un gran número de personas, su indiferencia no constituye quizá un genocidio, pero puede muy bien constituir una violación de una norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos que, a su vez, autorice y obligue a los terceros Estados a exigir la responsabilidad del Estado o, por lo menos, imponga a este último la obligación de aceptar ayuda. Afirmó que el derecho a la asistencia humanitaria existía implícitamente en el derecho internacional humanitario, pero este derecho debe ser aplicable, a su juicio, de la misma manera que los demás derechos humanos, es decir, sin uso ilícito de la fuerza. Concebido así, no se alcanza a discernir cómo tal derecho podría ser contrario a los principios legítimos de soberanía y no intervención. El concepto de RDP debe entenderse a la luz de esta interpretación clásica del derecho. Sigue siendo esencialmente de carácter político y moral y no modifica en absoluto el derecho relativo al uso de la fuerza. Concluyó que no era apropiado que la CDI proponga cualquier cambio a este respecto⁴³.

Sir Michael Wood concordó con el SG y el Relator Especial en que no era oportuno intentar invocar la RDP, por tratarse de un concepto aún frágil cuyo eventual ámbito de aplicación es limitado. No sería útil para los futuros debates sobre la RDP ni para los trabajos que emprende la CDI hacer extensivo este concepto a los desastres en general⁴⁴.

Vasciannie insistió en que varios Estados en la Sexta Comisión pusieron en duda la pertinencia de la RDP en este contexto. Consideró que no sería fácil defender la idea de que de un presunto derecho a recurrir a la fuerza militar para proteger a personas víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos se puede deducir un derecho a recurrir a la fuerza militar para obligar a un Estado a aceptar ayuda cuando sobreviene un desastre. También sostuvo que otros elementos incitan a considerar la intervención humanitaria forzada con escepticismo: el riesgo de abuso, el riesgo de trato desigual y la dificultad de de-

y 160.

⁴³ *Ibíd.*, párr. 21 y 53, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, pp. 154 y 159.

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 33, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 156.

terminar el umbral de intervención apropiado para ayudar a los Estados que no desean ser ayudados. Concluyó que no había *opinio juris*, ni práctica de los Estados, y no era una buena propuesta de *lege ferenda*⁴⁵.

Hmoud insistió en que los debates anteriores sobre la RDP y su relación con el tema hacían ocioso continuar preguntándose si había que hacer extensivo este principio a las situaciones de desastre, en vista de la diferencia que existe entre el principio jurídico en que se funda la intervención en caso de crímenes internacionales y el que crea derechos y obligaciones en materia de asistencia en casos de desastre, y que el informe del SG así lo demostraba⁴⁶. En la misma línea argumental opinó Singh, concluyendo que era evidente que la RDP no era un concepto pertinente para el tema que examina la CDI⁴⁷.

Vargas Carreño consideró que había quedado manifiesto que la RDP sin el consentimiento del Estado afectado no constituye un principio aceptado conforme al derecho internacional actual⁴⁸.

Solamente Escarameia conservó su apoyo a la pertinencia de la RDP en la discusión. Señaló que en la Sexta Comisión varias delegaciones estimaron que el concepto era pertinente para el tema⁴⁹, y aclaró que los Estados no pueden intervenir militarmente en otros Estados, sino que solo el CS está facultado para ello si estima que la situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad. El mismo argumento se aplica en el caso de la RDP, que no implica la necesidad de una intervención militar. Si conviene analizar más a fondo la RDP, ello es porque ciertas situaciones de desastre pueden dar lugar a delitos que constituyen infracciones de la RDP y porque esta esfera se halla en plena evolución⁵⁰.

En su resumen al finalizar el tratamiento del tema, el Relator Especial afirmó que estaba claro que la intervención forzosa es ilícita según el derecho internacional, en defecto de la legítima alegación de la legítima defensa o de la acción del CS, incluso si se invoca la RDP, un principio que, en cualquier caso, la mayoría de los miembros de la CDI ha dejado de lado por no ser pertinente para el tema examinado⁵¹.

⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 46, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 158.

⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 70, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 161.

⁴⁷ *Acta resumida de la 3019ª sesión*, párr. 11, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 164.

⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 3, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 163.

⁴⁹ *Acta resumida de la 3016ª sesión*, párr. 82, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 142.

⁵⁰ *Acta resumida de la 3018ª sesión*, párr. 63, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 160.

⁵¹ *Acta resumida de la 3019ª sesión*, párr. 22, en CDI. *Anuario... 2009*, Vol. I, p. 166.

Como vemos, se advierten las mismas tres corrientes de pensamiento que se expresaron durante el debate del primer informe del Relator Especial. Centrándonos en las opiniones que, además de considerar su falta de pertinencia en el tema, critican a la RDP, vemos en ellas ciertos rasgos comunes: la insistencia en que se trata de un concepto político, y no jurídico; su caracterización como un concepto “frágil” sobre el que aún no hay consenso⁵²; una identificación directa con la intervención humanitaria, sin argumentar el por qué; y los riesgos de abuso por parte de los Estados poderosos.

El resultado del debate se reflejó en el informe de la CDI: “Hubo acuerdo con las conclusiones del Relator Especial relativas a la inaplicabilidad del concepto de “responsabilidad de proteger”, aunque algunos miembros expresaron la opinión de que la decisión que la Comisión adoptara en tal sentido debía entenderse sin perjuicio de la eventual pertinencia del concepto en el futuro”⁵³.

En su tercer informe, el Relator Especial no se refirió a la RDP más que para recordar la posición adoptada por la CDI y por la mayoría de los Estados en la Sexta Comisión⁵⁴. Sin embargo, algunos miembros igualmente mencionaron el concepto.

Wisnumurti señaló que el Relator Especial había sido consecuente con su propia conclusión, compartida por los miembros, de que el concepto de RDP no entraba dentro del marco de los trabajos en curso⁵⁵, mientras que Vasciannie insistió en que la mayoría de los Estados aceptan que la RDP no se extiende a la intervención en casos de desastre, y que aceptarlo implicaría el riesgo de abuso de parte de algunos Estados poderosos⁵⁶.

Fomba recordó que se había concluido que el concepto de RDP no era pertinente para la labor de la CDI. Sin embargo, consideró que debía reconocerse que el tema planteaba cuestiones de fondo: si, en caso de desastre, un Estado no

⁵² Hemos identificado a la pretendida falta de consenso como uno de los principales argumentos de los opositores de la RDP (PEZZANO, Luciano. Ob. cit., pp. 275-278).

⁵³ CDI. *Anuario...* 2009, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2014, párr. 164, p.149.

⁵⁴ *Tercer informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, Documento A/CN.4/629 párr. 3 y 7, en CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2010*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2015, pp. 406-407.

⁵⁵ *Acta resumida de la 3056ª sesión*, párr. 56, en CDI. *Anuario...* 2010, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2016, p. 157.

⁵⁶ *Acta resumida de la 3057ª sesión*, párr. 25, en CDI. *Anuario...* 2010, Vol. I, p. 166.

puede o no quiere proteger y ayudar a las víctimas de manera apropiada, ¿qué podrían o deberían hacer los otros Estados? ¿Tendrían cabida en derecho internacional conceptos como los de rechazo o incapacidad de prestar asistencia a poblaciones en apuros o en peligro, o de obligación individual o colectiva de prestar asistencia a esas poblaciones, y cuáles podrían o deberían ser sus consecuencias jurídicas? En otros términos, se trataría de abordar directamente la inquietante y espinosa cuestión del “derecho” u “obligación” de injerencia humanitaria. Aunque no daba la misma interpretación que la CDI a la RDP, expresó que respetaba la posición consensual adoptada⁵⁷.

La decisión de la CDI de excluir a la RDP de su labor sobre el tema fue respetada de tal modo que al redactar el párrafo 1 del Artículo 9 del Proyecto de artículos sobre el tópico, relativo a los deberes del Estado afectado por el desastre, el Comité de Redacción decidió referirse al “deber” del Estado por temor de que el empleo del término “responsabilidad”⁵⁸ creara confusión, al ser un término técnico que suele tener una connotación diferente y por la necesidad de evitar cualquier relación con el concepto de RDP⁵⁹. En esta línea, la CDI aclaró en su informe que la “responsabilidad primordial del Estado afectado” de proteger a su población en caso de desastre, no era la RDP: “Se recordó que la Comisión había excluido la aplicabilidad del concepto de la «responsabilidad de proteger» del ámbito de aplicación del proyecto de artículos en 2009”⁶⁰.

Si bien el Relator Especial no se refirió a la RDP en su cuarto informe⁶¹, el debate que parecía cerrado en la CDI se reabrió brevemente. Quien tomó la iniciativa fue Pellet, quien se manifestó sorprendido y un poco decepcionado por la ausencia en el informe del concepto nuevo y, en su opinión, fructífero y prometedor, de la RDP, cuando esto podría –debería, sostuvo– constituir la idea rectora de todo el proyecto. Ello permitiría reorientar los comentarios del futuro

⁵⁷ *Acta resumida de la 3056ª sesión*, párr. 72, en CDI. *Anuario... 2010*, Vol. I, p. 159.

⁵⁸ La propuesta original del Relator Especial en su tercer informe se refería a la “*la responsabilidad primordial respecto de la protección de las personas y la prestación de asistencia humanitaria en su territorio*”.

⁵⁹ *Acta resumida de la 3067ª sesión*, párr. 61, en CDI. *Anuario... 2010*, Vol. I, p. 269.

⁶⁰ CDI. *Anuario... 2010*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2015, párr. 318, p.196.

⁶¹ *Cuarto informe sobre la protección de las personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, Documento A/CN.4/643, en CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2016.

proyecto, reafirmar los razonamientos y evitar actitudes de prudencia que no tienen razón de ser. Sostuvo que el Relator Especial parecía admitir que un Estado cuya población es víctima de un desastre podría negarse a movilizar sus recursos para ayudar a esa población. A juicio de Pellet no lo puede hacer en absoluto, puesto que este es el punto fundamental de la RDP: un Estado debe proteger a su población y no es admisible, ni siquiera implícitamente, que pueda no hacerlo⁶².

Sir Michael Wood señaló que Pellet se estaba refiriendo a la responsabilidad del Estado territorial de proteger a su propia población y no al nuevo concepto de RDP que la CDI ya había rechazado⁶³, a lo que Pellet respondió que, por lo que a él respectaba, la CDI no había rechazado nunca el concepto de RDP: se trata en primer lugar de la responsabilidad del Estado territorial de proteger a su población, pero también es un deber que incumbe a la comunidad internacional de ayudar al Estado a proteger a esta población y eventualmente obligarlo a ello. Agregó que no estaba en absoluto de acuerdo con Sir Michael cuando dijo que el concepto debía rechazarse y que el concepto es fecundo y perfectamente equilibrado y le parecía que el Relator Especial lo tuvo presente cuando redactó su informe, aunque no se hubiera referido directamente a él⁶⁴.

Wisnumurti, en línea con Wood, sostuvo que la CDI había analizado detenidamente el concepto de RDP y había decidido no considerarlo en el marco de la labor en curso, recordando que la RDP tiene unos parámetros bien específicos y se refiere al genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra⁶⁵. Haciéndose eco de esta opinión, Hmoud agregó que la RDP solo puede invocarse cuando se ha producido una violación del derecho internacional humanitario⁶⁶.

Vasciannie compartió con Pellet que el Relator Especial defendía el concepto de RDP sin decirlo explícitamente, y que se requería conciliar la RDP con la soberanía interna⁶⁷. Insistiendo en que el derecho debía proteger a los débiles, agregó que, si los Estados desean que el derecho evolucione, son ellos quienes

⁶² *Acta resumida de la 3102ª sesión*, párr. 38-40, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2017, pp. 194-195.

⁶³ *Ibíd.*, párr. 43, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 195.

⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 44, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 195.

⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 45, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 195.

⁶⁶ *Acta resumida de la 3103ª sesión*, párr. 36, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 202.

⁶⁷ *Acta resumida de la 3102ª sesión*, párr. 46, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 195.

deben promover esa evolución, ya sea mediante el concepto de la RDP o por otros medios. La AG y el SG han opinado que la RDP no justifica el derecho a intervenir en el contexto de la prestación de socorro en casos de desastre⁶⁸.

Nolte opinó que lo que hizo el Relator Especial fue muy pertinente; evita en efecto nombrar el concepto de RDP, objeto de debate político, pero retoma sus principales elementos, que provienen de otras fuentes -obligación de proteger en la esfera de los derechos humanos o principios de cooperación y solidaridad aplicables a otros ámbitos- para aplicarlos a la esfera de la protección de las personas en casos de desastre⁶⁹.

El presidente Petric rogó a la CDI que no reabriera el debate sobre el enfoque adoptado por el Relator Especial, porque ello podría prolongar innecesariamente sus trabajos y recordó que ya se había adoptado la decisión de centrar el examen en los desastres sin basarse en la RDP⁷⁰, posición también compartida por Murase, quien insistió en que los conceptos de intervención humanitaria o de RDP no eran pertinentes en el tema⁷¹.

Fomba insistió en que la RDP merecía ser tomada en consideración, aunque tal planteamiento implicara un desarrollo progresivo algo más audaz. Los principios en que se basaba el tema eran sin duda los de RDP y había que buscar tanto de *lege lata* como de *lege ferenda* respuestas apropiadas a las cuestiones de quién debe proteger a las víctimas en caso de desastre, sobre qué bases jurídicas y con arreglo a qué condiciones. La RDP comprende dos obligaciones: por una parte, la obligación del Estado afectado de proteger y asistir a la población damnificada y, por otra, la obligación de la comunidad internacional de asistir al Estado afectado debilitado o, de ser necesario, de compelerlo a aceptar la asistencia. A este respecto, opinó, la puerta está abierta de par en par al desarrollo progresivo del derecho internacional y de lo que se trata es de distinguir lo deseable de lo factible⁷².

Retomando la palabra, Wood consideró que la CDI había tomado nota del informe del SG, y había establecido que la RDP en el sentido del DF no tenía cabida en sus trabajos⁷³.

⁶⁸ *Acta resumida de la 3103ª sesión*, párr. 29 y 39, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, pp. 201 y 202.

⁶⁹ *Acta resumida de la 3102ª sesión*, párr. 47, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 196.

⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 48, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 196.

⁷¹ *Ibíd.*, párr. 52, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 196.

⁷² *Acta resumida de la 3103ª sesión*, párr. 46, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 203.

⁷³ *Acta resumida de la 3104ª sesión*, párr. 6, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 209.

McRae expresó que, si la CDI trataba de adoptar una posición sobre la RDP, entraría en un debate que no le incumbía y que suscitaría reacciones motivadas por las diversas interpretaciones de este concepto en lugar de la preocupación por proteger a las personas. En cambio, si mencionaba deberes en ese ámbito, haría de manera indirecta una contribución mucho más útil al desarrollo de la noción de la RDP que si la trataba directamente⁷⁴.

Al Marri consideró necesario encontrar soluciones para los casos en los que el Estado se niegue a asumir su responsabilidad de ayudar a las víctimas, pero que no se podían tratar nociones como la injerencia humanitaria o la RDP, puesto que se aplican en el contexto de la prevención de crímenes de lesa humanidad o genocidios⁷⁵.

Escobar Hernández opinó que el Relator Especial había actuado juiciosamente al no incluir en su informe la RDP como fundamento de la asistencia. Si bien el debate de los aspectos teóricos había sido instructivo, sostuvo que la cuestión se estaba tiñendo de una fuerte politización⁷⁶.

Por su parte, Wisnumurti se abstuvo de referirse a la RDP, porque la entendía fuera del alcance del tema objeto de examen⁷⁷.

Vázquez Bermúdez, basándose en el DF, opinó que la RDP no es aplicable en el contexto de los desastres y no correspondía a la CDI hacerlo extensivo a tales casos⁷⁸.

Hassouna aprobó la idea de no tratar explícitamente del concepto de intervención humanitaria y de la RDP, mientras se recurre implícitamente a elementos de ese concepto. Este concepto, propuesto por el ex Ministro de Relaciones Exteriores francés, Bernard Kouchner⁷⁹, sigue siendo objeto de controversia. En la CDI había un amplio consenso de no adoptarlo, pero podía ser conveniente referirse a él y a sus implicaciones en el comentario del proyecto de artículos⁸⁰.

⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 28, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 210.

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 52, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 214.

⁷⁶ *Acta resumida de la 3105ª sesión*, párr. 3, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 219.

⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 14, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 221.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 42, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 223.

⁷⁹ Como señalamos más arriba, Kouchner propuso tomar el caso de Myanmar a la luz de la RDP. Su posición, no obstante, no era novedosa, considerando que desde los años '80 planteaba la resignificación de la intervención humanitaria desde un "derecho a intervenir" a un "deber de injerencia". V. KOUCHNER, Bernard y BETTATI, Mario. *Le devoir d'ingérence*, Denoël, Paris, 1987.

⁸⁰ *Acta resumida de la 3105ª sesión*, párr. 32, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 223.

Dugard cuestionó enérgicamente la afirmación de que la CDI ha adoptado una postura firme contra la RDP: simplemente se decidió que no era apropiado invocarlo en el contexto de los desastres, puesto que dicho principio se ha desarrollado específicamente en relación con el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad⁸¹.

Al resumir el debate, el Relator Especial, recordó su opinión personal de que la idoneidad de la ampliación del concepto de la RDP y su pertinencia para el tema en cuestión requerían un examen detenido. Aunque se reconociera la RDP en el contexto de la protección y la asistencia de las personas en casos de desastre, sus consecuencias no estarían claras. Volvió a mencionar la posición del SG en su informe, y expresó que tanto él como la CDI la habían hecho suya⁸². No obstante lo extenso del debate, la única mención a la RDP en el informe de la CDI fue con referencia a esta posición del Relator Especial⁸³.

En su quinto informe, el Relator Especial comentó:

“Los Estados hicieron suya la opinión de la Comisión, basada en la posición del Secretario General de las Naciones Unidas de que el concepto de «responsabilidad de proteger» quedaba fuera del alcance del tema y se aplicaba solo a cuatro delitos concretos: genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad (...). Para el Secretario General, ampliar el concepto de «responsabilidad de proteger» para incluir la respuesta a los desastres naturales sería extenderlo hasta un punto en que ya no sería reconocible ni tendría utilidad práctica alguna. No obstante, una delegación [Polonia] señaló que, dado que la «responsabilidad de proteger» era uno de los conceptos más innovadores y con un desarrollo más dinámico en la esfera de las relaciones internacionales, se debía examinar más detenidamente la pertinencia de ampliarlo a los desastres naturales”⁸⁴.

⁸¹ *Ibid.*, párr. 55, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 225.

⁸² *Acta resumida de la 3107ª sesión*, párr. 12, en CDI. *Anuario... 2011*, Vol. I, p. 239.

⁸³ CDI. *Anuario... 2011*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2016, párr. 286, p. 168.

⁸⁴ *Quinto informe sobre la protección de personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, Documento A/CN.4/652, párr. 16, en CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2012*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2018, p. 15.

Al introducir el informe en la CDI, el Relator Especial comentó un ensayo escrito por Vasciannie en el que este planteaba dos cuestiones que, a su manera de ver, la CDI no había podido resolver, una de las cuales era si los Estados pueden utilizar la fuerza a fin de asegurarse de que un país afectado por un desastre sea obligado a aceptar la asistencia externa. Opinó que semejante debate no había tenido lugar en los términos que Vasciannie lo planteó, y que la cuestión fue resuelta definitivamente por la CDI, que desde el comienzo respaldó la posición que el Relator Especial ha sostenido expresa e inequívocamente en sus informes, de la no aplicabilidad de la RDP en el contexto de la respuesta a los desastres⁸⁵.

Kittichaisaree se refirió a los debates en la Sexta Comisión sobre la pertinencia o no de la RDP respecto al tema. Algunas delegaciones apoyaron la opinión de la CDI, basada en la posición del SG, de que el concepto de la RDP queda fuera del alcance del tema y se aplica únicamente a cuatro crímenes específicos. No obstante, la delegación de Polonia dijo que ha llegado el momento de considerar la posibilidad de ampliar el concepto e incluir en él las catástrofes naturales⁸⁶. Varios Estados señalaron que el empleo del término “deber” en el proyecto era conveniente para evitar cualquier confusión con el concepto de “responsabilidad”. Al parecer, sostuvo, a los Estados Miembros les preocupaba que la CDI confundiera ambos regímenes. En la mayoría de los casos un Estado afectado tiene un interés genuino en proteger a las personas que se encuentran en su territorio, pero hay casos extremos en que las autoridades pueden tener la intención maliciosa de no buscar asistencia para desafiar a la oposición, como ocurrió en Darfur, en donde los crímenes de lesa humanidad conllevan verdaderamente la RDP⁸⁷.

Para Sturma, la CDI distinguió acertadamente el tema que se examina de la RDP, aun cuando el rechazo de mala fe de la asistencia, pueda, como consecuencia de los sufrimientos que causa a numerosas víctimas, desembocar en una situación comparable a las que justifican el establecimiento de la RDP⁸⁸.

⁸⁵ *Acta resumida de la 3138ª sesión*, párr. 23, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2019, p. 59.

⁸⁶ ASAMBLEA GENERAL. Sexta Comisión. Sexagésimo sexto período de sesiones, Documento A/C.6/66/SR.21, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, párr. 85.

⁸⁷ *Acta resumida de la 3138ª sesión*, párr. 72-73, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, pp. 65-66.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 56, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, p. 75.

Luego de una pausa de cuatro años, recién en 2016, durante la segunda lectura del proyecto de artículos, volveremos a encontrar menciones de la RDP en los trabajos de la CDI sobre el tópico. En su octavo informe, el Relator Especial reseñó las posiciones de los Estados al respecto: “La decisión de la Comisión de excluir el concepto de “responsabilidad de proteger” del ámbito de aplicación del proyecto de artículos recibió el respaldo de China, Colombia, Cuba, la República Checa, Ghana, Irlanda, la República Islámica de Irán, Israel, el Japón, Myanmar, la Federación de Rusia, España, Sri Lanka, Tailandia y Venezuela. Por el contrario, Polonia opinó que el concepto debía aplicarse a las situaciones de desastre. Hungría, Finlandia (en nombre de los Estados nórdicos) y Portugal propusieron que el concepto se tuviera en cuenta. Austria, tras reconocer que la Comisión había excluido el concepto, observó que era concebible que el derecho internacional evolucionara”⁸⁹.

En la CDI, Forteau, que no había participado en los anteriores debates, expresó su apoyo por incluir explícitamente el concepto de RDP en el proyecto, pero notó que, en general, los Estados no compartían esa opinión, aunque consideró que el concepto aparecía de forma implícita⁹⁰. Esta última referencia llevó a Kittichaisaree a pedirle que clarificara a qué se refería con esta referencia implícita, pues fue la inclusión del concepto de la RDP fue una cuestión controversial en la Sexta Comisión. Como surgió del DF y del informe del SG de 2009, la RDP se apoyaba en tres pilares y se limitaba a la protección de las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y la depuración étnica. Temía, expresó, que la Sexta Comisión pudiera creer que el concepto caía dentro del alcance del proyecto, pese a que el Relator Especial había afirmado lo contrario⁹¹. En su respuesta, Forteau explicó que no estaba proponiendo que el concepto de RDP se incluyera explícitamente en el proyecto, pero que nada impedía a la CDI de extender el principio subyacente a tal concepto al área de los desastres, y que le parecía que el principio nuclear de la RDP podía encontrarse en el proyecto, como varios miembros de la CDI lo habían

⁸⁹ CDI. *Octavo informe sobre la protección de personas en casos de desastre, del Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial*, Documento A/CN.4/697, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, párr. 10.

⁹⁰ CDI. *Acta resumida de la 3292ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3292, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, p. 3.

⁹¹ *Ibíd.*, pp. 3-4.

observado desde el inicio de los debates⁹². La réplica de Kittichaisaree se limitó a recordar que las reacciones de los Estados en la Sexta Comisión eran inequívocas: la RDP no es aplicable a las situaciones cubiertas por el proyecto⁹³.

Nolte señaló que el derecho internacional había reconocido desde hace mucho que el principal propósito y responsabilidad del Estado era proteger a su pueblo. Aunque esa obligación había sido a veces ensombrecida por un erróneo debate acerca de la RDP⁹⁴, la CDI no necesitó involucrarse en ese debate en el contexto del tema. La idea de que los Estados tienen una obligación general de proteger, en virtud de su soberanía, ya había sido articulada hacía casi un siglo, en el caso de la Isla de Palmas⁹⁵, y con posterioridad al reconocimiento universal de los derechos humanos, la obligación general de proteger⁹⁶ no estuvo más limitada a las relaciones interestatales. Sin embargo, agregó, no está centrada en la prevención de crímenes internacionales, ni implica un posible derecho de los Estados a intervenir en los asuntos internos de otros⁹⁷.

Hmoud sostuvo que la decisión de la CDI de no incluir el concepto de la RDP en el proyecto de artículos demostró ser el enfoque correcto. Esto no implicaba negar que las metas de la RDP, que no era aún una doctrina de derecho internacional, apuntalaban algunas de las disposiciones del proyecto sin dar lugar a derechos u obligaciones. Ese enfoque era apropiado en cuanto la RDP había emergido en un contexto diferente y estaba apuntada a detener los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto⁹⁸.

⁹² *Ibíd.*, p. 7.

⁹³ CDI. *Acta resumida de la 3294ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3294, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, p. 3.

⁹⁴ La posición de Nolte no es novedosa; ya la había adelantado en las etapas iniciales de la RDP en las Naciones Unidas al criticar la noción de “soberanía como responsabilidad” (NOLTE, Georg. “Sovereignty as Responsibility?”, *American Society of International Law - Proceedings of the Annual Meeting*, Vol. 99 (2005), pp. 389-392).

⁹⁵ “...(T)erritorial sovereignty [...] has as a corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States” (*Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, 4 de abril de 1928, *RIAA*, Vol. II, pp. 829-871).

⁹⁶ Es evidente que la “obligación general de proteger” a la que se refiere Nolte no es la RDP, pero sí es uno de sus fundamentos en el derecho internacional y, a diferencia de lo que sostiene el jurista alemán, creemos que sí implica la prevención de crímenes internacionales.

⁹⁷ CDI. *Acta resumida de la 3293ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3293, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, pp. 9-10.

⁹⁸ CDI. *Acta resumida de la 3294ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3294, Naciones Unidas,

Kolodkin expresó que en el centro del proyecto yacía el deber del Estado afectado de asegurar la protección de las personas en su territorio. Al desempeñar ese deber, el Estado debía estar en posición de pedir asistencia cuando no tuviera la capacidad de lidiar con un desastre. La disposición relevante del proyecto, así como otras relacionadas, claramente evocaban la noción de RDP. No obstante, aclaró, esa obligación iba de la mano con la garantía de que, de conformidad con el principio de soberanía, la asistencia podría ser prestada solo con el consentimiento del Estado⁹⁹.

Hassouna acogió el hecho de que el proyecto no incluyera el concepto de RDP, en línea con la posición del SG apoyada por la CDI¹⁰⁰. Del mismo modo, Jacobsson sostuvo que no había razón para revisar la cuestión sensible y polémica de la RDP, sobre la que la CDI había llegado a un consenso después de largas discusiones¹⁰¹.

Sturma consideró que la definición de “desastre” era clave para entender la distinción entre la protección de personas en caso de desastre y el concepto de la RDP: aunque ambos conjuntos de normas estaban claramente basados en la obligación básica de los Estados de proteger las personas en su territorio o bajo su jurisdicción, difieren en los términos de la naturaleza de los riesgos asociados a ellos y, de la naturaleza y los medios de las respuestas previstas para cada caso¹⁰².

Huang recordó que la CDI había decidido no referirse al concepto de la RDP, y sería inapropiado reabrir el debate en el asunto: era claro que el concepto de RDP había sido concebido como parte del trabajo relativo a actividades criminales graves y no tenía relación con el tema¹⁰³. Lo mismo recordó Vázquez-Bermúdez, citando el DF, e insistiendo en que cualquier desarrollo ulterior en ese campo debía reflejarse en la práctica y la *opinio iuris*¹⁰⁴.

Kamto también consideró que la CDI no debía retroceder en su sabia decisión de excluir el concepto de RDP, como fue formulada en el DF, del alcance del proyecto. El tema no estaba relacionado con situaciones de conflicto interno

Ginebra, 2016, p. 5.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 8-9.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁰² *Ibid.*, p. 18.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁴ CDI. *Acta resumida de la 3295ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3295, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, p. 5.

donde existiera riesgo de genocidio, crímenes de lesa humanidad, depuración étnica o crímenes de guerra; estaba relacionado esencialmente con desastres naturales impredecibles y abrumadores. En el contexto del tema, concluyó, la responsabilidad significaba básicamente la responsabilidad de proveer asistencia¹⁰⁵.

También Singh expresó su apoyo a la decisión de la CDI de no incluir el concepto de RDP en el proyecto¹⁰⁶.

Candioti -en su única intervención en el tema que menciona la RDP- se refirió al proyecto de artículo relativo a la competencia, función y obligaciones de los Estados afectados, en el que la palabra “rol” podría reemplazarse con una expresión más técnica, pero debería evitarse cualquier mención a la palabra “responsabilidad”, para prevenir una confusión con la RDP¹⁰⁷.

Finalmente, la única referencia -aunque implícita- a la RDP en el proyecto de artículos quedó en el comentario al Artículo 10, relativo al papel del Estado afectado¹⁰⁸, cuyo párrafo 5 había sido redactado de la siguiente manera: “En el párrafo 1 se destaca que el Estado afectado, que se beneficia del principio de no intervención, es el actor al que corresponde el deber de proteger a las personas que se encuentren en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control. La Comisión determinó que el término “deber” era más adecuado que el de “responsabilidad”. Entendió que la utilización del término “responsabilidad” podía dar lugar a confusión, habida cuenta de su empleo como término técnico en otros ámbitos de la labor de la Comisión y ajenos a esta”¹⁰⁹.

La redacción suscitó una breve discusión en el seno de la CDI, donde hubo menciones a la RDP¹¹⁰, sugiriéndose unas enmiendas que llevaron a la redacción definitiva: “En el párrafo 1 se destaca que el Estado afectado es el actor al que corresponde el deber de proteger a las personas que se encuentren en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control. La Comisión consideró

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 11.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 13.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 14.

¹⁰⁸ Que disponía: “*El Estado afectado tiene el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de asistencia para el socorro en su territorio o en un territorio bajo su jurisdicción o control*”.

¹⁰⁹ CDI. *Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones*, Documento A/CN.4/L.882/Add.1, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, p. 41.

¹¹⁰ CDI. Acta resumida de la 3334ª sesión, Documento A/CN.4/SR.3334, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, pp. 3-4.

que el término “deber” era más adecuado que el de “responsabilidad”, ya que este podía malinterpretarse habida cuenta de su empleo en otros contextos.”¹¹¹. Es evidente que la referencia a “su empleo en otros contextos” es un eufemismo por la RDP, la cual no fue mencionada por su nombre ni siquiera para excluirla del tema. El resultado de la labor de la CDI, si bien es correcto desde la perspectiva de la RDP, en cuanto los desastres no están incluidos dentro de su alcance material¹¹², reveló una postura en extremo cauta -por no decir *hostil*- del órgano respecto al concepto, que afectó -gravemente, en nuestra opinión- el tratamiento de tópicos donde sí era pertinente, como veremos más adelante.

En ese sentido, al analizar lo que identificamos como las tres corrientes de pensamiento en la CDI, de inmediato nos focalizamos en aquellos que no solamente consideraron que la RDP no era pertinente al tema, sino que además aprovecharon para criticar al concepto, en varias ocasiones, recurriendo a tergiversaciones o interpretaciones forzadas acerca del contenido y alcance de la RDP. Es por eso que nos preguntamos: ¿por qué realizar comparaciones tendenciosas con la intervención humanitaria o definiciones erróneas de la RDP pudiendo limitarse a afirmar que los desastres estaban fuera de su alcance material, como surge claramente del DF?

No puede presumirse, evidentemente, que los miembros de la CDI ignoren el derecho internacional ni los desarrollos respecto de la RDP y que simplemente se hayan equivocado en sus apreciaciones. Las tergiversaciones fueron tan deliberadas como innecesarias, no solo porque -insistimos- el tópico no lo hacía pertinente, como claramente lo demostró el Relator Especial, sino porque -si se quería criticar el concepto- resultaba más sencillo y correcto negar que la RDP tuviera valor jurídico, como sí hicieron otros miembros.

¹¹¹ CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones*, Documento A/71/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2016, p. 56.

¹¹² Parte de la doctrina, en línea con lo que sostuvieron algunos miembros de la CDI, considera que la RDP sigue ofreciendo un marco implícito para entender el proyecto (ALLAN, Craig y O'DONNELLY, Thérèse. “A Call to Arms?: Natural Disasters, R2P, Duties of Cooperation and Uncharted Consequences”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 17, N°3 (2012), pp. 337-371). Por nuestra parte, pensamos que ciertas obligaciones estatales de proteger los derechos humanos de su población subyacen a ambos conceptos (en la misma línea v. DAVIES, Sara E. “A Responsibility to Protect Persons in the Event of Natural Disasters”, en DAVIES, Sara E. y GLANVILLE, Luke (Eds.): *Protecting the Displaced. Deepening the Responsibility to Protect*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, pp. 163-184).

En estas condiciones, no vemos otra alternativa que pensar que la finalidad de algunos miembros de la CDI era minar el desarrollo normativo de la RDP, no solo en este tema puntual, sino en toda su extensión. Como veremos a continuación, ese esfuerzo, aunque desplegado por una minoría, resultó exitoso.

III. La RDP en el tópic “Crímenes de lesa humanidad”: la oportunidad perdida

Está fuera de toda discusión que los crímenes de lesa humanidad integran el ámbito de alcance material de la RDP. El propio DF lo menciona *cuatro veces* y ningún autor o Estado niegan que exista la responsabilidad estatal de proteger a su población de crímenes de lesa humanidad¹¹³.

Sin embargo, la RDP estuvo prácticamente ausente en las discusiones del tema en la CDI, no solo del proyecto y sus comentarios, sino de los debates mismos, lo que, *a priori*, resulta inexplicable.

La CDI decidió incluir el tema “Crímenes de lesa humanidad” en su programa de trabajo en 2014 y nombró Relator Especial Sean D. Murphy. En ninguno de sus cuatro informes, el Relator Especial menciona expresamente la RDP¹¹⁴, y las menciones en los debates fueron muy esporádicas.

En el debate de 2015, Kolodkin consideró que la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad debía ser detallada más específicamente y que la disposición debía estipular que las medidas preventivas debían ser tomadas de conformidad al derecho internacional. Tal lenguaje específico, opinó, no era su-

¹¹³ De hecho, una iniciativa doctrinaria sobre una propuesta de Convención sobre la Prevención y Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad en 2010 incluyó un estudio sobre la RDP, cuyas vinculaciones quedaron plasmadas en el Proyecto. Al respecto, v. SADAT, Leyla Nadya. *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, y en especial, el capítulo de David Scheffer, “Crimes Against Humanity and the Responsibility to Protect” (pp. 305-322).

¹¹⁴ Si bien los informes mencionan -sin analizar- el Artículo VIII de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio -de relevancia en el contexto de la RDP-, y se refiere a la competencia de los órganos de las Naciones Unidas para considerar cuestiones relativas a los crímenes de lesa humanidad en su tercer informe, jamás llamó a la RDP por su nombre ni vinculó dichas cuestiones con el concepto. Sobre las competencias del CS y la RDP en este contexto, v. DUBLER, Robert y KALYK, Matthew. *Crimes against Humanity in the 21st Century. Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, Brill, Leiden, 2018, pp. 573-637.

perfluo a la luz de las discusiones sobre el uso de la fuerza, la intervención humanitaria y la RDP¹¹⁵.

Por su parte, Petric, desde una visión más favorable, consideró que, aunque la RDP no es un concepto jurídico o una obligación, da a los Estados la autoridad para intervenir, sujeta a la aprobación del CS, para proteger a la población civil de otro país. Este concepto se había vuelto una realidad, con la intervención militar en Libia, lo cual planteaba la cuestión de si la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad significaba la prevención exclusivamente interna o también en otros Estados¹¹⁶.

En el debate de 2016, Hassouna consideró que sería útil tratar la relación entre una convención sobre crímenes de lesa humanidad y el concepto de RDP¹¹⁷. En similar sentido, Petric volvió a insistir en la cuestión al señalar que el consenso general, basado en la necesidad de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad también en el derecho internacional estableciendo la obligación de los Estados de penalizarlos en sus leyes nacionales y establecer jurisdicción sobre ellos, parecía estar cristalizándose. En ese contexto, agregó, el párrafo 138 del DF, en el que la AG declaró que “cada Estado tiene la responsabilidad de proteger a su población de [...] los crímenes de lesa humanidad”, era digno de mencionarse, y también afirmó que existía una creciente práctica y opinio iuris en apoyo de la prevención y sanción de tales crímenes a nivel nacional e internacional, incluso en el contexto de la cooperación interestatal¹¹⁸.

En 2017, la CDI aprobó en primera lectura su Proyecto de artículos, cuyo Artículo 4 era relativo al deber de prevención¹¹⁹. La única mención a la RDP aparece en el comentario a este artículo, y es indirecta: “En cuanto a las medidas específicas que deberá adoptar un Estado, en 2015 el Consejo de Derechos Humanos aprobó una resolución sobre la prevención del genocidio que aporta in-

¹¹⁵ CDI. *Acta resumida de la 3257ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3257, Naciones Unidas, Ginebra, 2015, p. 6.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹¹⁷ CDI. *Acta resumida de la 3298ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3298, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, p. 5.

¹¹⁸ CDI. *Acta resumida de la 3300ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3300, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, p. 11.

¹¹⁹ “1. *Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional, entre otras cosas: a) adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción; y b) cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones.*”

formación sobre el tipo de medidas que se espera que se adopte para dar cumplimiento al artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Entre otras cosas, en la resolución: a) se reiteró “la responsabilidad de cada Estado a título individual de proteger a su población contra el genocidio, lo que conlleva la prevención de este crimen, incluida la incitación a cometerlo, por los medios que sean apropiados y necesarios...”¹²⁰. Es decir, solamente recuerda que el Consejo de Derechos Humanos se refirió a la RDP en una resolución sobre genocidio y no la menciona en el contexto específico de los crímenes de lesa humanidad, respecto de los cuales podría haber mencionado el DF¹²¹.

Durante la segunda lectura del proyecto, en 2019, un solo miembro se refirió a la RDP. Se trató de Jalloh, quien señaló que debería quedar claro en el comentario al proyecto que la obligación de prevenir no solamente era un asunto interno, sino que podía aplicarse externamente, con relación a otros Estados, y quizás, pensó, debía incluirse alguna consideración acerca de las implicancias del DF y la doctrina emergente de la RDP para el deber proactivo de prevenir crímenes de lesa humanidad, como sugirió Sierra Leona¹²² en sus sugerencias¹²³. En esa línea, circuló una propuesta de modificación del comentario al proyecto de Artículo 4, apuntada a reflejar esas sugerencias, relativas en particular a la RDP, dado que entendía que la obligación de tomar medidas para prevenir crímenes de lesa humanidad podía en el futuro entrañar medidas adicionales de parte de los Estados que fueran más allá de las discutidas en el comentario, advirtiendo que tales medidas debían tomarse en plena conformidad con el derecho internacional, incluyendo la Carta de las Naciones Unidas. En vista de las limitaciones de tiempo de la labor de la CDI, decidió retirar su propuesta, en el entendimiento de que el alcance de la obligación de prevenir, como fue adoptada por la CDI en segunda lectura, era sin perjuicio de las reglas existentes o futuras sobre la RDP¹²⁴.

¹²⁰ CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 69º período de sesiones*, Documento A/72/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2017, p. 55, párr. 15.

¹²¹ Sobre el Artículo 4 del Proyecto y la RDP, v. SCHABAS, William A. “Prevention of Crimes Against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, N°4 (2018), pp. 705-728.

¹²² Estado del que Charles Jalloh es nacional.

¹²³ CDI. *Acta resumida de la 3458ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3458, Naciones Unidas, Ginebra, 2019, p. 11.

¹²⁴ CDI. *Acta resumida de la 3499ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3499, Naciones Uni-

En el Proyecto aprobado en segunda lectura, la única mención¹²⁵ a la RDP fue la referencia indirecta que ya se encontraba en el comentario al Artículo 4¹²⁶, sin modificación alguna¹²⁷.

De inmediato nos preguntamos qué pudo llevar a la CDI a ignorar prácticamente por completo a la RDP en el contexto de uno de los temas que integran su alcance material –como dijimos, sin discusión al respecto–, no solo en el resultado final, sino en sus discusiones, sobre todo considerando que, en el caso del tema de desastres, la discusión había sido amplia y se extendió por varios años.

Nos permitiremos esbozar una serie de factores que pudieron influir en este resultado, el que no dudamos en considerar como lamentable y un duro golpe al desarrollo normativo de la RDP. Estos factores son tanto internos como externos a la CDI.

El primero de ellos, de carácter interno, es la falta de mención al concepto por parte del Relator Especial. Es conocido que los relatores especiales son un verdadero motor de la labor de la CDI respecto de los temas que debe tratar y los ejemplos abundan en las siete décadas de historia del órgano, tal vez con el caso más paradigmático de Roberto Ago como segundo Relator Especial en el tema de responsabilidad internacional de los Estados. Esto significa que si el Relator Especial no propuso un enfoque que tuviera en cuenta la RDP, difícilmente se habría podido avanzar en la consideración del concepto en el contexto del tema; como vimos, incluso Valencia Ospina, no obstante su acercamiento cauto a la RDP, la había mencionado en su informe preliminar como una cuestión que debía ser examinada cuidadosamente, lo cual se hizo, y se llegó a la correcta conclusión de que no era pertinente en la protección de personas en caso de desastre. Sin embargo, Sean Murphy optó por no hacer ninguna referencia a la

das, Ginebra, 2019, p. 3.

¹²⁵ Esto no significa que no puedan rastrearse ciertos fundamentos implícitos en común con la RDP en el proyecto, como lo haremos en un trabajo futuro, pero aquí nos centramos en el reconocimiento expreso del concepto.

¹²⁶ *“Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional: a) adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas apropiadas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción; y b) cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones”.*

¹²⁷ CDI. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71º período de sesiones*, Documento A/74/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2019, p. 62, párr. 9.

RDP –sin importar que esta vez sí fuera pertinente al tema¹²⁸–, muy probablemente debido a su propia posición escéptica respecto a la RDP, que parte de cierta identificación –errada a nuestro entender– con la intervención humanitaria, noción de la que es muy crítico¹²⁹. No obstante, esto no termina de explicar por qué omitió mencionarla, aclarando, en todo caso, por qué no la utilizaría.

Esto nos lleva a tener en cuenta un primer factor externo, que son las opiniones de los Estados, tanto en sus observaciones enviadas a la CDI como en los debates en la Sexta Comisión, en las que la RDP estuvo virtualmente ausente. Aquí es muy significativo que prácticamente ningún Estado favorable a la RDP la introdujera. Uno de los que sí la mencionó fueron los Estados Unidos que, si bien no se opone en la actualidad al concepto, ciertamente no se encuentra entre los principales promotores de la RDP. En sus observaciones escritas, sostuvo que “*los Estados disponen de procedimientos, en particular en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, cuando consideran que los riesgos de los crímenes de lesa humanidad son tales que requieren una acción colectiva*”¹³⁰, acompañado de una nota donde se citan los párrafos pertinentes del DF, y proponiendo que se incluya en el comentario al proyecto.

Solamente Sierra Leona se dedicó con profundidad a la cuestión: “necesariamente hay que entender que la prevención de los crímenes de lesa humanidad es un concepto mucho más rico que va mucho más allá del procesamiento penal, teniendo en cuenta doctrinas en evolución tales como la responsabilidad de proteger”¹³¹. Al referirse a la obligación de prevención en el art. 4 del Proyecto, sostuvo:

¹²⁸ Se hicieron llegar al Relator Especial algunas sugerencias en favor de la RDP, así como otros aspectos del proyecto, que mencionó en su cuarto informe, pero en ningún caso en referencia a la RDP (MORELLO, Romina y PEZZANO, Luciano. *Recommendations for the draft articles for a Convention on Crimes Against Humanity*, noviembre 2018. Inédito).

¹²⁹ MURPHY, Sean D. “Criminalizing Humanitarian Intervention”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 41 (2009), pp. 341-377.

¹³⁰ CDI. *Crímenes de lesa humanidad. Comentarios y observaciones adicionales recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados. Adición*, Documento A/CN.4/726/Add.2, Naciones Unidas, Nueva York, 2019, p. 11.

¹³¹ CDI. *Crímenes de lesa humanidad. Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados*. Documento A/CN.4/726, Naciones Unidas, Nueva York, 2019, p. 31.

“no queda claro en qué medida se tuvieron en cuenta, de haberlo hecho, en el examen de este artículo del proyecto los aspectos de prevención de los crímenes de lesa humanidad y la relación entre el proyecto de artículos y la doctrina de la responsabilidad de proteger, que han hecho suyos Estados, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Creemos que, por más que se trate de una materia en que la práctica estatal se encuentre aún en evolución y bien puede estar en sus primeras etapas, una explicación de la Comisión acerca de la actual situación jurídica en cuanto a la intersección entre el deber de prevenir crímenes de lesa humanidad específicamente y la labor más amplia de las Naciones Unidas y de órganos regionales para prevenir la comisión de esos crímenes podría resultar útil para los Estados y para la comunidad jurídica internacional en su conjunto”¹³².

También hizo referencia al DF, al que reconoció como “el marco autorizado para que las Naciones Unidas pongan en práctica la doctrina de la responsabilidad de proteger”, y mencionó las resoluciones de la AG y del CS que invocaron la RDP¹³³. Finalmente, criticó la redacción del Artículo 15 del proyecto sobre arreglo de controversias¹³⁴, al considerar que “tiene menor alcance que la de la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, en que se codifica otro verdadero crimen internacional. No solo no se hace referencia a la cuestión de la responsabilidad del Estado por crímenes de lesa humanidad, sino que se hace caso omiso del principio de la responsabilidad de proteger y de otros que están surgiendo”¹³⁵.

En la Sexta Comisión, solamente dos delegaciones se refirieron expresamente a la RDP en este contexto. En el 73º período de sesiones, el observador de la Santa Sede invocó los términos del DF y sostuvo que cuando la interven-

¹³² *Ibid.*, p. 64.

¹³³ *Ibid.*, p. 64-65.

¹³⁴ Se efectúa la misma crítica en MORELLO, Romina y PEZZANO, Luciano. Ob. cit. V., en la misma línea, ZIMMERMANN, Andreas y BOOS, Felix. “Bringing States to Justice for Crimes against Humanity. The Compromissory Clause in the International Law Commission Draft Convention on Crimes against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16 (2018), pp. 835-855.

¹³⁵ CDI. *Crímenes de lesa humanidad. Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos...*, p. 128.

ción diplomática no puede impedir la comisión de los crímenes de lesa humanidad, los autores deben rendir cuentas de sus actos y alentó a la CDI a que prosiguiera sus esfuerzos por elaborar una nueva convención mundial sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, que ayudaría a la comunidad internacional a cumplir su RDP a las poblaciones contra los crímenes de lesa humanidad mediante la acción colectiva y diplomática¹³⁶. En el 74º período de sesiones, y en consonancia con sus observaciones escritas, el representante de Sierra Leona se refirió a la necesidad de abrir un debate sobre el DF y la RDP¹³⁷.

Como bien se advierte, ninguna delegación se opuso al concepto, pero la falta de un grupo considerable de Estados que promovieran su tratamiento en la CDI, marcó el destino de la RDP en el proyecto.

Esto es en sí mismo un problema, y nos lleva a un segundo factor externo a analizar, que es la pérdida general de fuerza del concepto, como consecuencia de la intervención en Libia -que culminó en un cambio de régimen y dejó al país sumido en el caos-, y el fracaso de invocar la RDP en Siria¹³⁸. Esta circunstancia sin duda influyó tanto en los Estados como en los miembros de la CDI para pensar en no vincular un proyecto de codificación sobre una materia tan importante a un concepto indudablemente pertinente pero que estaba en un marcado declive en el campo político.

Finalmente, y lo que entendemos surge de las consideraciones aquí efectuadas, debemos señalar un segundo factor interno, y es la herencia de los debates en la CDI sobre el tema de desastres, en lo que consideramos como un esfuerzo de algunos miembros de minar la RDP mucho más allá del tópico que se estaba discutiendo, esfuerzo que terminó resultando exitoso.

En suma, si bien es claro que no se puede atribuir solamente a la CDI el fracaso de la RDP en su seno, tampoco puede soslayarse el papel que desempeñaron algunos de sus miembros en desacreditar el concepto.

¹³⁶ ASAMBLEA GENERAL. *Sexta Comisión, 73º período de sesiones. Acta resumida de la 28ª sesión*, Documento A/C.6/73/SR.28, Naciones Unidas, Nueva York, 2018, párr. 23-25.

¹³⁷ ASAMBLEA GENERAL. *Sexta Comisión, 74º período de sesiones. Acta resumida de la 27ª sesión*, Documento A/C.6/74/SR.27, Naciones Unidas, Nueva York, 2019, párr. 5.

¹³⁸ Consideramos que estos factores llevaron a un período que denominamos de “moderación y reflexión” de la RDP, el tercero de su desarrollo en las Naciones Unidas (PEZZANO, Luciano. *Ob. cit.*, pp. 159-160). Sin embargo, todo parece indicar que ya hemos entrado en una cuarta etapa, tal vez de declive o resignificación del concepto.

IV. La RDP y otros tópicos en la CDI

Se encuentran algunas breves menciones a la RDP en otros temas del programa de trabajo de la CDI que, aunque no dieron lugar a debates como los reseñados, sí son indicativos de la misma tendencia hacia el concepto en el órgano.

a. Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales

En el marco del proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales, encontramos dos menciones aisladas a la RDP. La primera provino de Mansfield, al presentar el informe del Comité de Redacción en 2006, cuando, al referirse al proyecto de art. 21, sobre el peligro extremo, indicó que el Comité discutió la cuestión de ciertas situaciones en las que una organización internacional podría intervenir para salvar a personas con las que no tuviera ninguna relación especial. Se preguntó si no debería estar comprendida esa intervención en esta disposición, pero se reconoció que era una cuestión muy compleja y que había preocupaciones de orden político subyacentes, y estaban en juego las cuestiones, mucho más amplias, de la RDP y de la intervención humanitaria, que no podían tratarse en el marco del tema¹³⁹.

La segunda mención la efectuó Comissário Afonso, al presentar el informe del Comité de Redacción en 2008. Comentó que proyecto de Artículo 52.3 versaba sobre el derecho de una organización internacional a invocar la responsabilidad de otra por la violación de una obligación con relación a la comunidad internacional en su conjunto. Se había propuesto limitar ese derecho a las organizaciones internacionales a las que se hubiera conferido “la función de proteger los intereses de la comunidad internacional en que se fundamenta esa obligación”. Después de un largo debate, el Comité había acordado, entre otras cosas, sustituir el concepto de “protección” por el de “salvaguardia” para evitar cualquier confusión con el por entonces reciente principio de la RDP¹⁴⁰.

¹³⁹ *Acta resumida de la 2884ª sesión*, párr. 8, en CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, p. 119.

¹⁴⁰ *Acta resumida de la 2971ª sesión*, párr. 57, en CDI. *Anuario... 2008*, Vol. I, pp. 97-98.

Declaraciones de los Secretarios Generales Adjuntos de Asuntos Jurídicos, Asesores Jurídicos de las Naciones Unidas

En cada período de sesiones de la CDI, el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas realiza una exposición de diferentes temas de su competencia, vinculados o no al programa de trabajo de la CDI. Es significativo que entre 2010 y 2012, la Asesora Jurídica O'Brien se refiriera –ampliamente– a la RDP.

En su declaración de 2010, la Asesora sostuvo que la RDP es un concepto relativamente nuevo y que sigue siendo quebradizo, aunque fuera aprobado en la Cumbre Mundial 2005 y reafirmado por el CS en 2006. Comentó que, en julio de 2009, la AG examinó el informe del SG y su estrategia de tres pilares, y que aprobó la resolución 63/308 en la que decidió seguir examinando la cuestión. También se refirió a que el Asesor Especial del Secretario General para la prevención del genocidio y el Asesor Especial sobre la Responsabilidad de Proteger acabarían pronto el establecimiento de una oficina conjunta para la prevención del genocidio y la promoción de la RDP, con la función de servir de mecanismo de alerta temprana para el SG y, por su mediación, para el CS y otros órganos gubernamentales competentes¹⁴¹.

Kamto, en referencia a la RDP, en virtud de la cual –en su opinión– los Estados deben garantizar que no se cometan delitos, preguntó si ese principio puede aplicarse a los asuntos en que las Naciones Unidas han ordenado investigaciones, como el asunto Bhutto¹⁴², a lo que la Asesora respondió que, dado que el principio de la RDP se encuentra en un estado de “operativización”, resulta difícil hablar del tema mientras no se hayan identificado claramente las situaciones a las que debería aplicarse ese principio. Aunque, por ejemplo, la RDP pudiera aplicarse retrospectivamente a la violencia poselectoral que se produjo en Kenya, no creía que ocurriría lo mismo en el asunto Bhutto, porque se trata del caso particular del asesinato de la ex Primera Ministra¹⁴³.

En su exposición de 2011, se refirió a la RDP en conexión con la situación en Libia, que implicó la adopción de una decisión por el CS en virtud de la doctrina de la RDP. Consideró que las resoluciones 1970 (2011) y 1973 (2011) son las primeras en las que se aplica plenamente el principio de la RDP: en ellas se

¹⁴¹ *Acta resumida de la 3038ª sesión*, párr. 59-62, en CDI. *Anuario... 2010*, Vol. I, pp. 19-20.

¹⁴² *Ibid.*, párr. 91, en CDI. *Anuario... 2010*, Vol. I, p. 25.

¹⁴³ *Ibid.*, párr. 95, en CDI. *Anuario... 2010*, Vol. I, p. 25.

recordó la responsabilidad que tienen las autoridades libias de proteger a la población del país y se consideró que los ataques generalizados y sistemáticos que estaban teniendo lugar en Libia podrían constituir crímenes de lesa humanidad, lo que los define como atentados contra la RDP. Consideró que la autorización dada por el CS para que se «adopten todas las medidas necesarias [...] para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles» es el punto culminante de la doctrina de la RDP¹⁴⁴.

En su declaración de 2012, la más extensa de todas, expresó –entre otras cosas– que la RDP es un concepto político y jurídico relativamente nuevo que en los últimos años ha sido objeto de muchos debates en las Naciones Unidas. Recordó el DF y la estructura de pilares propuesta por el SG. Naturalmente, indicó, el concepto queda limitado necesariamente por el marco jurídico previsto en la Carta: toda decisión del CS requiere los votos afirmativos de todos los miembros permanentes. Ese requisito subraya el hecho de que la RDP no crea excepciones adicionales a la prohibición del uso de la fuerza establecida por la Carta. Expresó que la RDP refleja la convicción mundial de que es inhumano e inaceptable que los Estados permitan violaciones graves de los derechos humanos de sus poblaciones y de que incumbe a la comunidad internacional impedir esos delitos. Afirmó que el concepto significa una amplia aceptación de los principios de los derechos humanos fundamentales, refuerza el contexto normativo para enfrentarse con los crímenes de genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, y afirma las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de impedir, enjuiciar y castigar esos crímenes. El reconocimiento de la soberanía del Estado –piedra angular de las relaciones internacionales– implica responsabilidad y está en el centro de la RDP. Mientras que los Estados tienen que proteger a sus poblaciones de los crímenes a que se refiere su RDP, la comunidad internacional tiene igualmente una obligación positiva de ayudar a los Estados a hacer frente a sus responsabilidades y adoptar medidas si no lo hacen. Señaló, además, que, más que menoscabar el principio de la soberanía del Estado, el concepto refuerza y pone de relieve la función del Estado como protector de sus nacionales. Dado que uno de los atributos definitorios tanto de la estadidad como de la soberanía es la protección de las poblaciones, la prevención de atrocidades comienza a nivel nacional. Por la importancia que da a la prevención, la RDP refuerza el mecanismo de seguridad

¹⁴⁴ *Acta resumida de la 3092ª sesión*, párr. 64 y 66, en CDI. *Anuario...* 2011, Vol. I, p. 107.

colectiva establecido por la Carta y el principio de que solo pueden adoptarse medidas coercitivas de conformidad con el marco jurídico establecido en ella. Por ello, aclaró, el “valor añadido” de la RDP es que encierra los imperativos morales y jurídicos de la comunidad internacional en relación con los cuatro crímenes hacia los que se orienta. Potencialmente, es un vehículo poderoso para un proceso político importante, por el cual la presión política podría acompañar a la asistencia técnica y material, en un esfuerzo por ayudar a los Estados a hacer frente a sus responsabilidades. Ejerce presión no solo sobre los gobiernos nacionales, sino también sobre los actores de la comunidad internacional y así refleja un importante cambio de perspectiva. Se refirió a la situación de Libia en el contexto de la RDP y consideró que la actuación de la comunidad internacional había sido rápida, polifacética y bien orientada, y la aplicación más explícita y robusta hasta la fecha de la RDP. Consideró prematuro juzgar el éxito de las medidas adoptadas, indicando tanto las críticas como las visiones positivas de la intervención, pero sin asumir ninguna posición. También señaló que la situación en Siria se convirtió en una auténtica prueba para la RDP, reseñó los esfuerzos realizados hasta el momento, y expresó que la RDP no sirve solo para subrayar las responsabilidades de los Estados para con sus poblaciones, sino también para ejercer presión en la comunidad internacional y movilizarla a fin de que ayude a los Estados a cumplir esas obligaciones, posiblemente adoptando medidas colectivas cuando los Estados no lo hagan. Concluyó afirmando que confía firmemente en la doctrina de la RDP¹⁴⁵.

Nolte preguntó, refiriéndose a la RDP, si es correcta su interpretación de que, aunque el concepto no implica nuevas obligaciones legales, sí implica nuevas obligaciones políticas¹⁴⁶, lo que la Asesora respondió diciendo que la distinción entre una obligación jurídica y una obligación política es sutil. El concepto de la RDP -especialmente el tercer pilar, que comprende el Capítulo VII de la Carta- no da origen a otro estrato de derecho internacional ni a un derecho a la intervención humanitaria: las disposiciones de la Carta en el sentido de que el uso de la fuerza requiere la autorización del CS siguen siendo supremas. Sin embargo, ese concepto crea una obligación política y moral. En su opinión, el concepto implica una obligación moral y política de actuar, pero no el deber jurídico

¹⁴⁵ *Acta resumida de la 3131ª sesión*, párr. 33-42, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, pp. 17-18.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 60, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, p. 20.

de hacerlo. Admite, sin embargo, que las líneas entre los tres tipos de obligaciones se superponen en cierta medida¹⁴⁷.

Kittichaisaree preguntó si el tercer pilar del concepto de la RDP puede entenderse en el sentido de que autoriza el ejercicio de una jurisdicción universal sobre los autores de delitos graves de derecho internacional, especialmente los dirigentes de Estados que no protegen a sus propios ciudadanos y deseaba saber también si puede entenderse que autoriza la extradición o el enjuiciamiento de esos dirigentes¹⁴⁸, lo que la Asesora Jurídica respondió diciendo que los principios jurídicos internacionales aplicables a la jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar se aplican sin cambios en el contexto de la RDP, y que el concepto nunca pretendió, ni logró, cambiar ningún elemento de derecho internacional. En cierto sentido, creó una obligación o deber moral y político para los Estados de aplicar la jurisdicción universal y el principio *aut dedere aut judicare*¹⁴⁹.

Wako preguntó si, cuando un Estado no ha cumplido su responsabilidad principal de proteger a sus ciudadanos, y el CS ha hecho en consecuencia un llamamiento a una actuación colectiva en una resolución, el resultado inevitable de esa resolución es un cambio de régimen¹⁵⁰, pregunta que significativamente quedó sin respuesta.

Tras tres años consecutivos en que la Asesora Jurídica introdujo el tema de la RDP en su declaración anual ante la CDI, desaparecieron las menciones al asunto. Incluso un intento de reflotar el tema por un miembro en 2015 fracasó. Kamto preguntó al Asesor Jurídico de Serpa Soares que, dado que la situación en Yemen era similar a la de Libia, y en Libia el CS había autorizado una intervención con fundamento en la RDP, pero no se había autorizado ninguna intervención en Yemen, si podía comentar sobre esa discrepancia, teniendo en cuenta que se le había solicitado su asesoramiento jurídico¹⁵¹. De Serpa Soares eludió la respuesta, al expresar que no deseaba profundizar en cuestiones relativas al asesoramiento provisto por su Oficina sobre el uso de la fuerza contra ISIS en Siria y Yemen, pero aclaró que no se habían emitido opiniones escritas formales, sino sobre una base informal¹⁵².

¹⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 63, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, p. 21.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 67, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, p. 21.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 72, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, p. 22.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 71, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, p. 21.

¹⁵¹ CDI. *Acta resumida de la 3245ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3245, Naciones Unidas, Ginebra, 2015, p. 7.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 9.

La extensión y el especial hincapié demostrado por la Asesora O'Brien en la RDP reveló el firme compromiso de la Secretaría en la expansión de la RDP a partir de la estrategia del SG, incluso en el ámbito jurídico¹⁵³, que, como sostuvimos en otro lugar¹⁵⁴, tuvo su punto más alto con la aprobación de la resolución 1973 (2011), momento a partir del cual, como consecuencia directa de la intervención en Libia y el fracaso de la invocación de la RDP en Siria, se advierte un notable declive en los esfuerzos por la consolidación del concepto. Eso coincidió con el nombramiento en 2013 de Miguel de Serpa Soares como nuevo Asesor Jurídico, quien no se refirió jamás a la RDP, ni siquiera cuando fue interrogado al respecto por un miembro de la CDI.

Ello nos lleva de inmediato al análisis de la actitud de los miembros, cuyo interés por la cuestión pareció bastante limitado, dado la escasez de preguntas y, si se nos permite, la poca pertinencia de ellas, particularmente las vinculadas a investigaciones penales y las obligaciones de los Estados al respecto, cuya relación con la RDP es indirecta. En ese sentido, la pregunta más rescatable fue la de Nolte, bastante en línea con sus intervenciones en otros temas al considerar que la RDP es un concepto político sin efectos jurídicos. Tal vez este casi nulo interés de la CDI por el tema –ni siquiera para oponerse–, incluso cuando el esfuerzo de la Secretaría era notable por su difusión, explique más acerca del papel de la RDP en la labor del órgano.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Reflexionando acerca de los valores de la comunidad internacional, que la Relatora Especial había mencionado en su informe, Nolte usó la RDP como una analogía para plantear cómo hacer efectivos esos valores. La RDP, sostuvo, representa ciertamente un valor de la comunidad internacional, pero, a los efectos del derecho internacional, la cuestión decisiva es quién tiene competencia para hacer efectivo ese valor. No cabe duda de que la tiene el Estado en cuyo territorio se están cometiendo crímenes internacionales –que incluso tiene la obligación de proteger–, al igual que las Naciones Unidas, pero no la tienen los terceros Es-

¹⁵³ En el mismo período, la Asesora O'Brien se refirió específicamente a la RDP en otras intervenciones en ejercicio de su función, como figura en el sitio web de la Oficina de Asuntos Jurídicos (https://legal.un.org/ola/legal_counsel1.aspx).

¹⁵⁴ PEZZANO, Luciano. Ob. cit., p. 157.

tados. Esa fue la conclusión a que se llegó en el DF, pero, agregó, los valores no son fácilmente trasladables a las normas internacionales¹⁵⁵.

Por su parte, Saboia sostuvo que el concepto de la RDP y su aplicación por el CS han tenido como resultado decisiones adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta, y por lo tanto vinculantes para todos los países, que autorizan el uso de la fuerza, el establecimiento de zonas de prohibición de sobrevuelo y la imposición a Estados y Jefes de Estado o de Gobierno de sanciones. Estas disposiciones son una respuesta a la manifiesta necesidad de medidas urgentes para lidiar con las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos que no solo ponen en peligro la seguridad internacional, sino que constituyen también crímenes internacionales inaceptables. Tales disposiciones son indicio también de una ampliación excesiva de la competencia del CS, en claro contraste con la lentitud de la AG en adoptar instrumentos de derecho internacional. A menos que se amplíe el alcance del derecho internacional a fin de permitirle responder a tales retos y prevenir y castigar los crímenes graves de trascendencia internacional, las medidas que se adopten continuarán siendo dictadas por impulsos políticos que frecuentemente son inadecuados o selectivos¹⁵⁶.

Identificación del derecho internacional consuetudinario

Al discutir el requisito de la práctica de los Estados como una forma de identificar el derecho consuetudinario, Jalloh consideró que ello no debía impedir a la CDI reconocer la creciente importancia de la práctica de las organizaciones internacionales en el desarrollo del derecho internacional consuetudinario. Así, puso como ejemplo que la RDP había sido afirmada por la AG en el DF, que estaba basado en un cuerpo subyacente de obligaciones jurídicas internacionales, contenidas en instrumentos internacionales o desarrolladas a través de la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. El hecho de que el DF haya sido adoptado por consenso a tal alto nivel político da un mayor ímpetu al desarrollo de las obligaciones de prevenir y sancionar el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad¹⁵⁷.

¹⁵⁵ *Acta resumida de la 3143ª sesión*, párr. 15, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, p. 105.

¹⁵⁶ *Acta resumida de la 3144ª sesión*, párr. 50, en CDI. *Anuario... 2012*, Vol. I, p. 120.

¹⁵⁷ CDI. *Acta resumida de la 3399ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3399, Naciones Unidas, Ginebra, 2018, pp. 4-5.

Ius cogens

El Relator Especial Tladi, al resumir las opiniones de los miembros de la CDI en 2018, se refirió a que Rajput había planteado que una norma consuetudinaria podía surgir y aplicarse incluso si fuera inconsistente con una norma imperativa, y había basado su posición en un argumento relativo a la intervención humanitaria y la RDP. Tladi sostuvo que ninguno de esos conceptos eran excepciones a la prohibición del uso de la fuerza, pero por diferentes razones. Aunque las normas en cuestión eran a menudo llamadas “prohibición del uso de la fuerza”, la CDI usó el término “prohibición de la agresión”, que comprende la norma primaria y sus excepciones. La evolución de una nueva excepción tendría que ser parte de esa norma imperativa. En otras palabras, tendría que ser reconocida y aceptada por la comunidad internacional, de manera que no se plantearía un conflicto con el *ius cogens*¹⁵⁸.

El proyecto de comentario al proyecto de conclusión 19 incluía un párrafo con una referencia a la RDP: “La obligación de actuar colectivamente para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) tiene consecuencias particulares para los órganos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. Significa que, en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), las organizaciones internacionales deben actuar, en el marco de sus respectivos mandatos y cuando así lo permita el derecho internacional, para poner fin a esas violaciones. [...] El deber de las organizaciones internacionales de ejercer su discrecionalidad de manera que se ponga fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que puede considerarse una aplicación del principio de la responsabilidad de proteger, es el corolario necesario de la obligación de cooperar prevista en el primer párrafo del proyecto de conclusión 19”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ CDI. *Acta resumida de la 3425ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3425, Naciones Unidas, Ginebra, 2018, p. 10. Significativamente, en el acta resumida de la 3418ª sesión, en la que Rajput cuestiona el proyecto de conclusión 15, no hay referencia alguna a la RDP.

¹⁵⁹ CDI. *Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 71er período de sesiones*, Documento A/CN.4/L.929/Add.2, Naciones Unidas, Ginebra, 2019, p. 19.

La mención a la RDP fue muy discutida en la CDI¹⁶⁰. Park sostuvo que debía eliminarse la palabra “principio”, por cuanto la RDP no lo era, lo que fue respondido por Cissé, quien sostuvo que el principio de la RDP había sido reconocido como tal por la Asamblea General. Nolte, por su parte, sostuvo que toda la referencia a la RDP debía eliminarse, dado que era innecesaria y la proposición en el párrafo era más general de lo que incluso una interpretación amplia de la RDP permitiría. Frente a ello, el Relator Especial consideró que lo más simple sería eliminar la referencia, que fue lo que finalmente sucedió.

Principios generales del derecho

En 2019, Nguyen sostuvo que merecía especial atención la posibilidad de que dos principios generales del derecho entraran en conflicto, dando como ejemplo de conflicto entre principios, entre otros, la RDP y el principio de no intervención en los asuntos internos¹⁶¹.

Aunque las referencias a la RDP son mínimas e intrascendentes en algunos casos, varias de ellas son reveladoras de la misma tendencia en la CDI a evitar a toda costa las menciones a la RDP: la mayoría son para excluir deliberadamente su lenguaje de los proyectos elaborados por la CDI, y las pocas menciones favorables a la RDP de algunos miembros no suscitaron ninguna reacción. Incluso se podría decir que algunos miembros tienen cierta animosidad contra el concepto.

V. Consideraciones finales

El análisis que antecede, que procuró ser lo más exhaustivo posible, revela una clara tendencia de la CDI a evitar que la RDP pueda filtrarse en los temas de su trabajo. Si bien esta fue una actitud prudente y correcta en el caso de la protección de personas en caso de desastre -único verdadero debate sobre el concepto en el órgano-, resultó totalmente inadmisibles en el caso de los crímenes de lesa

¹⁶⁰ CDI. *Acta resumida de la 3503ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3503, Naciones Unidas, Ginebra, 2019, pp. 15-16.

¹⁶¹ CDI. *Acta resumida de la 3491ª sesión*, Documento A/CN.4/SR.3491, Naciones Unidas, Ginebra, 2019, p. 12.

humanidad, los que, no dejaremos de insistir, integran indiscutiblemente el ámbito material de la RDP. Es más, si los Estados Miembros de las Naciones Unidas, reunidos al más alto nivel en la Cumbre Mundial 2005, acordaron que los Estados tienen la RDP a su población de los crímenes de lesa humanidad, ¿cómo es posible que la RDP esté ausente en la discusión sobre el primer tratado internacional destinado precisamente a esa finalidad específica?

Tal vez debamos acordar con Pronto, cuando, en su temprano análisis sobre esta cuestión -anterior a muchas de las menciones a la RDP aquí reseñadas- adelantaba una posible razón para el comportamiento de la CDI al respecto: la CDI se ve a sí misma como “guardiana” del derecho internacional tradicional, desarrollado a lo largo de siglos de práctica, un derecho internacional estatocéntrico y basado, incluso en su forma contemporánea, en las nociones de soberanía y no intervención; desde esta perspectiva, el concepto de RDP es relativamente, un “recién llegado”, que no emergió del tradicional proceso legislativo, sino de una resolución de la AG, que no constituye una fuente del derecho¹⁶². Eso explica las constantes referencias de algunos miembros a que es solamente un concepto político sin contenido jurídico, o el escepticismo de los que ven solamente otro nombre para la intervención humanitaria.

El enfoque claramente conservador de algunos miembros de la CDI, y que fuera criticado por Pellet durante las discusiones sobre el tema de protección de personas en caso de desastre -en el que, paradójicamente, la actitud de la CDI reveló prudencia-, no es más que un reflejo del escaso interés de los Estados en desarrollar estructuras normativas que evolucionen hacia la protección de valores comunes de la comunidad internacional. De allí que el propio Pellet cuestiona el carácter de la CDI como un órgano de expertos “independientes”¹⁶³, si en lugar de propender al desarrollo progresivo del derecho internacional, algunos miembros parecen más preocupados por no “incomodar” a los Estados con propuestas novedosas.

¿Qué sucedería, nos preguntamos, si la AG, siguiendo el mandato del DF de seguir examinando la RDP, solicitara la asistencia jurídica de la CDI? El panorama que ofrecen las discusiones que aquí reseñamos no es nada alentador

¹⁶² PRONTO, Arnold N. Ob. cit., p. 180.

¹⁶³ La posición crítica de Pellet con la CDI en general puede verse en PELLET, Alain: “The ILC Adrift? Some reflections from inside”, en POGACNIK, Miha (Ed.): *Challenges of Contemporary International Law and International Relations. Liber Amicorum in Honour of Ernest Petric*, Evropska Pravna Fakulteta, 2011, pp. 299-312.

para el desarrollo ulterior del concepto y, de continuar la tendencia, ese improbable caso podría significar el fin de la RDP.

Insistimos, no es posible atribuir a la CDI responsabilidad por la situación actual de la RDP. En todo caso, su conducta actual bien puede verse como una *consecuencia* de esa situación más que como una causa, pero eso no soslaya que las primeras críticas en el órgano son muy anteriores a la crisis del concepto. Así, la CDI nunca fue un lugar propicio para el desarrollo de la RDP, y ello se debió, como lo ilustran estas páginas, a un claro esfuerzo de parte de algunos miembros en minar el concepto.

Quienes aún creemos en el potencial de la RDP, no como norma jurídica, pero sí como un concepto marco sólidamente fundado en el derecho internacional, pensamos que la CDI puede tener mucho que aportar para su desarrollo si es que logra superar ciertas concepciones. Incluso quienes rechazan la denominada “intervención humanitaria” deberían ver la oportunidad de demostrar su ilicitud, abandonando identificaciones erróneas con la RDP y entendiéndola como una visión superadora de aquella, que solamente existe dentro de los límites de la Carta de las Naciones Unidas. Así, la CDI también ejercería, desde el marco de su competencia, su propia responsabilidad como órgano de las Naciones Unidas para ayudar a proteger a las poblaciones.

La responsabilidad *sine delicto* en las labores de la CDI: Asignación de las pérdidas por daños transfronterizos

*Liability sine delicto in the work of the ILC:
Allocation of loss in the case of transboundary harm*

MARÍA ALEJANDRA STICCA*

Resumen: El objetivo de esta contribución es destacar dentro del marco de la labor desarrollada por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en materia de responsabilidad *sine delicto* o por acto no prohibido por el derecho internacional, los aspectos centrales y más controvertidos del proyecto de artículos sobre la asignación de las pérdidas por daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas.

Palabras-clave: Responsabilidad *sine delicto* - Daño transfronterizo - Comisión de Derecho Internacional.

Abstract: The objective of this contribution is to highlight within the framework of the work carried out by the United Nations International Law Commission on liability *sine delicto* or for acts not prohibited by international law, the central and most controversial aspects of the draft articles on the allocation of losses from transboundary damage resulting from dangerous activities.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magister en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria. Universidad Internacional de Andalucía (España), Especialista en Aspectos Jurídicos y Económicos de Mercosur (UNC). Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho (FD-UNC). Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la FD-UNC. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Keywords: Liability *sine delicto* - Transboundary damage - International Law Commission.

Sumario: I. Introducción. II. Labor de la CDI en materia de responsabilidad por actos no prohibidos o *sine delicto*. Período 1978 - 2001. III. Labor de la CDI en materia de responsabilidad por actos no prohibidos. Período 2002-en adelante. IV. A modo de colofón.

I. Introducción¹

La responsabilidad internacional por actos no prohibidos o *sine delicto*, es la que emerge como consecuencia de un daño transfronterizo producido por una actividad lícita pero peligrosa. Si bien, este es un tema que ha sido estudiado y analizado durante años, tanto por parte de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (en adelante CDI), como por la doctrina y los Estados, constituye aún en nuestros días, uno de los más controvertidos en el estadio actual de desarrollo del Derecho Internacional General.

En este artículo, si bien en primer lugar, resumiremos brevemente el abordaje que hizo de la responsabilidad *sine delicto* la CDI, nos detendremos en el proyecto sobre asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

II. Labor de la CDI en materia de responsabilidad por actos no prohibidos o *sine delicto*. Período 1978 - 2001

El Relator de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en materia de Responsabilidad internacional de los Estados, Roberto Ago, en su primer informe de 1963, afirmó que la CDI reconoció la existencia de casos en que los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de determinadas actividades que el derecho internacional no prohíbe,

¹ Lo desarrollado en esta contribución fue expuesto y discutido en sesión de trabajo del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Academia de Derecho y Ciencias. Sociales de Córdoba.

pero decidió abocarse exclusivamente al tema de la responsabilidad de los Estados derivada de hechos ilícitos, y destacó las dificultades que entrañaba la utilización del término «responsabilidad» en relación con la reparación de las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

En su Informe de 1973 a la Asamblea General, la CDI afirmó: “Es cierto que la Comisión, según se ha indicado en la introducción de este capítulo del informe, ha decidido dedicar el proyecto de artículos a la responsabilidad derivada de hechos ilícitos solamente; pero no es menos cierto que la Comisión ha reconocido la existencia de casos en los que los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional –en la medida en que este término sea a la sazón el más adecuado– por las consecuencias perjudiciales de determinadas actividades que el derecho internacional no prohíbe, al menos por ahora. El creciente número de actividades que entrañan riesgos pone especialmente de manifiesto la importancia de esta forma de responsabilidad”².

La responsabilidad internacional del Estado por actividades no prohibidas por el Derecho Internacional, o responsabilidad *sine delicto*, ha sido incluida por primera vez en la agenda de la CDI en 1978, a solicitud de Asamblea General de la ONU, con el nombre *Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional*.

Se designó como primer Relator Especial a Robert Quentin-Baxter, quien entre 1980 y 1984, elaboró cinco informes³ que incluían una base teórica, un plan esquemático del tema, y una propuesta de cinco artículos. Su propuesta se basaba en las obligaciones del Estado de evitar, minimizar y reparar todo daño transfronterizo sensible resultante de actividades llevadas a cabo dentro del territorio del Estado o bajo su control, obligaciones, que resultaban de carácter continuo. Consideraba que no se trataba de obligaciones absolutas, puesto que tanto la obligación de prevenir como la de reparar los daños producidos se hallaban sujetas a una ponderación previa, por ejemplo, la importancia y naturaleza de la actividad.

² Anuario de la CDI, vol. II, 1973, p. 179.

³ Los informes se pueden consultar en <https://legal.un.org/ilc/guide/9.shtml#top>: Anuario de la CDI, vol. II, 1980 (primera parte), p. 259, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2; Anuario de la CDI, vol. 11, 1981 (primera parte), p. 113, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2; Anuario de la CDI, vol. II, 1982 (primera parte), p. 61, documento A/CNA/360; Anuario de la CDI, vol. 11, 1983 (primera parte), p. 213, documento A/CN.4/ 373; y Anuario de la CDI, vol. II, 1984 (primera parte), p. 162, documento A/CN.4/383 y Add.I.

Luego, entre 1985 y 1996, fue designado Relator Especial Julio Barboza quien presentó doce informes⁴. Barboza señala que “a diferencia de las obligaciones que emergen del hecho ilícito para el Estado autor, impuestas en normas secundarias, la responsabilidad sin delito se ubica en el terreno de las normas primarias. Es natural, ya que la responsabilidad surge sin violación de obligación y por ende pertenece al trecho anterior al incumplimiento. Por ende, la indemnización correspondiente al daño producido tendría el carácter, no de una sanción sino de una prestación establecida por la norma primaria”, y agrega que “lo único que ambos tipos de responsabilidad tienen en común es que ambas se ocupan de las consecuencias jurídicas de ciertos hechos, pero por motivos radicalmente diferentes: una de ellas a partir de la violación de una obligación y en la otra de la mera producción de un daño material, sin que medie violación de una obligación alguna”.

Su trabajo adoptó una perspectiva distinta del anterior Relator Especial, en lo atiente a: 1) la recepción de la responsabilidad objetiva del Estado por daño transfronterizo, como una obligación primaria, 2) la consideración de la responsabilidad internacional del Estado por violación de las obligaciones de notificación, negociación y prevención del daño, 3) y la definición de daño, como “daño significativo”, y por ello, no solo resultaban sancionables las actividades ultrapeligrosas sino también aquellas que conllevaran un riesgo probable, siempre y cuando, este fuera previsible.

En 1992, la CDI finalizó un informe sobre la prevención de los daños transfronterizos. En 1996, un Grupo de trabajo señaló que el tema presentaba dos aristas, una relativa a la prevención de daños transfronterizos y otra sobre la eventual distribución de las pérdidas como consecuencia del daño transfronterizo⁵.

⁴ Los informes se pueden consultar en <https://legal.un.org/ilc/guide/9.shtml#top>: Anuario de la CDI, vol. II, 1985 (primera parte), p. 101, documento A/CN.4/394; Anuario de la CDI, vol. II, 1986 (primera parte), p. 153, documento A/CN.4/402; Anuario de la CDI, vol. II, 1987 (primera parte), p. 49, documento A/CN.4/405; Anuario de la CDI, vol. II, 1988 (primera parte), p. 254, documento A/CN.4/413; Anuario de la CDI, vol. II, 1989 (primera parte), p. 139, documento A/CN.4/423; Anuario de la CDI, vol. II, 1990 (primera parte), documento A/CN.4/428; Anuario de la CDI, vol. II, 1991 (primera parte), documento A/CN.4/437; Anuario de la CDI, vol. II, 1992 (primera parte), p. 77, documento A/CN.4/443; Anuario de la CDI, vol. II, 1993 (primera parte), documento A/CN.4/450, documento A/CN.4/459, documento A/CN.4/468, y documento A/CN.4/475 y Add.1.

⁵ https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l533.pdf A/CN.4/L.533 and Add.1

En 1997, la CDI decidió dividir el tema en dos, por un lado, la prevención y por otro lado la responsabilidad, es decir, las modalidades de la reparación a adoptar en aquellos casos en que -aun habiéndose tomado todas las medidas de prevención- se produjera el daño transfronterizo. En consecuencia, la CDI decidió tratar en primer lugar la prevención bajo el título “Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas”.

Se designó Relator Especial sobre el tema a Pemmaraju Sreenivasa Rao, quien entre 1998 y 2000 presentó tres informes⁶. En 1998, la CDI examinó el primer informe del relator y aprobó en primera lectura un proyecto de artículos titulado “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)”. Los diecisiete artículos contenidos en el proyecto, se centraban en la prevención de los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas.

El segundo informe del relator especial planteaba tres opciones para el futuro seguimiento del tema: a) continuar examinando el tema de la responsabilidad y finalizar algunas recomendaciones; b) suspender su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional, al menos por el momento, hasta que se complete el régimen de prevención en segunda lectura; y c) dar por terminada su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional, a menos que la Asamblea General revise y renueve el mandato (A/CN.4/50 1)⁷.

La CDI en sus sesiones del año 2000, examinó el tercer informe del relator que contenía un proyecto de artículos titulado “Prevención de daños transfronterizos sensibles”. En su presentación del proyecto de artículos, el Relator Especial advirtió que “constituía esencialmente el desarrollo progresivo del tema, pues no había un conjunto de normas universalmente admitidas que fueran aplicables en la esfera de la prevención...”⁸. En mayo de 2001, la CDI aprobó el texto definitivo de un proyecto de 19 artículos sobre “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”⁹ y el comentario a dichos artí-

⁶Se pueden consultar en https://legal.un.org/ilc/guide/9_7.shtml A/CN.4/487 y Add.1; A/CN.4/501 y A/CN.4/510.

⁷https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/reports/a_54_10.pdf
DOCUMENTO A/54/10 pp.149-150.

⁸<https://legal.un.org/ilc/reports/2000/spanish/chp8.pdf> párrafo 675.

⁹A/CN.4/L.601

culos¹⁰. En dicho proyecto, se establecieron una serie de obligaciones primarias para los Estados concernientes a la prevención, *i.a.* la obligación de notificación previa, de realizar evaluaciones de impacto ambiental, de cooperar.

En la Comisión se afirmó que, aunque no sería acertado intentar definir todas las actividades abarcadas por la Convención, sería útil que en el artículo 1 se estableciera una lista mínima. Además, en el proyecto de artículo 1 podría preverse que los Estados determinarían la inclusión de otras actividades, ya de manera unilateral, ya mediante la concertación de un acuerdo con otros Estados. Por otra parte, algunas delegaciones se mostraron de acuerdo con la sugerencia del Relator Especial de suprimir del proyecto de artículo 1 las palabras “no prohibidas por el derecho internacional”, dado que los proyectos de artículos debían aplicarse a toda actividad que entrañase riesgo, con independencia de que fuese o no contraria a otra norma de derecho internacional. Toda actividad ilícita activaría las normas de responsabilidad de los Estados. Se consideró a este respecto que si esa actividad contraviniera otras obligaciones jurídicas sería de aplicación el artículo 18 del proyecto.

Otras delegaciones se mostraron favorables a mantener la expresión “no prohibidas por el derecho internacional”.

III. Labor de la CDI en materia de responsabilidad por actos no prohibidos. Período 2002-en adelante

En el año 2002, la CDI retomó el examen de la segunda de las cuestiones, es decir, la asignación de la pérdida como consecuencia de la violación a la obligación de prevención. Nombró al efecto un nuevo Grupo de Trabajo, el cual elaboró su primer informe intitulado Responsabilidad internacional por actos no prohibidos por el Derecho Internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas), y se designó como Relator Especial a Pemmaraju Sreenivasa Rao.

Rao presentó, entre 2003 y 2006, tres informes relativos a la asignación de pérdidas en caso de daños transfronterizos. *El Proyecto de Principios sobre asignación de pérdidas en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, fue adoptado por la CDI en 2006. Este Proyecto presenta una estructura

¹⁰ https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_516.pdf A/CN.4/516.

peculiar, pues, por ejemplo, los términos empleados figuran como principio dos. Así cada uno de los artículos del proyecto, con independencia de su contenido, se denomina principio.

El proyecto retoma como ámbito de aplicación los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional, siguiendo la misma línea del Proyecto sobre Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas que en su artículo 1 al enunciar el alcance, precisa que debe tratarse de actividades no prohibidas por el derecho internacional.

El concepto de daño es amplio, comprende tanto los daños causados a las personas, los bienes como el medio ambiente, siempre que se encuentren bajo la jurisdicción o el control de un Estado. Este fue un punto controvertido, pues algunos Estados se manifestaron favorables a la inclusión de los daños ocasionados a espacios públicos internacionales que están más allá de las jurisdicciones nacionales, siempre que el daño causado pueda relacionarse directamente con la actividad peligrosa de que se trata. En particular, el concepto de medio ambiente dio lugar a tres tipos de observaciones: a) que no incluye los daños a bienes comunes de la humanidad; b) otros consideraron que la definición de medio ambiente es amplia; c) otros expresaron su deseo de incluir las demandas por el valor de no uso del medio ambiente.

Resulta interesante el comentario efectuado por los Países Bajos al Principio 2, especialmente en lo que respecta al calificativo “sensible” que debe acompañar al daño¹¹. La determinación del umbral “sensible”, léase importante de un daño, implica un juicio de valor que dependerá de las circunstancias de cada caso y del momento en que se lleve a cabo su valoración. Al determinarse dicho umbral, se buscó impedir reclamaciones insignificantes. Un aspecto interesante a analizar es el umbral de daño requerido para las reclamaciones de víctimas nacionales del Estado de origen y de víctimas nacionales de terceros Estados o de Estados que sufrieron las consecuencias de la actividad peligrosa. La víctima del daño podría efectuar una reclamación contra el explotador de la actividad que causó el daño y también contra el Estado de origen por su falta de diligencia debida. Oportuno es destacar que en el principio 6, se establece que el acceso a los recursos judiciales y administrativos de que disponen, en el Estado de origen,

¹¹ A/CN.4/562 y Add.1, pág. 103

https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_562.pdf

las víctimas del daño transfronterizo, debieran ser igual de rápidos, adecuados y eficaces que los que disponen las víctimas de daños causados por el mismo incidente en el territorio del Estado de origen.

El objetivo que se persigue con estos principios es garantizar una indemnización pronta y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo, en primer lugar, por parte del explotador, así como preservar y proteger el medio ambiente. Atento que el Proyecto define al explotador, como quien dirija o controle la actividad peligrosa en el momento en que se produzca el incidente que causa el daño transfronterizo, pensamos que puede dar lugar a controversia su determinación, tanto porque en una actividad peligrosa puede haber más de una persona que controle o dirija, cuanto en torno a la determinación del “momento”. La determinación del momento puede significar un punto de quiebre perfectamente determinado en caso de un accidente acaecido en un tiempo perfectamente identificable, pero dicho momento puede ser un plazo de tiempo indeterminado, en caso por ejemplo de una contaminación leve en su origen, pero continua, y cuya acumulación de efectos genere un daño sensible.

A fin de que el explotador pueda asumir los costos de una indemnización adecuada, el Proyecto le impone la obligación de poseer garantías financieras suficientes, tales como la contratación de seguros o bonos, o bien el establecimiento de fondos de compensación. Asimismo, establece la obligación de los Estados de adoptar mecanismos de financiación complementarios, en caso que las mencionadas garantías privadas resultaran insuficientes.

Cabe señalar que la víctima puede ser tanto una persona natural o jurídica o incluso un Estado, que sufra el daño siempre que este se produzca en un Estado distinto al de origen. Esta garantía de pronta y adecuada indemnización, se relaciona con procedimientos establecidos tendientes a determinar la indemnización a ser pagada en el caso concreto, lo cual tiene un carácter absolutamente relativo a las partes involucradas en la controversia. El término “adecuada” que califica a la indemnización, pone el acento en el cumplimiento de todos los requisitos de las garantías procesales. Por lo tanto, siempre que la indemnización no sea arbitraria ni desproporcionada con el daño sufrido, aun cuando no sea completa, será adecuada. Este es un aspecto que presenta contornos muy difusos como podrá apreciarse. En este sentido, se establece una obligación para los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que las víctimas del daño perciban su indemnización. La responsabilidad que puede recaer sobre el explotador de la ac-

tividad, puede ser objeto de limitaciones y excepciones. Dichas limitaciones también pueden dar lugar a diferencias.

El principio 5 señala medidas de respuesta, las que están dirigidas a los Estados, sea este de origen de la actividad peligrosa, Estados afectados o que probablemente sean afectados por el daño, y finalmente terceros Estados. Para los dos primeros Estados se establecen obligaciones y para los terceros una condicional.

Si bien, la responsabilidad de los Estados por daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no cuenta con apoyo generalizado en la comunidad internacional, si ha surgido para los Estados una obligación de diligencia debida tanto en la etapa de autorización como en la supervisión de las actividades peligrosas, que es la etapa en que podría materializarse el daño a pesar de haber realizado los máximos esfuerzos para impedirlo.

Este es un régimen general y residual, pues el proyecto propende a que se elaboren regímenes específicos para determinadas categorías de actividades peligrosas.

IV. A modo de colofón

Los artículos sobre responsabilidad internacional *sine delicto* (Proyecto de Articulado sobre Prevención de Daños Transfronterizos Causados por Actividades Peligrosas del año 2001 y Proyecto de Articulado sobre Principios sobre la Asignación de la Pérdida en Caso de Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas del 2006) son considerados como instrumentos de desarrollo progresivo y no codificatorios de costumbre internacional.

El proyecto de artículo sobre asignación de la pérdida por daño transfronterizo, pone en cabeza del explotador de la actividad la obligación de indemnizar a la víctima, y el Estado de origen asume las obligaciones de adoptar las medidas necesarias a fin que las víctimas reciban una pronta y adecuada indemnización, también de notificar a los Estados afectados o que probablemente se vean afectados por los efectos del daño transfronterizo y solicitarles su colaboración a fin de atenuar y/o eliminar los efectos del daño.

Deja este proyecto un sin número de aspectos por resolver, ello debido por una parte a la complejidad de la materia bajo estudio, y por otro lado por la reticencia de los Estados a asumir mayores compromisos internacionales.

Considero que no es posible abordar por separado el régimen aplicable a la prevención de daños y por otro la asignación de las pérdidas producidas por la falta de prevención. Son dos caras de una misma moneda, por lo que el tema aún dista de estar cerrado. Sólo un abordaje conjunto permitirá arribar a un proyecto de artículo que goce de buen grado de aceptación por parte de la comunidad internacional.

Bibliografía

- BARBOZA, J. *Derecho Internacional Público*, Zavallía, Buenos Aires, 2° edición, 2008.
- BARBOZA, J. “La responsabilidad *sine delicto*”, en *Temas recientes de la Comisión de Derecho Internacional*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2007.
- BARBOZA, J. “El daño en la responsabilidad internacional”, en *Reflexiones sobre temas de la CDI en homenaje su 70° aniversario*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2019, pp. 29 -46.
- BARBOZA, J. “International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by international law and the protection of the environment”, *R.C.A.D.I.*, vol. 247 (1994.)
- DRNAS, Z. “Prevención del daño transfronterizo a la luz de los Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en materia de responsabilidad internacional”. Obtenible en: <https://www.acaderc.org.ar/2004/11/19/prevencion-del-dano-transfronterizo-a-la-luz-de-los-proyectos-de-la-comision-de-derecho-internacional-de-nu-en-materia-de-responsabilidad-internacional/>
- FERNANDEZ MAUSEL, D. “Responsabilidad Internacional por Actos No Prohibidos”, en GONZALEZ NAPOLITANO, S. (Coord.). *Lecciones de Derecho Internacional Público*, ERREIUS, Buenos Aires, 2015.
- JUSTE RUIZ, J. “El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, *Agenda Internacional* Año XI, N.º 22, 2005.
- KISS, A. - SHELTON, D. L., “Strict Liability in International Environmental Law”, en *Law of the Sea, Environmental law and settlement of disputes: Liber ami-*

corum judge Thomas A. Mensah, Tafsir Malick Ndiaye and Rüdiger Wolfrum (eds.), Brill Academic Publishers, 2007, GWU Legal Studies Research Paper No. 345, GWU Law School Public Law Research Paper No. 345, Available at SSRN:<https://ssrn.com/abstract=1010478>

- MORELLI, M. P. "Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado por daños transfronterizos resultantes de actividades no prohibidas", *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº 51, jul. - dez., 2007.



La prevención del daño transfronterizo y los criterios de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-23/17

The prevention of transboundary harm and the criteria of the Inter-American Court in Advisory Opinion OC-23/17

JOSÉ ANTONIO MUSSO*

Resumen: El presente trabajo revisa los criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido al analizar el tema de la prevención del daño transfronterizo en la Opinión Consultiva OC-23/17, en la que formula también consideraciones con respecto a la interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente.

Palabras-clave: Medio ambiente - Derechos humanos - Daño significativo - Jurisdicción.

Abstract: This paper reviews the criteria that the Inter-American Court of Human Rights has followed when analyzing the issue of prevention of transboundary harm in Advisory Opinion OC-23/17, in which it also formulates considerations regarding the interrelationship between human rights and the environment.

Key words: Environment - Human rights - Significant damage - Jurisdiction.

* *Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid (España). Catedrático de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos en la Universidad Católica de Santiago del Estero. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

Sumario: I. Introducción. II. Prevención del daño transfronterizo. III. Medio ambiente y derechos humanos en la visión de la Corte IDH. IV. Obligación de prevención. V. Otras consideraciones. VI. Conclusiones.

I. Introducción

El principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972) postula que, “de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) reafirma ese principio diciendo: “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional” (principio 2).

Estos instrumentos mostraron el camino y, por otro lado, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha elaborado el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001)¹ y el proyecto de principios sobre asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2006).

¹ La resolución 62/68 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 6 de diciembre de 2007, señala a la atención de los gobiernos los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, cuyo texto figura como anexo de dicha resolución.

II. Prevención del daño transfronterizo

Los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas “se aplicarán a las actividades no prohibidas por el Derecho Internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible”, comienza diciendo el primero de esos proyectos, que luego precisa el sentido de los términos empleados: el “riesgo de causar daño transfronterizo sensible” abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar tal daño y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico; a su vez, por “daño” se entiende el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente, mientras que por “daño transfronterizo” se entiende el causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, aunque no tengan los Estados interesados fronteras comunes.

El “Estado de origen” es aquel en cuyo territorio, o bajo su jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o se realizan las actividades no prohibidas por el Derecho Internacional que entrañen el riesgo de causar daño transfronterizo sensible, y por “Estado que pueda resultar afectado” se entiende el Estado en cuyo territorio exista el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo. Uno y otro constituyen los “Estados interesados”.

El proyecto prevé que “el Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible, o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo”. Los Estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán la asistencia necesaria, de una o más organizaciones internacionales competentes, para prevenir el daño de que se trata o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo, debiendo además adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias, incluido el establecimiento de mecanismos de vigilancia apropiados para aplicar las disposiciones de los artículos.

El requisito de la autorización previa del Estado de origen para cualquier actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos que se lleve a cabo en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control, así como para cualquier cambio en una de esas actividades o “cualquier plan de efectuar un cambio en una actividad que pueda transformarla en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos”, debe ser establecido por el

Estado de origen, y cualquier decisión con respecto a tal autorización “deberá basarse, en particular, en una evaluación del daño transfronterizo que pueda causar esa actividad, incluida la evaluación del impacto ambiental”.

En sus comentarios, la CDI admite que “la unidad ecológica del planeta no se corresponde con las fronteras políticas. En la realización de las actividades lícitas dentro de sus propios territorios, los Estados tienen repercusiones en los demás. Estos efectos mutuos, en tanto que no han alcanzado el nivel de ‘sensible’, son considerados tolerables”².

Al enunciar la obligación de prevenir el daño transfronterizo que pesa sobre el Estado de origen, el proyecto de artículos se aparta del terreno de las obligaciones materiales para definir las obligaciones procesales de los Estados involucrados en actividades peligrosas pero no prohibidas por el Derecho Internacional, tratando de perfilar un régimen de “gestión del riesgo compartido” y haciendo hincapié en la obligación de los Estados interesados de consultarse y cooperar³, sin dar a los Estados que puedan resultar afectados “el derecho a vetar la actividad o el proyecto mismos”⁴. Se ha señalado que los principios de forma sobre la prevención del daño transfronterizo significativo causado por actividades peligrosas podrían ser: a) autorización previa; b) evaluación del impacto ambiental; c) notificación, consulta y negociación; d) prevención y solución de controversias; e) no discriminación⁵. A todos ellos se refiere el proyecto de la CDI, que, inspirado en las nuevas tendencias del Derecho Internacional, muestra apertura democrática⁶ al incluir el principio de la participación pública: los Estados deberán proporcionar al público que pueda resultar afectado por una actividad comprendida en el ámbito de

² CDI, Comentarios al proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, art. 2, párr. 5.

³ JUSTE RUIZ, José. “El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, *Agenda Internacional*, Año XI, N° 22, 2005, p. 104.

⁴ CDI, Comentarios al proyecto de artículos. El comentario al artículo 1 señala que se da a los Estados que puedan resultar afectados “el derecho a colaborar con el Estado de origen en el diseño y, si procede, la aplicación de un sistema de gestión del riesgo compartido”, pero no “el derecho de vetar la actividad o el proyecto mismos”.

⁵ Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial, Capítulo V, párr. 114. Documento A/CN.4/487 y Add.1.

⁶ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. *Prevención del Daño Transfronterizo a la Luz de los Proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en Materia de Responsabilidad Internacional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

aplicación de los artículos la información pertinente sobre esa actividad, el riesgo que entraña y el daño que pueda resultar, y consultarán su opinión. También está contemplado el acceso a los procedimientos judiciales o de otra índole; de modo que ahí están los derechos de acceso, protegidos ahora en la región por el Acuerdo de Escazú, que ha entrado en vigor el 22 de abril de 2021.

Por su parte, el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas complementa el proyecto anterior señalando que por “daño” se entiende un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente que comprende la muerte o las lesiones corporales; la pérdida de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que integre el patrimonio cultural; una pérdida o un daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente; los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales, y los costos de medidas razonables de respuesta. Agrega que por “actividad peligrosa” se entiende “una actividad que entrañe un riesgo de causar daños sensibles por sus consecuencias físicas”⁷.

El proyecto, cuyo objetivo es “garantizar una indemnización pronta y adecuada a las personas naturales o jurídicas, incluidos los Estados, que sean víctimas de un daño transfronterizo, incluidos los daños al medio ambiente”, enuncia un principio de fondo en torno a la prevención del daño transfronterizo causado por actividades peligrosas: “quien contamina paga”⁸, consagrado en la Declaración de Río en estos términos: “Las autoridades nacionales deberían fomentar la internalización de los costos ambientales, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales” (principio 16).

⁷ También aclara que por “explotador” se entiende “toda persona que dirija o controle la actividad en el momento en que se produzca el incidente causante del daño transfronterizo”.

⁸ Dicho principio aparece en el proyecto de principio 4.2, según el cual las medidas que cada Estado debería adoptar a fin de que las víctimas de daños transfronterizos reciban una pronta y adecuada indemnización “deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad”.

III. Medio ambiente y derechos humanos en la visión de la Corte IDH

a) El 14 de marzo de 2016 Colombia presentó una solicitud de opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal a fin de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinara “de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe (...) a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos”.

El Estado solicitante expuso que su solicitud respondía, en particular, al desarrollo de nuevas grandes obras de infraestructura en dicha región que podían ocasionar un daño significativo al medio ambiente marino y, en consecuencia, a los habitantes de las costas e islas ubicadas allí, que dependen del mismo para subsistir y para su desarrollo. Sostuvo además que el problema no era solo de interés de los Estados de la Región del Gran Caribe, sino también de la comunidad internacional. Manifestó, asimismo, que la opinión de la Corte IDH tendría gran relevancia para el efectivo cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos por parte de esos Estados, “así como para el fortalecimiento de la conciencia universal” al precisar el alcance de las obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la protección al medio ambiente y la importancia que se debe otorgar a los estudios de impacto ambiental y social, a los proyectos de prevención y mitigación de daños ambientales y a la cooperación entre los Estados que se puedan ver afectados por un daño al medio ambiente.

La Corte reformuló la primera de las tres preguntas planteadas por el Estado solicitante y entendió que con las demás preguntas se le consultaba sobre las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en relación con la protección del medio ambiente, “a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, tanto para daños ocurridos dentro de su territorio como para daños que traspasen sus fronteras”.

b) Al responder la consulta, la Corte no desaprovechó la oportunidad de referirse, “de manera extendida”, a las obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana, y es-

timó pertinente hacer algunas consideraciones sobre la interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente, y con respecto a los derechos humanos afectados por la degradación ambiental, incluyendo el derecho a un medio ambiente sano⁹.

En este cometido, recuerda que en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras* (2009) ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, ya que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos, y destaca que el preámbulo del Protocolo de San Salvador pone de resalto la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, categoría que incluye el derecho a un medio ambiente sano, y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las distintas categorías de derechos constituyen un todo indisoluble.

Hace hincapié, además, en que existe un amplio reconocimiento en el Derecho Internacional de la relación interdependiente entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, remarcando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, al adoptar la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, reconoció los vínculos entre los derechos humanos de todas las personas y las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental. De esta relación de interdependencia e indivisibilidad surgen múltiples puntos de conexión por los cuales “todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio”¹⁰.

c) Decir que en el sistema interamericano de derechos humanos el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el art. 11 del Protocolo de San Salvador le da pie a la Corte para afirmar que “adicionalmente, este derecho también debe ser considerado incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el art. 26 de la Convención Ameri-

⁹Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, Serie A N~ 23, párr. 46.

¹⁰Informe preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, párr. 19.

cana”, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, así como de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios que su art. 29 establece¹¹.

d) El derecho humano a un medio ambiente sano tiene connotaciones individuales y colectivas, y protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas; no solamente se protege la naturaleza y el medio ambiente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos”, afirma la Corte¹², al mismo tiempo que advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y derechos a la naturaleza en sentencias judiciales y en ordenamientos constitucionales.

e) Los daños ambientales pueden afectar a todos los derechos humanos, pero algunos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental. Siguiendo esta línea de pensamiento, la Corte considera que entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales se encuentran los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad y derecho a no ser desplazado forzosamente. Son también vulnerables otros derechos, de acuerdo con el art. 29 de la Convención, como el derecho a la paz, pues los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la existente en el territorio al que aquella se desplaza¹³.

Tales daños “se dejarán sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables”, como señala la resolución 16/11 del Consejo de Derechos Humanos, de 12 de abril de 2011, titulada “Los derechos humanos y el medio ambiente”.

¹¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 57.

¹² Ibid., párr. 62.

¹³ Ibid., párr. 66.

f) El término “jurisdicción”, a efectos de las obligaciones de derechos humanos de la Convención Americana, puede abarcar, además de las conductas extraterritoriales, las actividades de un Estado que causan efectos fuera de su territorio (párr. 95). Está claro que muchas afectaciones al medio ambiente entrañan daños transfronterizos y que la contaminación existente en un país puede convertirse en un problema ambiental y de derechos humanos en otro país, “en particular cuando los medios contaminantes, como el aire y el agua, cruzan fácilmente las fronteras” (párr. 96). El ejercicio de la jurisdicción por el Estado de origen frente a daños transfronterizos se basa en el entendimiento de que el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan las respectivas actividades es el que tiene el control efectivo sobre ellas y está en posición de impedir que se cause un daño transfronterizo que afecte el disfrute de los derechos humanos de personas fuera de su territorio; por ende, las posible víctimas de las consecuencias negativas de esas actividades se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen ante la posible responsabilidad de este por el incumplimiento de su obligación de prevenir daños transfronterizos (párr. 102).

IV. Obligación de prevención

Bajo este título, la Opinión Consultiva OC-23/17 contiene afirmaciones muy importantes: a) en el ámbito del Derecho Ambiental el principio de prevención está vinculado a la obligación de debida diligencia internacional de no causar o permitir que se causen daños a otros Estados; b) tal principio forma parte del Derecho Internacional consuetudinario; c) la prevención debe ser la política principal en materia de protección del medio ambiente, pues con frecuencia no es posible restaurar la situación existente antes de la ocurrencia del daño ambiental.

Aclara además que, “si bien el principio de prevención en materia ambiental se consagró en el marco de las relaciones interestatales, las obligaciones que impone son similares al deber general de prevenir violaciones de derechos humanos”, y reafirma que la obligación de prevención aplica para daños que puedan ocurrir dentro o fuera del territorio del Estado de origen¹⁴. Es una obligación reconocida por el Derecho Internacional Ambiental, en virtud del cual los Es-

¹⁴ Ibid., párr. 133.

tados pueden ser responsables por los daños significativos ocasionados a personas fuera de sus fronteras por actividades originadas en su territorio o bajo su autoridad o control efectivo. Subraya el mismo párrafo 103 que esta obligación no depende del carácter lícito o ilícito de la conducta que genere el daño, ya que los Estados deben reparar de forma pronta, adecuada y efectiva a las personas y Estados víctimas de un daño transfronterizo resultante de actividades desarrolladas en su territorio o bajo su jurisdicción, con independencia de que la actividad que causó el daño no esté prohibida por el Derecho Internacional.

Y una aclaración necesaria completa lo anterior: en todo supuesto debe existir una relación de causalidad entre el daño ocasionado y la acción u omisión del Estado de origen frente a actividades en su territorio o bajo su jurisdicción o control.

Como observa la Corte, tanto la Declaración de Estocolmo como la Declaración de Río no califican el tipo de daño al medio ambiente que es necesario prevenir, pero diversos tratados sí condicionan esta obligación a cierta gravedad en el daño que se pueda causar, entre ellos la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente. Todos estos tratados establecen la obligación de prevenir daños significativos, y en la misma dirección se orienta el Convenio sobre la Diversidad Biológica al instituir el deber de prevenir “efectos adversos importantes para la diversidad biológica”.

A propósito del término “significativo”, la CDI señala que es ambiguo, por lo que cabe una determinación en cada caso específico; es algo más que “detectable”, pero no es necesario que el daño sea “grave” o “sustancial”. El daño debe conducir a un efecto perjudicial real en la salud humana, industria, propiedad, medio ambiente o agricultura en otros Estados. Tales efectos perjudiciales deben ser susceptibles de medirse por estándares fácticos y objetivos, y el Estado de origen no es responsable de prevenir riesgos que no sean previsibles, pero los Estados tienen la obligación de identificar continuamente las actividades que impliquen riesgo significativo¹⁵.

¹⁵ CDI, Comentarios a los artículos 2 y 3 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

Para la Corte, cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida y a la integridad personal “debe ser considerado como un daño significativo”, debiendo “la existencia de un daño significativo determinarse en cada caso concreto”, con atención a sus circunstancias particulares¹⁶.

Los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance para evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente, obligación que debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental, siendo la obligación general de prevenir violaciones a los derechos humanos una obligación de medio o comportamiento, no de resultado, lo mismo que la obligación de prevención prevista por el Derecho Ambiental. La Corte considera que se pueden precisar ciertas obligaciones mínimas que los Estados deben adoptar en el marco de su obligación general de prevenir violaciones de los derechos humanos como consecuencia de daños ambientales; entre estas obligaciones específicas se encuentran las de regular, supervisar y fiscalizar; requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; establecer un plan de contingencia y mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental. Tomando en cuenta el nivel de riesgo existente, los Estados deben regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente, de modo que disminuya cualquier amenaza a los derechos a la vida y a la integridad personal.

Acerca de la obligación de supervisar y fiscalizar, el tribunal regional de derechos humanos menciona que la Corte Internacional de Justicia ha señalado que, como parte de la obligación de prevención, los Estados deben vigilar el cumplimiento y la implementación de su legislación sobre protección del medio ambiente, así como ejercer alguna forma de control administrativo sobre operadores públicos y privados, y ha indicado que el control no termina con la realización del estudio de impacto ambiental, sino que los Estados deben monitorear, de manera continua, los efectos de un proyecto o actividad en el medio ambiente¹⁷. Se hace referencia allí a lo que el Tribunal de La Haya ha afirmado en el caso entre Argentina y Uruguay relativo a las plantas de celulosa sobre el río Uruguay, así como en otros casos más recientes¹⁸.

¹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 140.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 153.

¹⁸ CIJ, *Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*. Sentencia de 20 de abril de 2010, párrs. 197 y 205. CIJ, *Ciertas actividades llevadas a cabo*

Los Estados deben desarrollar y poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, incluyendo no solo medidas preventivas sino también aquellas apropiadas para investigar, sancionar y reparar posibles abusos, mediante políticas adecuadas, reglamentación y sometimiento a la justicia. El nivel de intensidad necesario en la supervisión y fiscalización dependerá del nivel de riesgo de la actividad o conducta¹⁹.

Asimismo, la Corte IDH toma nota que, con arreglo a los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”²⁰, las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos.

Sin perjuicio de otras obligaciones que surjan del Derecho Internacional, dicho Tribunal considera que, al determinarse que una actividad implica un riesgo de daño significativo, es obligatorio realizar un estudio de impacto ambiental. “En cualquier caso, la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental cuando hay riesgo de daño significativo es independiente de si se trate de un proyecto realizado directamente por el Estado o por personas privadas”²¹.

Las condiciones que deben cumplir los estudios de impacto ambiental son las que la Corte ha señalado respecto de actividades a realizarse en territorios de comunidades indígenas, que en el marco de la Opinión Consultiva OC-23/17 también considera aplicables para todo estudio de impacto ambiental. Son las siguientes: a) llevarse a cabo antes de la realización de la actividad; b) ser realizado por entidades independientes bajo la supervisión del Estado; c) abarcar el impacto acumulado; d) participación de las personas interesadas; e) respetar tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; f) tener el contenido específico requerido en cada caso.

Con respecto a la participación de las personas interesadas en los estudios de impacto ambiental, la Corte toma nota que en 1987 el Programa de las Na-

por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica vs. Nicaragua), Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua vs. Costa Rica). Sentencia de 16 de diciembre de 2015, párr. 161.

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 23/17, párr. 154.

²⁰ Vid. ONU, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, Nueva York y Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011.

²¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 160.

ciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) adoptó los Objetivos y Principios de los Estudios de Impacto Ambiental, y aclara que, si bien no son vinculantes, son recomendaciones de un ente técnico internacional que deberían ser tenidas en cuenta. Al respecto, cabe destacar que en Argentina la Ley General del Ambiente establece que “la participación ciudadana debe asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación del impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados” (art. 21)²².

El criterio a seguir es que “la participación del público interesado, en general, permite realizar un examen más completo del posible impacto que tendrá el proyecto o actividad” y acerca de si afectará o no derechos humanos. “En este sentido, es recomendable que los Estados permitan que las personas que pudieran verse afectadas o, en general, cualquier persona interesada tengan oportunidad de presentar sus opiniones o comentarios sobre el proyecto o actividad antes que se apruebe, durante su realización y después que se emita el estudio de impacto ambiental”²³.

El Estado de origen debe tener un plan de contingencia para responder a emergencias o desastres ambientales y, si bien dicho Estado es el principal responsable del plan de contingencia, este debe ser realizado, cuando sea apropiado, en cooperación con otros Estados potencialmente afectados y organizaciones internacionales competentes²⁴. En caso de ocurrencia de un daño ambiental, debe mitigarse el daño significativo. Incluso si el incidente ocurre a pesar de haberse tomado todas las medidas preventivas del caso, el Estado de origen debe asegurarse que se tomen todas las medidas apropiadas para mitigar el daño, utilizando para esto la mejor tecnología y ciencia disponible. Hay que tomar estas medidas inmediatamente, incluso si se desconoce el origen de la contaminación²⁵.

²² Ley 25.675, B. O. de 28 de noviembre de 2002.

²³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 168.

²⁴ *Ibid.*, párr. 171.

²⁵ *Ibid.*, párr. 172.

V. Otras consideraciones

a) El principio de precaución es examinado en la opinión consultiva bajo análisis luego de recordar el Tribunal que dicho principio se refiere a las medidas a adoptar en casos donde no exista certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente. Tras citar la Declaración de Río (principio 15), la opinión consultiva menciona diversos tratados internacionales en los que el principio ha sido incluido y consigna que Estados de la región lo incluyen en su legislación. Además, la Corte expresa que al interpretar la Convención, como se ha solicitado en este caso, siempre debe buscarse el “mejor ángulo” para la protección de la persona, y por eso entiende que los Estados tienen que actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, en casos donde indicadores plausibles adviertan que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aun en ausencia de certeza científica.

b) A la obligación de cooperación se refiere también la opinión consultiva destacando que para su cumplimiento son exigibles: 1) el deber de notificación y 2) el deber de consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados. La conclusión respecto del primero es que los Estados tienen el deber de notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento de que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños transfronterizos significativos, deber que ha de cumplirse de manera previa y oportuna, acompañado de la información pertinente. Surge este deber cuando el Estado de origen tiene conocimiento del potencial riesgo, sea antes del estudio de impacto ambiental o como resultado de este. Adicionalmente, existe un deber de notificación en casos de emergencias ambientales, por el cual un Estado debe notificar sin demora a los Estados potencialmente afectados de los desastres ambientales que se originen bajo su jurisdicción.

Con respecto al restante deber, el de consulta y negociación, se concluye que los Estados tienen ese deber en relación con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos. Las consultas se deben realizar de manera oportuna y de buena fe, “de forma que no se trate de un procedimiento meramente formal, sino que involucre la voluntad mutua de los Estados de discutir seriamente los riesgos actuales y potenciales, ya que el objeto de las consultas es la prevención o mitigación de los daños transfronterizos”. En

virtud del principio de buena fe, durante el mecanismo de consulta y negociación, los Estados deben restringirse de autorizar o ejecutar las actividades en cuestión, sin que esto implique que las actividades requieran del consentimiento previo de otros Estados potencialmente afectados, “salvo que ello sea dispuesto por algún tratado específico entre las partes involucradas”. La obligación de negociar no implica la obligación de llegar a un acuerdo. Por ende, si las partes no llegan a un acuerdo, deben acudir a los medios de solución pacífica de controversias, sean estos diplomáticos o judiciales (párr. 205).

Varios instrumentos internacionales prevén, como parte de la obligación de cooperación, el intercambio de información entre Estados, lo cual podría ser de particular importancia en situaciones de posibles daños transfronterizos significativos a fin de cumplir la obligación de prevención. Sin perjuicio de ello, la Corte advierte que la incorporación de esta forma de cooperación en algunos instrumentos internacionales no constituye evidencia suficiente de un deber consuetudinario en este sentido fuera de los tratados e instrumentos específicos que la contemplan, aunque representa una tendencia positiva y una forma concreta de materializar el cumplimiento de la obligación de cooperación²⁶.

c) Se sostiene que los principios generales del Derecho Internacional del Medio Ambiente son de contenido sustantivo complejo, “están imbricados uno en el otro de modo que no pueden ser interpretados aisladamente” y, además, “son de estructura compuesta en tanto se integran por una serie de obligaciones concretas de comportamiento, exigibles en virtud de su carácter normativo”²⁷.

Este criterio se ve claramente reflejado en la estructura de la Opinión Consultiva OC-23/17, que bajo el título general de “Obligaciones estatales frente a posibles daños al medio ambiente, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal” contiene diversas consideraciones relativas a los principios de prevención y de precaución, especificando las obligaciones concretas de comportamiento derivadas de cada uno de ellos.

d) Existen obligaciones que, en materia ambiental, se identifican como de procedimiento, ya que respaldan una mejor formulación de las políticas ambientales. En el mismo sentido, la jurisprudencia interamericana ha reconocido el carácter instrumental de ciertos derechos de la Convención Americana, como

²⁶ Ibid., párr. 208.

²⁷ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. “Fuentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en SINDICO, F. (coord.), *Environmental Law*, Londres, University of Surrey, CMP Publishers, 2010.

el derecho de acceso a la información, en la medida en que permiten la satisfacción de otros derechos enunciados en la Convención, incluidos los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal.

En los párrafos 213 a 241 los derechos de acceso ocupan el lugar central: 1) acceso a la información; 2) participación pública, y 3) acceso a la justicia. En el Derecho Internacional Ambiental, la obligación de dar acceso a la información en asuntos relacionados con el medio ambiente resulta del principio 10 de la Declaración de Río, y existen tratados que la incluyen expresamente, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Convenio sobre Diversidad Biológica, entre otros.

Además, el acceso a la información tiene una relación intrínseca con la participación pública respecto del desarrollo sostenible y la protección ambiental. En el ámbito interamericano, se ha incorporado en la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible (2000)²⁸. Por su vinculación con el tema, cabe destacar que el párrafo 218 de la Opinión Consultiva OC-23/17 da cuenta de que los Estados de América Latina y el Caribe han iniciado un proceso con el propósito de adoptar un instrumento regional sobre los derechos de acceso o derechos instrumentales, iniciativa que allí se saluda como una medida positiva.

El 4 de marzo de 2018, pocos meses después de la emisión de la opinión consultiva, fue adoptado en Escazú, Costa Rica, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, que es un instrumento jurídico pionero en materia de protección ambiental, pero también un tratado de derechos humanos, cuyos principales beneficiarios son, en particular, los grupos y comunidades más vulnerables²⁹.

El derecho de las personas a obtener información se ve complementado con una correlativa obligación estatal de suministrarla, que se conoce como “obligación de transparencia activa”. La Corte entiende que esta obligación de transparencia activa, frente a actividades que podrían afectar ciertos derechos, abarca el deber de publicar de manera oficiosa la información pertinente y necesaria

²⁸ Aprobada por el Consejo Interamericano para el Desarrollo Sostenible, OEA/Ser. W/II.5, CIDI/doc. 25/00 (20 de abril de 2000).

²⁹ BÁRCENA, Alicia. Prefacio, en ONU, *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, CEPAL, 2018.

sobre el medio ambiente, a efectos de garantizar los derechos humanos bajo la Convención, como, por ejemplo, información sobre la calidad ambiental o sobre el impacto ambiental en la salud, cobrando dicha obligación particular importancia en casos de emergencias ambientales.

La participación pública representa uno de los pilares fundamentales, ya que es a través de ella que las personas ejercen el control democrático de la gestión estatal y “pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas”. La participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas; además, “facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales” (párr. 226). Junto con ello, la participación integra las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones en materia ambiental y “aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales” (párr. 228). El Estado debe garantizar oportunidades para esa participación, de manera efectiva, desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar al público sobre tales oportunidades.

Remitiéndose a sus precedentes³⁰, la Corte reafirma que el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional, precisando que en el contexto de la protección ambiental permite a la persona velar por la aplicación de las normas ambientales y que constituye un medio para remediar cualquier violación a los derechos humanos causada por el incumplimiento de tales normas, incluyendo los recursos y la reparación. El acceso a la justicia también garantiza la plena realización de los derechos a la participación pública y al acceso a la información.

Frente a daños transfronterizos, se entiende que una persona está bajo la jurisdicción del Estado de origen cuando existe una relación de causalidad entre el proyecto o actividad realizada en su territorio, o por realizar allí, y la afectación de derechos humanos de personas fuera de su territorio. Por tanto, los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia a las personas potencial-

³⁰ Cfr. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C N° 1, párr. 91, y *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, párr. 160.

mente afectadas por daños transfronterizos originados en su territorio (párr. 238).

Algunos tratados e instrumentos internacionales prevén la aplicación no discriminatoria del acceso a procedimientos judiciales y administrativos para personas posiblemente afectadas que no se encuentran en el territorio del Estado de origen³¹. Los Estados deben garantizar, sin discriminación, el acceso a la justicia a las personas afectadas por daños ambientales originados en su territorio, aun cuando estas personas residan o se encuentren fuera del mismo.

e) La opinión de la Corte puede reseñarse así: el concepto de jurisdicción del artículo 1.1 de la Convención Americana abarca toda situación en la que un Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre las personas, sea dentro o fuera de su territorio, y a los efectos de dicho artículo se entiende que las personas cuyos derechos convencionales han sido vulnerados a causa de un daño transfronterizo se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen, en la medida que dicho Estado ejerce un control efectivo sobre las actividades en su territorio o bajo su jurisdicción. Con el propósito de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad de las personas bajo su jurisdicción, los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio. Deben actuar conforme al principio de precaución y están obligados a cooperar, de buena fe, para la protección contra daños transfronterizos significativos al medio ambiente. Además, deben garantizar el derecho de acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente; el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, y el derecho de acceso a la justicia en relación con las obligaciones ambientales.

VI. Conclusiones

La Opinión Consultiva OC-23/17 no solo es una respuesta a la consulta específica del Estado solicitante. Va más allá incluso de la prevención del daño transfronterizo para abordar el principio de precaución y el contenido de las

³¹ Vid. Convención sobre el Derechos de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, art. 32, entre otros tratados e instrumentos internacionales.

obligaciones que en materia ambiental pesan sobre los Estados, incluyendo también consideraciones acerca de los derechos de carácter instrumental que tienen tanta relevancia en las cuestiones ambientales.

Por otro lado, muestra la convergencia entre el Derecho Internacional del Medio Ambiente y el Derechos Internacional de los Derechos Humanos y en qué medida la interdependencia de los derechos humanos y el medio ambiente se ve reflejada en distintas esferas, ya que la degradación ambiental puede afectar no solamente los derechos a la vida y a la integridad personal, sino también otros derechos humanos fundamentales. Entre los derechos especialmente vulnerables a afectaciones ambientales incluye el derecho a la paz, aplicando de esta manera el art. 29.c de la Convención Americana, según el cual ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

Por esta razón, el preámbulo del proyecto de la sociedad civil sobre el derecho humano a la paz (2019), elaborado por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y apoyado por numerosas organizaciones de la sociedad civil, celebra la opinión consultiva sobre medio ambiente y derechos humanos de la Corte IDH por su aporte al reconocer implícitamente el derecho a la paz como un derecho inherente al ser humano.

Desde el año 2009 la Asamblea General de las Naciones Unidas viene aprobando resoluciones relativas a la Armonía con la Naturaleza. Precisamente, la opinión consultiva de que se trata contiene un párrafo que guarda relación con esa cuestión cada vez más importante.

Las consideraciones sobre la justiciabilidad directa del derecho a un medio ambiente sano no fueron compartidas por todos los jueces, situación que se reiteró en el caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (2020), en el que la Corte declaró, por tres votos a favor, incluido el de la Presidenta de la Corte, y tres en contra que el Estado es responsable por la violación del derecho a un medio ambiente sano y de otros derechos establecidos en el art. 26 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de 132 comunidades indígenas. Este impulso a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se suma al aporte resultante de haber la Opinión Consultiva OC-23/17 precisado el alcance del término jurisdicción incluido en el

art. 1.1 de la Convención Americana, dejando en claro, además, que la prevención del daño transfronterizo significativo es una cuestión de derechos humanos, porque se traduce en prevenir daños ambientales que pueden afectar una serie de derechos, incluso el derecho a la paz.

La Comisión de Derecho Internacional y el asilo

The International Law Commission and asylum

GRACIELA R. SALAS*

Resumen: Se propuso la inclusión del derecho de asilo en la lista provisional de los derechos de los Estados en la primera sesión de la Comisión de Derecho Internacional en 1949, sin embargo, esta propuesta fue rechazada. Por Resolución 1400 (XIV) la Asamblea General resolvió la codificación de los principios y reglas de Derecho Internacional relativas al derecho de asilo. Pero este objetivo fue encarado mediante la participación de diferentes órganos creados en el ámbito de las Naciones Unidas, como la Comisión de Derecho Internacional, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o la Comisión de Derechos Humanos. En 1960 la Comisión de Derecho Internacional tomó nota de esta decisión, pero difirió la iniciación de los estudios sobre este tema. Fue recién en 1962 que lo incluyó en su programa de actividades, pero sin establecer fecha alguna para iniciar su tratamiento. Entretanto la institución del asilo comenzó a tratarse en relación a otros temas como las relaciones diplomáticas, las relaciones consulares, la extradición, los refugiados, lo que queda demostrado ya desde la sesión de 1949. Así, la cuestión del asilo diplomático se discutió en la Sexta Comisión, pero no se llegó a ninguna conclusión. En su Resolución 3497 (XXX) la Asamblea General decidió ocuparse nuevamente de esa cuestión en futuras sesiones.

Palabras-clave: Comisión de Derecho Internacional - Asilo.

* *Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Catedrática de Derecho Internacional Público en la misma Facultad y en la Universidad Blas Pascal, ambas de la ciudad de Córdoba, República Argentina. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

Abstract: The right of asylum was proposed for inclusion in the provisional list of states' rights at the first session of the International Law Commission in 1949, however this proposal was rejected. By Resolution 1400 (XIV) the General Assembly resolved the codification of the principles and rules of International Law related to the right of asylum. But this objective was achieved through the participation of different bodies created within the United Nations, such as the International Law Commission, the United Nations High Commissioner for Refugees, or the Commission on Human Rights. In 1960 the International Law Commission took note of this decision but deferred the initiation of studies on this topic. It was only in 1962 that he included it in his program of activities but without establishing any date to start his treatment. Meanwhile, the institution of asylum began to be dealt with in relation to other topics such as diplomatic relations, consular relations, extradition, refugees, which has been demonstrated since the 1949 session. Thus, the issue of diplomatic asylum was discussed in the Sixth Committee but no conclusion was reached. In its Resolution 3497 (XXX) the General Assembly decided to revert to that matter in future sessions.

Keywords: International Law Commission – Asylum.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de asilo. III. El asilo en la Comisión de Derecho Internacional. IV. Un proyecto de Convención. V. Impasse.

I. Introducción

Uno de los objetivos de las Naciones Unidas desde su creación ha sido la continuación de la tarea emprendida por la Sociedad de las Naciones sobre la Codificación del Derecho Internacional. Un intento lamentablemente fallido lo constituyó la Conferencia de La Haya de 1930¹, aún dentro de la Sociedad de las Naciones, fue retomado durante las deliberaciones de Dumbarton Oaks, cuyas propuestas, luego de diversas discusiones, aparecieron en la Carta de San Francisco de 1945, en manos de la Asamblea General.

¹ RUDA, José María. El desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación en la carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/7/el-desarrollo-progresivo-del-derecho-internacional-y-su-codificacion-en-la-carta-de-las-naciones-unidas.pdf>

Ésta en su Primer Período de sesiones, envió el tema a la Sexta Comisión. Sin embargo, la importancia de las discusiones planteadas significó que la Asamblea General resolviera nombrar un Comité para estudiar los métodos por los cuales se promovería el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación. El punto siguiente fue la discusión sobre los conceptos de desarrollo progresivo y de codificación del Derecho Internacional.

Este Comité recomendó la creación de una comisión de juristas de reconocida competencia en Derecho Internacional entre cuyos objetivos se encuentra el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional, conforme a lo establecido por el art. 13 1. a) de la Carta de las Naciones Unidas: "... La Asamblea General iniciará estudios y hará recomendaciones con la finalidad de: a) ... incentivar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación...".

Fue así que se creó la Comisión de Derecho Internacional por Resolución 174 (II) de la Asamblea General, se aprobó su Estatuto, y en noviembre de 1948 se nombró a los primeros integrantes, que se reunieron por primera vez en abril del año siguiente.

La distinción entre el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional, conforme a lo establecido por el art. 13 1. a) de la Carta de San Francisco motivó encendidas discusiones en el seno del Comité que proyectara la creación de la Comisión, hasta que la cuestión quedó definitivamente zanjada en el art. 15 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, manteniéndose la separación entre ambos conceptos, en un todo conteste con la posición de varios Estados, entre ellos la República Argentina².

Según el citado artículo, se entiende como desarrollo progresivo a: "... la preparación de proyectos de convenciones sobre temas que aún no han sido reglamentados por el derecho internacional o sobre los cuales el derecho no se encuentra suficientemente desarrollado en la práctica de los Estados", mientras que se entiende por codificación a: "... la formulación más precisa y sistemática de las reglas del derecho internacional en los que ya existe una extensa práctica, precedentes y doctrinas".

Surge con palmaria claridad de ambos conceptos que el primero implica una dinámica en la creación del derecho, mientras que en la segunda se opera una iluminación de las reglas de derecho internacional, conforme a lo que ya es de práctica a nivel internacional.

²Memorandum A/AC. 10/10.

También en este orden se destaca la importancia de la vinculación de la tarea de la Comisión de Derecho Internacional con los organismos regionales, particularmente en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y la importancia de la tarea cumplida a través de los años.

En 1949 se establecieron los temas principales sobre los que comenzaría a trabajar la Comisión, entre ellos el derecho de asilo, que es el tema que nos ocupa en esta oportunidad³.

II. El concepto de asilo

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)⁴ comienza por definir al asilo como un derecho:

“Art. 27. Derecho de asilo.

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”.

Por su parte en la Resolución 2312 (XXII) se lo define como:

“Art. 1. 1. El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados...”.

³ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su primer período de sesiones, A/925, A/CN.4/13.

⁴ Es de destacar que esta Declaración es previa a la Declaración Universal de Derechos Humanos, del mismo año. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

⁵ “Artículo 14. 1. En caso de persecución, **toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. ...**”.

En tanto que Diez de Velasco lo hace como sigue: "... la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades".

Como puede observarse, en la Declaración Americana, la visión se plantea desde la persona hacia el Estado, de allí que lo defina como un derecho de la persona, mientras que la Resolución 2312 (XXII) y aun un autor como Diez de Velasco lo identifican como una institución en la que es el Estado el que protege a la persona, en el ejercicio de su soberanía, es decir que el enfoque es desde el Estado hacia la persona.

En la doctrina por lo general no encontramos una definición conteste sobre este punto, y aun en la que nos proporciona el autor español se advierten ciertas imprecisiones en tanto no se detiene en las causales por las que se persigue al asilado.

Tal como surge del Anuario de 1949, y como decíamos más arriba, en ese año la Comisión de Derecho Internacional intentó comenzar el estudio de diferentes temas, de alguna forma vinculados al asilo, como veremos más adelante, entre ellos la extradición, también lo que llamó el refugio político, en relación a los cuales destacaba la tarea desarrollada por las conferencias panamericanas hasta ese momento⁶. Junto a estos temas se comenzó a perfilar un marcado interés por la codificación de las inmunidades diplomáticas y consulares⁷.

Uno de los puntos que planteó mayores discusiones fue la determinación del otorgamiento del asilo como una potestad del Estado basada en el principio de soberanía nacional. Este punto es el que más discusiones motivaría, teniendo en cuenta la férrea defensa de los Estados de su soberanía sobre su población, frente a las más recientes corrientes que se apoyan en el concepto de asilo como derecho humano.

En efecto, si volvemos la mirada sobre las definiciones propuestas, veremos que en el sistema interamericano ya desde 1948 el asilo se perfilaba como un derecho de la persona, no sólo a solicitarlo, sino también a obtenerlo. Sin embargo, la Resolución 2312 (XXII) coloca el acento en la soberanía del Estado al concederla.

⁶ Ver *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, Report to the General Assembly, párr. 85. A/CN.4/1/Rev.1.

⁷ Ver *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, Report to the General Assembly, Cap. VI y VII. A/CN.4/1/Rev.1.

Otra discusión se relacionó con la referencia a las personas que luchan contra el colonialismo ya que se consideraba que esa situación era transitoria y en ese momento se sostenía ya estaba bastante superada.

Veremos a continuación los fundamentos y el desarrollo de esa corta trayectoria en la Comisión de Derecho Internacional del tema que nos ocupa.

III. El asilo en la Comisión de Derecho Internacional

En efecto, en las deliberaciones de la Comisión de Derecho Internacional de 1949 estaba incluido el tema del derecho de asilo y ya desde ese momento se remarcó la importancia que revestía esta institución en la práctica de los países latinoamericanos, con base en las convenciones de La Habana de 1928 y Montevideo de 1933, pero que también había prestado importantes servicios en otras ocasiones⁸. Sin embargo, se plantearon numerosas discusiones, atento a que rápidamente se identificó al asilo como integrando uno de los derechos del Estado, tema éste que estaba incorporándose como un punto específico en la nómina de la Comisión en ese momento.

En efecto, ya desde los comienzos de las actividades de la Comisión de Derecho Internacional (1949) se discutió un proyecto de incluir al asilo en una futura Declaración de Derechos y Deberes de los Estados.

Al mismo tiempo, en la sesión del año siguiente, si bien el derecho de asilo se encontraba en la lista de temas a trabajar, se encargó al profesor colombiano M. Yepes que trabajara en un informe sobre asilo, pero éste advirtió que la Corte Internacional de Justicia estaba avocada a resolver sobre la cuestión planteada entre Colombia y Perú⁹ en el caso Haya de la Torre, por lo que se acordó posponer su tratamiento.

⁸ Fue el caso de Jozsef Mindszenty, quien buscó asilo en la legación diplomática de EEUU en Budapest, que se prolongó entre 1956 y 1971. También fue el caso de Tesfaye Gebre Kidan, ex presidente de Etiopía quien, junto a otras ex autoridades de ese país buscaron asilo en la embajada de Italia en Addis Abeba, estancia que se prolongó durante más de dos décadas (desde 1991). También el caso de Michel Aoun, asilado en la embajada de Francia en Beirut (1990), entre otros. Posteriormente el caso de Julian Assange en la embajada de Ecuador en Londres (2012-2019).

⁹ Corte Internacional de Justicia. Caso del Derecho de Asilo. Colombia c/ Perú. Sentencia. 1950. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-FR.pdf>

En 1956, la Comisión de Derechos Humanos decidió incluir al derecho de asilo en el programa de su 13° período de sesiones. En la Resolución X de ese programa solicitó al Secretario General que enviara ese proyecto de declaración a los gobiernos de los Estados Miembros y al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados a fin de que efectuaran las propuestas y observaciones que estimaren oportunos. Ese proyecto fue revisado en ocasión del 15° período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, conforme a las propuestas y observaciones presentadas por diferentes Estados Miembros y nuevamente solicitó propuestas y observaciones al proyecto así redactado.

En 1959, El Salvador presentó en la Sexta Comisión un proyecto de resolución en virtud del cual la Asamblea colocaba bajo la responsabilidad de la Comisión de Derecho Internacional que iniciara la tarea de codificar los principios y las normas del derecho internacional relacionados con el derecho de asilo. Así ocurrió y la Asamblea General aprobó la Resolución 1400 (XIV) Declaración sobre el Asilo Territorial¹⁰. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional tomó nota de dicha resolución, pero aplazó el examen de este tema para un posterior período de sesiones.

Mientras tanto la Comisión de Derechos Humanos transmitió al Consejo Económico y Social un proyecto de declaración sobre el asilo, solicitó al Secretario General que lo transmitiera a los Estados Miembro y a los organismos especializados a fin de que remitieran nuevas observaciones. En 1960 el Consejo Económico y Social elevó a la Asamblea General el proyecto de declaración elevado por esta Comisión.

El debate en ese momento incluía tanto al asilo diplomático como al asilo territorial.

En sus períodos 15° y 16° la Asamblea General asignó ese proyecto de declaración a la Comisión de Asuntos sociales, Humanitarios y Culturales (Tercera Comisión) que sin mayores discusiones le recomendó el examen del tema en el período de sesiones siguiente. Así lo hizo la Asamblea General y volvió a surgir el tema en el seno de esa comisión, pero ya en lo relativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en base a las propuestas de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de incluir el derecho de asilo en ese pacto, que se estaba negociando. A solicitud de Francia se aplazó el examen hasta el período siguiente de la Asamblea General, pero en definitiva ese artículo no se incluyó en el citado Pacto.

¹⁰ [https://undocs.org/es/A/RES/1400\(XIV\)](https://undocs.org/es/A/RES/1400(XIV))

Mientras tanto la Comisión de Derechos Humanos, que venía estudiando el tema desde 1958, tomó nota del enfoque eminentemente jurídico de los estudios de la Comisión de Derecho Internacional, pero decidió continuar con su propia labor en aspectos humanitarios del asilo.

Fue en esta etapa que comenzó a analizarse la separación del asilo territorial respecto del asilo diplomático, identificándose desde un comienzo el principio de *non refoulement*, en la tesis de que, tratándose de una declaración la que se estaba proyectando y que luego sería la Declaración sobre el Asilo Territorial, no debía imponer obligaciones a los Estados y avanzar un paso más adelante respecto de lo establecido por el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹. A pesar de ello se delineaban algunas obligaciones como las impuestas por el principio de *non refoulement*, o la obligación de todos los Estados de respetar la concesión de asilo por parte de otro Estado.

Estos principios en definitiva estaban mostrando un vaso comunicante con lo establecido por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), fruto de la participación de otras instituciones como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la Comisión de Derechos Humanos o la Comisión de Asuntos sociales, Humanitarios y Culturales (Tercera Comisión).

Como decíamos más arriba, al mismo tiempo se fue perfilando la división entre asilo territorial y asilo diplomático, habida cuenta que este último era considerado una práctica latinoamericana que en manera alguna era compartida por la doctrina en ese momento. Fue así que lentamente fue quedando rezagado el estudio del asilo diplomático, respecto del asilo territorial. En este punto debemos remarcar que la protección sobre el asilado en una legación diplomática no solo descansa sobre la soberanía estatal del Estado asilante, sino también en las inmunidades diplomáticas que cubren a esos locales, por las funciones que cumplen. De ahí la negativa a tratar este tema en forma individual, como apuntáramos más arriba.

Otras divisiones que se planteaban en ese momento eran entre el asilado por motivos políticos y el refugiado, como así también las discusiones sobre el derecho a obtener el asilo, que chocaba con la competencia del Estado para evaluar esa solicitud, a pesar de encontrarse obligado al no rechazo. Esta disyuntiva colocaba al asilado, y continúa haciéndolo, en una especie de limbo que el Derecho Internacional aún no logra disipar y que en la mayoría de los casos deja

¹¹ Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

al asilado en el ámbito estricto del Estado requerido, de allí la importancia de la legislación interna en materia de refugiados.

Luego de varias dilaciones, en 1965 la Asamblea General asignó nuevamente el proyecto de declaración a la Sexta Comisión, teniendo en cuenta el carácter jurídico del tema. Ésta continuó trabajando sobre la base propuesta por la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General aprobó el texto así propuesto. Entre las cuestiones discutidas se encontraba el alcance de la proyectada Declaración y si alcanzaría también al asilo diplomático. Asimismo, varios Estados insistieron en precisar la competencia soberana del Estado en el otorgamiento del asilo. Otra cuestión que se planteó en diferentes oportunidades era la de incluir entre quienes podían solicitar asilo a los que luchaban contra el colonialismo.

México propuso la creación de un grupo de trabajo al efecto, lo que fue aceptado. Este grupo de trabajo decidió que el proyecto se limitaría al asilo territorial y no pudo resolver sobre la cuestión de la lucha contra el colonialismo en virtud de los debates que la misma había generado y la posibilidad de que la cooperación en tal sentido pudiera generar actos de intervención en los asuntos internos de los Estados en los que se plantearan situaciones de ese tipo.

Se estableció que el *non refoulement* constituía el eje central en esta institución y que abarcaba no sólo a la relación entre el Estado asilante y el Estado del que salía el asilado, sino también respecto de otros Estados en los que pudiera correr peligro la vida o la seguridad de la persona de éste.

También se discutió sobre las excepciones como la seguridad nacional “para salvaguardar a la población como en el caso de una afluencia en masa de personas”.

En diciembre de 1966 la Sexta Comisión aprobó por unanimidad el proyecto de declaración, recomendó a la Asamblea General su aprobación, lo que así ocurrió y se solicitó al Secretario General fuera transmitido a los Estados Miembros, como es de práctica. Asimismo, solicitó que este tema se incluyera en el programa provisional del siguiente período de sesiones, con miras a su adopción definitiva.

Se destacó la intención de que fuera esta una “medida de transición” hacia un futuro en que se lograra la celebración de una convención internacional sobre el particular, en cumplimiento de lo establecido por la Resolución 1400 (XIV) de la Asamblea General.

Finalmente, en 1967 la Sexta Comisión presentó el proyecto de la Declaración sobre el asilo territorial¹², y la Asamblea General dictó la Resolución 2312 /XXII) que lleva ese nombre.

En ese momento se observó que la Declaración por sí misma no era obligatoria, pero que tenía la posibilidad de generar nueva práctica entre los estados y quedaba de manifiesto la tarea de codificación que debía emprender la Comisión de Derecho Internacional.

IV. Un proyecto de Convención

Un grupo de expertos de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional, en consulta con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, preparó un proyecto de convención sobre asilo territorial que se discutió en el seno de la Tercera Comisión en 1972. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados consultó a los Estados, muchos de los cuales se mostraron partidarios de una convención como la que se venía proyectando.

En 1974 la Asamblea General creó un Grupo de Expertos¹³ a fin de que trabajara sobre un proyecto de convención sobre asilo territorial. Ese grupo estaría conformado por representantes de un máximo de veintisiete Estados, designados por el presidente de la Asamblea, luego de consultar con los grupos regionales y manteniendo como en otros casos el equilibrio regional. Ese grupo de expertos presentó su informe en el siguiente período de la Asamblea General (A/10177 y Corr. 1) y ésta solicitó al Secretario General que convocara para 1977 a una conferencia de plenipotenciarios con el fin de examinar y aprobar una convención sobre asilo territorial¹⁴.

En cumplimiento de la Resolución 3456 (XXX) de la Asamblea General¹⁵, a comienzos de 1977 se iniciaron las sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial, convocada por el Secretario General, de la que participaba también el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Sin embargo, esta conferencia no alcanzó sus objetivos y la Tercera Comisión no volvió a insistir sobre este tema.

¹² Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d7fbcda.pdf>

¹³ Ese nombramiento fue notificado con fecha 27 de marzo de 1975 (A/ 10067).

¹⁴ Conferencia sobre el Asilo Territorial por Resolución 3456 (XXX).

¹⁵ Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/3456\(XXX\)](https://undocs.org/es/A/RES/3456(XXX)).

Esta Conferencia recomendó a la Asamblea General que en su siguiente período de sesiones estuviera en el orden del día la convocatoria a un nuevo período de sesiones de la Conferencia. Durante ese mismo período se trató la “Cuestión del asilo diplomático” analizada por la Sexta Comisión, pero el debate tampoco avanzó demasiado en su tratamiento. Fue así que en la Resolución 3497 (XXX) ¹⁶la Asamblea General decidió pasar el estudio de este tema a un futuro período de sesiones¹⁷.

Finalmente, en la 29ª sesión (1977), la Comisión concluyó que este tema no aparecería en la nómina de temas en consideración por la Comisión en un futuro cercano.

“109. La Comisión convino en que hay dos temas incluidos en el programa general de trabajo de la Comisión, que le fueron remitidos hace tiempo por la Asamblea General, que por el momento no parecen requerir un estudio activo en un futuro próximo, a saber, el «Estudio del régimen jurídico de las aguas históricas, incluidas las bahías históricas» [cuestión remitida a la Comisión por la resolución 1453 (XIV) de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1959] y el «Derecho de asilo» [tema que había sido seleccionado por la Comisión en 1949 para su codificación y que fue remitido a ésta por la resolución 1400 (XIV), de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1959] ... En lo que respecta al derecho de asilo, la Comisión tiene conocimiento de que en enero y febrero de 1977 se celebró un primer período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial convocada por el Secretario General, en consulta con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en cumplimiento de la resolución 3456 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975”.

La Conferencia recomendó a la Asamblea General que, en su trigésimo segundo período de sesiones, considerase la cuestión de la convocación en una fecha oportuna de un nuevo período de sesiones de la Conferencia. En cuanto

¹⁶ Disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/3497\(XXX\)](https://undocs.org/es/A/RES/3497(XXX)).

¹⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1977, tomo 2, 2ª parte. A/32/10: p. 109, p. 130 Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1977_v2_p2.pdf

a la «Cuestión del asilo diplomático», fue examinada en la Sexta Comisión durante el trigésimo período de sesiones de la Asamblea General, pero el debate no fue concluyente. En su resolución 3497 (XXX), de 15 de diciembre de 1975, la Asamblea General decidió reanudar el estudio de la cuestión en un futuro período de sesiones¹⁸. El estudio de este tema quedó abierto así para un futuro poco probable.

V. Impasse

A partir de ese momento, se abrió un largo paréntesis durante el cual la Comisión de Derecho Internacional no volvió a ocuparse del Asilo, lo que significa que la Declaración sobre el asilo territorial de 1967 constituye el instrumento jurídico que marcó un rumbo en el desarrollo de esta institución, a pesar de que no haya sido posible avanzar hacia la celebración de una convención como se proyectó originariamente.

Sin embargo, a partir de la Declaración de 1967 se han desarrollado algunos principios que aparecían apenas delineados en aquella oportunidad: el primero de ellos el de *non refoulement*, ya desarrollado más arriba, a pesar de que subsisten en toda su amplitud y profundidad los derechos soberanos del Estado, en cuanto a la posibilidad o no del otorgamiento definitivo del asilo. Entre ambos, el limbo de los derechos del asilado como decíamos entonces.

Dentro de esos parámetros aparecen las limitaciones en el otorgamiento del asilo, esencialmente ante un caso de quien ha cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad, ámbito éste en el que han desarrollado ardua tarea los tribunales penales internacionales y especialmente la Corte Penal Internacional instituida por el Estatuto de Roma¹⁹.

Es decir que a nivel de Derecho Internacional General el tema del asilo quedó atrapado en el apuntado impasse. Sin embargo, diversos autores rescatan la importancia de la tarea llevada a cabo al respecto en los sistemas regionales y así destacan la trayectoria del tema en el continente americano, no sólo con las Convenciones de Caracas sobre Asilo Diplomático y sobre Asilo Territorial,

¹⁸ Ver *Yearbook of the International Law Commission*, 1977, vol. II (Part Two), párr. 109

¹⁹ Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

ambas de 1954²⁰, sino también a través del art. 22, par. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 en cuanto al derecho de toda persona a buscar y recibir asilo en territorio extranjero, al derecho al *non refoulement* considerado angular en el sistema interamericano, y esencialmente a la no discriminación.

También aparece el principio de *non refoulement* en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Convención de la Organización de la Unidad Africana, cuyo artículo 2 se ocupa del asilo y la no devolución, mientras que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconoce el derecho de asilo en su artículo 12, párrafo 3.

A modo de conclusión podríamos decir que el vacío dejado, quizás ex profeso por la Comisión de Derecho Internacional, fue llenado por los sistemas regionales.

Quizás sea el momento de que retome la tarea dejada trunca hace tantos años.

²⁰ Argentina es parte de la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, aprobada por Ley N° 24056. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/455/norma.htm>. No así de la Convención sobre Asilo Territorial de 1954, que firmó con una reserva y no ratificó.



A modo de recensión. Setenta años de la Comisión de Derecho Internacional: Trazando un equilibrio para el futuro

As a review. Seventy Years of the
International Law Commission: Drawing a Balance for the Future

REDACCIÓN IDIPDI

La obra que incorporamos a modo de recensión -dada la relevancia de su aporte y la riqueza de su contenido- ha sido publicada por las Naciones Unidas¹. Cuenta con treinta y nueve contribuciones que reúnen las voces de académicos y hombres de la práctica para celebrar y evaluar el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) en presencia y con la participación de ella.

Consta de un *Prefacio*, una *Introducción* y tres *Partes* conformadas por secciones.

Como lo señalan *Eduardo Valencia Ospina* y *Georg Nolte* en el *Prefacio*, la *publicación* es el resultado de los actos conmemorativos de celebración del septuagésimo aniversario de la Comisión de Derecho Internacional desarrollados en 2017 y 2018, contando con una reunión solemne de la Comisión con dignatarios de alto nivel en Nueva York, seguida de una reunión oficiosa con representantes de la Sexta Comisión de la Asamblea General para intercambiar opiniones sobre la labor de la Comisión, su relación con la Sexta Comisión y el papel de los dos órganos en la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Se recomendó en esa oportunidad que se organizara otro acto solemne de alto nivel en Ginebra al que seguiría un simposio dedicado a la labor de la Comisión, en el que participarían asesores jurídicos de Estados y organizaciones internacionales, académicos y otros distinguidos abo-

¹ Libro electrónico publicado en octubre de 2020, 474 páginas. (<https://brill.com/view/title/58066#showmorecontent>).

gados internacionales, incluidos ex miembros de la Comisión. Los autores del Prefacio recuerdan que la historia de la Comisión es de continuidad -pasado y presente- y de colegialidad, ya que sus diversos miembros trabajan juntos al servicio del derecho internacional. Así señalan: “La Comisión forma parte esencial de la arquitectura de las Naciones Unidas que surgió de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial”. Desde que la Comisión celebró su primer período de sesiones en 1949, el mundo ha sido testigo de importantes cambios y de un conjunto de realidades cada vez más complejas y desafiantes. La CDI ha contribuido a asegurar un mundo firmemente basado en el estado de derecho en las relaciones internacionales. A través de sus trabajos, ha buscado proporcionar un lenguaje común, un sistema basado en reglas para el desarrollo de relaciones pacíficas y armoniosas entre los Estados guiadas por los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.

La publicación constituye una mirada retrospectiva y prospectiva, abarcando los logros y los desafíos de la Comisión.

La *Introducción*, redactada por la Secretaría de la CDI, hace presente que la conmemoración del septuagésimo aniversario fue la cuarta de una serie de homenajes de ese tipo para la Comisión. El vigésimo quinto aniversario se conmemoró en Ginebra en 1973 con un acto solemne en Ginebra; el cincuentenario se celebró en un clima de optimismo fruto del fin de la Guerra Fría con un coloquio sobre el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en Nueva York en 1997, y un seminario en Ginebra en 1998 con el tema “La Comisión de Derecho Internacional cincuenta años después: Una evaluación”. Durante la conmemoración del sexagésimo aniversario en Ginebra en 2008, se observó que el optimismo había comenzado a desvanecerse y el ánimo se había inclinado hacia la duda y la preocupación por el futuro. La conmemoración en Ginebra del septuagésimo aniversario se basó en el tema general: “70 años de la Comisión de Derecho Internacional: un equilibrio para el futuro”, si bien ese propósito no ha sido esclarecido como para definir qué se busca con la idea de “equilibrio”, sugiere un balance retrospectivo de los logros y desafíos de la Comisión, y una evaluación de hacia dónde y cómo debería enfocar la Comisión su trabajo en el futuro. Los oradores y panelistas señalaron lo que ellos consideran son los desafíos globales de nuestro tiempo: v.g. el flagelo de la guerra y su impacto adverso sobre la humanidad y el medio ambiente; el terrorismo internacional y el extremismo creciente; el cambio climático y los desastres naturales;

la creciente desigualdad entre ricos y pobres; el estado “turbulento” de las relaciones internacionales; las manifestaciones de unilateralismo de algunos actores importantes en el escenario mundial; el rol que está jugando el “interés nacional” en el ejercicio de la soberanía; el número creciente de Estados Miembros de las Naciones Unidas con intereses y perspectivas culturales diametralmente diferentes; e incluso la “fatiga de los tratados multilaterales” para dar respuesta a las situaciones de la sociedad global actual.

Las diversas mesas redondas durante los actos conmemorativos del septuagésimo aniversario en Nueva York y Ginebra se centraron en cuestiones específicas relacionadas con el tema de “Establecer un equilibrio para el futuro”. Esta sección de la Introducción separa los aspectos que han atravesado esas preguntas y discusiones en cinco elementos: a) el impacto de la Comisión; b) los métodos de trabajo de la Comisión; c) desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional; d) el panorama cambiante del derecho internacional; y e) la autoridad y composición de la Comisión. En la práctica, estos cinco elementos no se pueden separar claramente, tendiendo a superponerse entre ellos. Una consideración del impacto de la Comisión, por ejemplo, no puede disociarse de la cuestión de su autoridad, ni del panorama internacional cambiante más amplio en el que se hace y funciona el derecho internacional. Pasamos a señalar los cinco elementos agrupantes:

El impacto de la Comisión

Si bien, en el decenio transcurrido desde el sexagésimo aniversario, la Asamblea General no ha negociado ni aprobado ningún tratado sobre la base de algún proyecto de artículos de la Comisión, su labor ha ido clarificando o consolidando puntos que habían quedado oscuros por décadas. Un enfoque puramente numérico de los resultados de la Comisión mostraría que, durante setenta años, se han adoptado sólo 23 convenios sobre la base de proyectos de artículos y 19 de ellos han entrado en vigor. De estos 19, los Estados han ratificado ampliamente 12 convenciones. Los otros 7 convenios tienen menos de 40 Estados partes. Las cifras no son altas, pero el impacto decisivo de estas convenciones en el estado de derecho es innegable. La Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplo-

máticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares están en el centro de las relaciones internacionales entre los Estados, en los que se basan a diario los funcionarios de los ministerios de relaciones exteriores, las misiones diplomáticas y consulares de todo el mundo, los profesionales del derecho, los jueces de las cortes y tribunales internacionales y, cada vez más, los jueces nacionales. Además, los Estados han adoptado convenciones sobre la base de los resultados de la Comisión sobre: el derecho del mar; la reducción de la apatridia; misiones especiales; la protección de las personas protegidas internacionalmente; la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales de carácter universal; la sucesión de Estados; los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación; las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes; y derecho penal internacional. Los resultados de la Comisión también han servido, en ocasiones, de inspiración para acuerdos regionales como, por ejemplo, el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní, suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, el 2 de agosto de 2010, que tomó en cuenta las disposiciones de los artículos sobre la ley de acuíferos transfronterizos adoptados por la Comisión en 2008.

Sin embargo, la “fatiga de los tratados” que ha visto disminuir el número de tratados multilaterales adoptados en los últimos años no es atribuible a la Comisión, ya que, en manifestación coherente con la globalización e informalización, los Estados y otros actores han ido adoptando otros tipos de instrumentos internacionales. Los ejemplos incluyen el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, que contiene la “responsabilidad de proteger”, la doctrina, y la negociación de un Pacto Mundial para el Medio Ambiente, etc. Una evaluación más completa del impacto de la Comisión también debería tener en cuenta sus numerosos resultados “no convencionales”. El estatuto de la Comisión no se limita a preparar proyectos de artículos destinados a ser la base de las negociaciones de tratados por los Estados. Si bien es una percepción popular que los primeros decenios de la existencia de la Comisión se caracterizaron por la preparación de proyectos de artículo, la Comisión también preparó productos no convencionales durante ese período, por ejemplo, el proyecto de declaración sobre derechos y deberes de los Estados; principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en el Fallo del Tribunal; el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad; las reglas modelo sobre procedimiento arbitral.

Es en los tiempos actuales cuando la atención de la Comisión se ha desplazado de manera más sustancial a los resultados en formas distintas de las que los Estados pretendían negociar en tratados. De los nueve temas del programa de trabajo de la Comisión en el momento del septuagésimo aniversario, solo tres se estaban preparando como proyectos de artículo, los otros seis temas estaban siendo tratados en la forma de un proyecto de conclusiones, proyectos de guía o guías, o proyecto de principios. En ninguno de estos últimos casos la Comisión ha especificado qué significan los distintos términos. De los títulos y las formas en que la Comisión está preparando estos seis temas se desprende claramente que no pretenden ser base de negociaciones por parte de los Estados; en general, informan y orientan al usuario. La acción adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018 de “tomar nota de” las conclusiones sobre acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de tratados, y el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, significa que estas conclusiones son un producto final, no serán una base para futuras negociaciones por parte de los Estados. También está claro que las conclusiones están destinadas a ser utilizadas no solo por los Estados.

Entonces, ¿qué valor jurídico tienen esos resultados de la Comisión “no convencionales”? El punto de partida básico que debemos recordar es que ningún producto de la Comisión, ni de la Asamblea General, en cualquier forma, es *per se* norma internacional. Su naturaleza jurídicamente vinculante en virtud del derecho internacional, como tal, depende de la conducta de los Estados y otros sujetos.

Algunos argumentan que, incluso cuando los productos de la Comisión no se han convertido (o todavía no), a través de las acciones de los Estados, en parte del derecho internacional, pueden tener un carácter de “derecho indicativo” con cierto grado de efecto jurídico normativo. Tanto si este argumento se acepta en principio como si no, ciertamente sería difícil considerar que los resultados de la Comisión que no están previstos como base para las negociaciones de los tratados son irrelevantes para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. La autoridad de la Comisión, su fuerza persuasiva, y la rigurosidad y calidad de sus métodos de trabajo, basados en un análisis científico exhaustivo de la práctica de los Estados y, en ocasiones, de las organizaciones internacionales, son tales que sus pronunciamientos suelen tener un gran peso para los Estados y las cortes y tribunales internacionales, en particular la Corte Internacional de Justicia.

Los métodos de trabajo que utiliza la Comisión en la preparación de proyectos de conclusiones, directrices y principios no difieren de los de la preparación de proyectos de artículos. Al igual que los proyectos de artículo, van acompañados de comentarios que exponen en detalle la práctica que los sustenta y la justificación de cada una de las proposiciones. Por lo tanto, estos resultados 'no provenientes de tratados' tienden a ejercer una fuerza persuasiva sobre las opiniones de los Estados, cortes y tribunales internacionales sobre el estado actual de la ley y la práctica de los Estados.

En un mundo en el que los Estados, que enfrentan múltiples desafíos interconectados y una diversidad de actores internacionales, están recurriendo a formas más diversas de instrumentos internacionales para regular su cooperación, la demanda de convenciones multilaterales ha disminuido. La CDI al diseñar sus productos de una manera que no solo está dirigida a los Estados de la Sexta Comisión, sino también a otros usuarios finales, incluidos profesionales, jueces internacionales y nacionales, y académicos y profesores de derecho internacional, no muestra síntomas de declive, sino más bien un agudo sentido de capacidad de adecuación, de autoridad y valor.

b) Métodos de trabajo de la Comisión

Los métodos de trabajo de la Comisión, así como su eficiencia y eficacia, son un componente vital en el funcionamiento de la Comisión, y esenciales para mantener la calidad y por ende la autoridad y fuerza persuasiva de su trabajo con los Estados y otros actores internacionales. La Comisión, consciente de esto, mantiene sus métodos de trabajo constantemente bajo revisión a través de su Grupo de Trabajo sobre Métodos de Trabajo, presidido durante el quinquenio en curso por el Embajador Hussein A. Hassouna, miembro de la CDI desde hace largo tiempo.

La dinámica fundamental de la Comisión depende generalmente de tres actores: el Relator Especial; el plenario de la Comisión; y el Comité de Redacción. Los relatores especiales son el 'motor' de la Comisión, elaborando informes cada año sobre el tema que les es asignado, que son la materia prima de la que se alimenta la Comisión. El plenario debate estos informes durante varios días y da una idea de las opiniones de la Comisión en su conjunto sobre el tema, sobre el análisis del

Relator Especial y sobre cualquier proyecto de disposición que el Relator Especial haya incluido en el informe. El Comité de Redacción, que se reúne una vez finalizado el debate plenario, examina en detalle cualquier proyecto de disposición que le haya remitido el plenario, negociando y acordando el texto para su devolución al plenario. En su práctica contemporánea, el Comité de Redacción ha tomado decisiones en ocasiones sobre cuestiones de política o enfoque, como parte integrante del proceso de redacción; una función anteriormente más bien competencia de los Grupos de Trabajo establecidos por la Comisión a tal efecto. El Comité de Redacción es un subconjunto autoseleccionado de los miembros de la Comisión, compuesto por todos los miembros con un interés particular en el tema que deseen participar. La composición del Comité de Redacción varía de un tema a otro, pero su presidente permanece constante durante toda la sesión.

La Comisión no ha desarrollado diferentes métodos de trabajo en función del resultado previsto del tema, ya sea un proyecto de artículos o una forma “no convencional”. Si bien el estatuto de la Comisión se basa en una distinción entre los procedimientos para el desarrollo progresivo y la codificación, de hecho, la Comisión no ha distinguido entre estas dos funciones en sus métodos de trabajo. Si bien existe una necesidad constante de que la Comisión mantenga en examen sus métodos de trabajo, la minuciosidad y coherencia del proceso es un factor importante que sustenta la calidad de los resultados de la Comisión y una fuente importante de su autoridad.

Quizás el método de trabajo más básico de la Comisión, poco mencionado en las contribuciones de esta publicación, es reunirse fuera de la Sede de las Naciones Unidas. El hecho de que las deliberaciones de la Comisión se desarrollen en el Palais des Nations en Ginebra, a distancia de la Asamblea General, su órgano político matriz en Nueva York, en un entorno tranquilo y propicio para el estudio reflexivo, el trabajo y la interacción entre los miembros, y con excelentes servicios de biblioteca, es un elemento esencial en los métodos de trabajo de la Comisión y su funcionamiento independiente. La dislocación de los dos cuerpos no es accidental. La propia Comisión ha comentado la importancia de la ubicación de su sede en Ginebra. La celebración de la primera parte del septuagésimo período de sesiones en Nueva York fue, por tanto, excepcional. Se generó un gran interés entre los delegados de la Sexta Comisión y un gran número de reuniones informales, eventos paralelos y paneles de discusión.

Existe cierto apoyo entre los delegados para que la Comisión celebre un período parcial de sesiones en Nueva York cada quinquenio. Sin duda, generar las reuniones informales y los eventos paralelos antes mencionados puede tener ventajas en términos de fortalecer la relación entre los miembros de la Comisión y los delegados de la Sexta Comisión. Sin embargo, el apoyo no es universal para reuniones más regulares de la Comisión en Nueva York. Algunas preocupaciones a este respecto se plantearon durante el debate anual de la Sexta Comisión y las negociaciones sobre la resolución sobre el informe de la Comisión. Las preocupaciones incluyen la cantidad de tiempo y energía necesarios para que los miembros asistan a los numerosos eventos paralelos, lo que haría más difícil concentrarse en la considerable carga de trabajo de la Comisión. Otra preocupación es que, cuando esos eventos paralelos abordan temas que actualmente tiene ante sí la Comisión, los contactos directos entre representantes gubernamentales y miembros de la Comisión mientras están en curso sus discusiones y negociaciones pueden no ser ideales en términos de percepción del funcionamiento independiente de la Comisión. Las misiones diplomáticas en Ginebra generalmente no celebran este tipo de eventos.

La Comisión actual tiene un gran número de miembros que asisten regularmente al Comité de Redacción. Mientras que doce o más miembros podrían haber sido el tamaño típico de un Comité de Redacción durante los quinquenios anteriores, no es raro que actualmente asistan veinte o más miembros. Esto inevitablemente tiene un impacto en la naturaleza de los procedimientos del Comité de Redacción. Dado que el presidente del Comité de Redacción tiene que demostrar cierta imparcialidad e inclusión, las rondas de comentarios de los miembros a veces pueden preceder a las intervenciones más orientadas a la negociación de quienes están más familiarizados e interesados en el texto propuesto. Estos aspectos del Comité de Redacción se asemejan, en cierta medida, al debate plenario. Por lo tanto, un presidente hábil debe equilibrar un enfoque democrático, permitiendo que todos los miembros que lo deseen intervengan, con un enfoque más orientado a los resultados, con el objetivo de restringir los comentarios generales en la medida de lo posible para que se pueda lograr un progreso textual. Un acontecimiento que lo acompañó ha sido una tendencia del plenario en ocasiones a delegar la responsabilidad de encontrar un camino común a seguir en una cuestión de política al Comité de Redacción. La práctica en el pasado había sido establecer un grupo de trabajo con este fin para considerar el asunto y hacer una recomendación al plenario.

La Comisión no tiene su propio reglamento, pero trabaja de acuerdo con el reglamento de la Asamblea General, adaptado en la práctica a sus propias especificidades. Por tanto, la toma de decisiones se realiza en principio por mayoría de los miembros presentes y votantes. Si bien la votación fue una práctica común en la Comisión durante sus dos primeras décadas, esto se ha vuelto mucho menos común desde la década de 1970. Desde entonces, la toma de decisiones por consenso se ha convertido en la práctica general de la Comisión. Los miembros hacen todo lo posible por tomar decisiones sin voto, y los que están en minoría sobre cualquier tema en particular no se oponen a que se tome la decisión, pero a menudo leen sus posiciones diferentes u opuestas en el acta de la reunión. Además, ocasionalmente se toman ‘votaciones indicativas’ mediante las cuales, para evitar una votación formal, los miembros de la Comisión en el Comité de Redacción (y a veces en el plenario) deciden un tema a mano alzada informal, y luego proceden por consenso sobre la base del resultado. Por tanto, sólo cuando surgen diferencias graves e irreconciliables es cuando se lleva a cabo la votación formal. El ejemplo más reciente fue en 2017, en relación con el proyecto de artículo 7 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado frente a la jurisdicción penal extranjera, que se refiere a las excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. El voto es un medio válido para tomar decisiones en el marco del Reglamento y, en este sentido, no puede ser criticado. Bien puede ser necesario cuando no se pueda progresar de otra manera. Sin embargo, el hecho de que se votara el proyecto de artículo 7 fue criticado por varios Estados en la Sexta Comisión. Los Estados de la Sexta Comisión, por supuesto, esperan que la Comisión los oriente sobre el estado de desarrollo del derecho y la práctica de los Estados. Podría decirse que una división visible en la Comisión sobre estos fundamentos reduce la fuerza persuasiva de la Comisión con respecto a la disposición particular votada.

Un aspecto crítico de los métodos de trabajo de la Comisión, sorprendentemente poco discutido en la literatura, es la preparación y adopción de comentarios para acompañar los resultados como “informe explicativo”. En los comentarios, la Comisión explica el proyecto de disposiciones haciendo referencia a la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y la doctrina, y al hacerlo, demuestra la rigurosidad y diligencia de su trabajo. Los comentarios brindan a los Estados, organizaciones internacionales, cortes y tribunales internacionales y académicos acceso a las fuentes de la práctica, la jurisprudencia,

las enseñanzas y los fundamentos que sustentan sus análisis y sus textos. La Corte Internacional de Justicia y muchas otras cortes y tribunales internacionales han citado no solo los textos de la Comisión, sino también sus comentarios en un número muy significativo de los casos que tienen ante sí.

Dada la importancia y el valor de los comentarios, a veces se expresa sorpresa que sean considerados y adoptados al final del período de sesiones de la Comisión, durante la aprobación del informe anual de la Comisión en el plenario. No existe equivalente al proceso del Comité de Redacción para el examen de comentarios. Por otro lado, la aprobación de los comentarios por parte de la Comisión al final de su período de sesiones representa la etapa final de un proceso más largo y profundo de elaboración y consideración, dirigido por el Relator Especial. Los proyectos de comentarios son preparados por el Relator Especial sobre el tema después de que el Comité de Redacción haya terminado su labor y haya aprobado provisionalmente los proyectos de disposiciones. El Relator Especial lo hace teniendo en cuenta todos los comentarios pertinentes para su inclusión en los comentarios formulados durante las deliberaciones del Comité de Redacción sobre el proyecto de disposiciones y, a menudo, también distribuirá un borrador de los comentarios a los miembros para que aporten sus comentarios antes de finalizarlos.

Para los temas considerados en la primera parte del período de sesiones de la Comisión (generalmente de mayo a principios de junio), el Relator Especial tiene tiempo para preparar comentarios durante el receso del período de sesiones de la Comisión. Los comentarios se aprueban junto con el proyecto de disposiciones que anteriormente había sido aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción. Para los temas considerados en la segunda parte del período de sesiones de la Comisión (generalmente de julio a principios de agosto), no hay tiempo suficiente para que el Relator Especial prepare comentarios para su consideración en el plenario. En estos casos, la Comisión no adopta los proyectos de disposiciones que le remitió el Comité de Redacción, pero “toma nota” de ellos. Tradicionalmente, estos textos de los que toma nota la Comisión no se reproducen en el informe anual de la Comisión, el principio es que los resultados de la Comisión siempre deben ir acompañados del material explicativo de los comentarios. Sin embargo, desde 2012, en algunos casos se ha desarrollado la práctica de colocar los textos tomados en cuenta en notas a pie de página en las partes pertinentes del informe anual de la Comisión. Si bien es ventajoso llamar

la atención sobre los últimos textos bajo consideración de la Comisión, esta práctica, que no ha sido consistente entre los distintos temas, ha generado cierta confusión y crítica por parte de los Estados en la Sexta Comisión, así como como algunos miembros de la Comisión.

Otra práctica relacionada que se ha desarrollado en los últimos años es colocar la declaración del Presidente del Comité de Redacción en el sitio web de la Comisión. Cuando el Comité de Redacción ha terminado su trabajo sobre el proyecto de disposiciones para un tema en particular y devuelve los borradores al plenario de la Comisión, el Presidente del Comité de Redacción hace una declaración oral detallada al plenario dando cuenta de las deliberaciones que tuvieron lugar y la razón de ser de los proyectos concretos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. La declaración es preparada por el Presidente del Comité de Redacción con el apoyo de la Secretaría, con aportes del Relator Especial. No sustituye a los comentarios, preparados posteriormente por el Relator Especial, pero tiene el propósito de informar a la Comisión, los Estados y el público con cierto detalle y en tiempo real del resultado de la labor del Comité de Redacción y la justificación subyacente.

c) Desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional

La yuxtaposición del “desarrollo progresivo” del derecho internacional y su “codificación” tiene su origen en la negociación del Artículo 13, párrafo 1 (a), de la Carta de las Naciones Unidas. Las palabras fueron reproducidas por el Comité de los Diecisiete al redactar el estatuto de la Comisión, y se previeron procedimientos separados para cada actividad. El artículo 15 del estatuto enfatiza la distinción entre estos dos términos al definir “por conveniencia”: desarrollo progresivo como “... la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que aún no han sido regulados por el derecho internacional o en relación con los cuales el derecho aún no ha suficientemente desarrollado en la práctica de los Estados”; y codificación como “...la formulación y sistematización más precisa de las normas de derecho internacional en ámbitos en los que ya ha habido una práctica, un precedente y una doctrina estatales extensos”.

La noción de “codificación” tiene una larga historia y no siempre ha gozado de un significado único ni de un apoyo universal. Bentham escribió sobre la codi-

ficación en términos utópicos, postulando un código internacional que crearía una base legal para la paz eterna. Los críticos, en cambio, señalaron la naturaleza del derecho como un fenómeno evolutivo, sujeto a cambios constantes, cuya codificación presenta el riesgo de interferir en su crecimiento orgánico, haciéndolo estático. El ex miembro y presidente de la Comisión, Alain Pellet, afirmó: "... todos los temas involucran una codificación parcial ya que ningún tema es completamente nuevo cuando es asumido por la [Comisión]... además, todos implican un elemento de desarrollo progresivo ya que, casi como cuestión de definición, las normas consuetudinarias siempre comprenden algunos elementos de incertidumbre que requieren una aclaración y este es precisamente uno de los principales propósitos de la codificación".

En otras palabras, la codificación y el desarrollo progresivo son difíciles de disociar y se encuentran en el mismo espectro de actividad. Las funciones de la Comisión engloban inherentemente aspectos tanto de identificación de leyes (codificación) como de política legal (desarrollo progresivo). La noción de una clara distinción entre los dos ha demostrado ser insostenible en la práctica y fue abandonada desde el principio. En consecuencia, los productos de la Comisión suelen incluir elementos tanto de codificación como de desarrollo progresivo del derecho internacional.

¿Por qué entonces, setenta años después, seguimos debatiendo la distinción entre desarrollo progresivo y codificación y confirmando su importancia? Si partimos de la premisa de que el derecho internacional es un ingrediente esencial no solo en la resolución de controversias internacionales, sino también como el "pegamento" en el trato cotidiano de los Estados entre sí y, cada vez más, con y dentro de las organizaciones internacionales, entonces está claro que saber qué es el derecho internacional y en qué dirección se desarrolla es fundamental. El derecho internacional proporciona el marco, la sustancia y el vocabulario del discurso internacional. La Comisión tiene una posición única y autorizada como el único órgano universal de expertos encargado de analizar la práctica de los Estados y el derecho internacional, con una conexión institucional directa e interactiva con los Estados.

En el contexto de las diferentes formas que adoptan los productos de la Comisión (inciso a) anterior), saber si el trabajo de la Comisión, o partes de él, representan codificación o desarrollo progresivo, *lex lata* o *lex ferenda*, puede ser muy importante para los Estados. Cuando el resultado de la Comisión es en

forma de proyectos de artículo, destinados a servir de base para la negociación de un tratado por parte de los Estados, es evidente que la palabra de la Comisión no pretende ser la última. Por otro lado, el proyecto de conclusiones, lineamientos y principios de la Comisión no está destinado a ser renegociado por los Estados. El texto de la Comisión es el producto final. En estas circunstancias, podría decirse que los Estados tienen una mayor necesidad de saber si, en opinión de la Comisión, el texto representa codificación o desarrollo progresivo. Las cortes y tribunales internacionales, que frecuentemente se basan en los resultados y comentarios de la Comisión como autorizados, también tienen un gran interés en saber si la Comisión considera que el texto representa la *lex lata* o la *lex ferenda*.

Entonces, ¿por qué la Comisión rara vez identifica cuál de ellos está presentando, ya sea para proyectos completos o para disposiciones particulares de esos textos? La realidad es que sería muy difícil, y a veces imposible, que la Comisión analizara su trabajo de esta manera de manera coherente. Como Alain Pellet analizó anteriormente, la distinción es difícil de discernir. Dado que la composición de la Comisión es muy diversa, un microcosmos de la membresía de las Naciones Unidas, que representa los diversos sistemas jurídicos del mundo, tal vez no sea sorprendente que la Comisión no esté dispuesta o no pueda intentar distinguir sistemáticamente entre codificación y desarrollo progresivo en su trabajo. La Comisión procede de forma pragmática. Su práctica de trabajar de manera colegiada, predominantemente sin votar, puede ser seriamente puesta a prueba si intentara identificar todos sus productos como *lex lata* o *lex ferenda*.

La Comisión también tiene un interés práctico y pragmático en superar su carga de trabajo en cada período de sesiones. Esto podría desorganizarse si se detuviera y considerara en cada paso si se está codificando o desarrollándose progresivamente. Aquellos que han experimentado de primera mano la labor del Comité de Redacción, que trabaja a puerta cerrada, saben que hay muchas opiniones divergentes sobre un gran número de las disposiciones consideradas, opiniones diferentes sobre la práctica pertinente y la jurisprudencia.

d) El panorama cambiante del derecho internacional

El derecho internacional es una influencia estabilizadora en un mundo que enfrenta un conjunto de realidades cada vez más complejas y desafiantes. La vida de la Comisión ha marcado la evolución del derecho internacional desde un sistema que sólo era aplicable en un número relativamente pequeño de Estados a un orden jurídico universal en el que participan 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas y Observadores de todos los rincones del mundo. Además, el derecho internacional ha avanzado hacia el reconocimiento no solo de los derechos y obligaciones de los Estados, sino también hacia la respuesta a las necesidades de una pluralidad de actores, incluyendo organizaciones internacionales, individuos, corporaciones y otros actores no estatales.

Históricamente, los tratados se han utilizado para dar forma a nuevos órdenes a raíz de los principales acontecimientos mundiales, incluidas las secuelas de la Segunda Guerra Mundial, el final del período colonial y el final de la Guerra Fría. Este fenómeno ahora parece haber disminuido y, como se describe en el inciso a) de esta Introducción, algunos Estados están reduciendo su compromiso multilateral, mientras que otros están negociando y participando en nuevas formas de arreglos que no equivalen a tratados, o pueden ser tratados con obligaciones “más suaves”. El ejemplo más destacado de este último es el Acuerdo de París, cuyo contenido es principalmente de naturaleza procesal, con pocas obligaciones sustantivas fijas. Los Estados partes determinan sus propias “contribuciones” a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

Dada la turbulencia en las relaciones internacionales causada por los desafíos mencionados y la pluralidad de actores involucrados, la Comisión puede parecer un órgano bastante tradicional. Los factores institucionales que lo han colocado en el centro del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, incluida en particular su condición de órgano subsidiario de la Asamblea General en relación directa con los Estados en la Sexta Comisión, también dan lugar a preguntas sobre su capacidad para adaptarse a circunstancias tan cambiantes. Para agravar los desafíos, la Comisión trabaja ahora en un entorno en el que ha habido una proliferación de otros foros de negociación, donde se debaten y desarrollan muchas áreas especializadas del derecho internacional.

A más de los tratados, otra esfera de interés de la Comisión ha sido la profundización de su labor sobre las otras fuentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

Inevitablemente, queda un número limitado de esos temas en los que la Comisión es el órgano de expertos obviamente preeminente. Por lo tanto, no ha tenido reparos en centrar su atención en áreas nuevas y más especializadas del derecho internacional. Estos temas tienden a prestarse a formas de resultados de la Comisión que no están destinadas a ser negociadas por los Estados en tratados, y que contienen una combinación de disposiciones que contienen un lenguaje aspiracional y disposiciones que establecen la ley existente. Entre los ejemplos actuales de esos temas que tiene ante sí la Comisión se incluyen la “Protección de la atmósfera” y la “Protección del medio ambiente en los conflictos armados”, cada uno de los cuales se está preparando en forma de proyecto de principios. Un ejemplo de proyectos de artículos son los sobre la protección de las personas en caso de desastres, finalizados por la Comisión en 2016, y actualmente ante la Sexta Comisión para considerar si el proyecto debe constituir la base de un tratado.

Es en relación con estos temas jurídicos más especializados donde los miembros de la Comisión no tienen necesariamente la amplitud completa de la experiencia adecuada o, como en el caso de “Protección de la atmósfera”, la evidencia científica es útil, por lo que la Comisión a veces activamente llega a los cuerpos externos. El estatuto autoriza a la Comisión en el artículo 16 (e) a “... consultar con instituciones científicas y expertos individuales” a los efectos del desarrollo progresivo del derecho internacional. A medida que aumenta el compromiso de la Comisión con tales áreas especializadas, esto a su vez puede llevar a la Comisión, en el contexto de sus métodos de trabajo, a preguntarse cómo se debe determinar la fuente de dicho asesoramiento experto: ¿quién debe determinar quiénes son los expertos apropiados? ¿Debería el Relator Especial tomar esta determinación, o debería decidir la Comisión en pleno, como ha comenzado a hacer la Corte Internacional de Justicia cuando necesita aportaciones de peritos que no son nombrados por las partes ante la Corte?

Inevitablemente, es en la elección de temas tan nuevos y más especializados que la Comisión tiende a recibir la mayoría de las críticas de los Estados en la Sexta Comisión. Se pide a la Comisión que esté más atenta a los deseos de los

Estados y que no aborde temas que no cuentan con el apoyo de los Estados en general. Habiendo dicho esto, también es cierto que la Sexta Comisión rara vez solicita a la Comisión que aborde temas particulares, e incluso es inusual que los Estados individuales formulen recomendaciones. En particular, la Comisión, en su 70º período de sesiones, incorporó dos nuevos temas a su programa a largo plazo y, sin duda, considerará activamente en futuros períodos de sesiones si uno o ambos temas deberían incluirse en su programa de trabajo: “Aumento del nivel del mar y su relación con el derecho internaciona” y “Jurisdicción penal universal”. Un argumento positivo a favor de que la Comisión se involucre en áreas más especializadas es que, con su visión generalista, puede ayudar a evitar la “fragmentación” entre diferentes cuerpos de derecho.

La Comisión, de vez en cuando, ha realizado “estudios” del derecho internacional como medio para identificar posibles nuevos temas. El primero fue preparado principalmente por Hersch Lauterpacht en 1949 sobre la base de un memorando preparado por la Secretaría, que informó el trabajo de la Comisión durante décadas. Una nueva encuesta en 1968 trató de proporcionar una revisión completa del estado del derecho internacional y fue concebida como una sucesora de la Encuesta de 1949. En 1996, la Comisión estableció un esquema general de temas de derecho internacional clasificados en una lista no exhaustiva de 13 campos principales, subdivididos en temas que la Comisión ya había abordado, los que se estaban considerando y los posibles temas futuros. Más recientemente, a solicitud de la Comisión en 2014, la Secretaría preparó una encuesta en la que se revisó el esquema general de 1996 y presentó documentos de trabajo para seis posibles nuevos temas. Un enfoque interesante se adoptó en 1962 cuando, en cumplimiento de una resolución, la Asamblea General decidió incluir en su programa: “Labor futura en el campo de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional...” “...con el fin de estudiar y relevar todo el campo del derecho internacional y hacer las sugerencias necesarias con respecto a la elaboración de una nueva lista de temas para la codificación y para el desarrollo progresivo del derecho internacional...”. La encuesta resultante se preparó principalmente sobre la base de las respuestas recibidas de los gobiernos. Si los Estados de la Sexta Comisión desean colaborar seriamente con la Comisión en sus elecciones de temas, repetir la experiencia de 1962 puede ser un medio de lograr este fin.

e) Autoridad y Membresía

El tema de esta subsección abarca tanto la autoridad más amplia de la Comisión, que se basa en múltiples fundamentos, como su membresía, que es una de esas bases entre muchas. Los resultados de la Comisión en forma de proyectos de artículos, proyectos de conclusiones, etc., no son vinculantes en virtud del derecho internacional; no tienen autoridad en este sentido ni en el sentido jerárquico. Tampoco, en ese sentido, los resultados de la Asamblea General, incluso cuando se celebran en forma de tratados. Excepto en la medida en que dichos productos sean declaraciones del derecho internacional existente, dependen de las acciones ulteriores de los Estados para convertirse en ley y para tener la autoridad de ser vinculantes en virtud del derecho internacional.

La autoridad que se discute en este inciso es, más bien, la autoridad intangible, o fuerza persuasiva, que conlleva el trabajo de la Comisión, y que tiende a ser reconocida y respetada por los Estados, organismos internacionales, cortes y tribunales, tanto internacionales como nacionales, y publicistas. ¿De dónde emana este tipo de autoridad y por qué se respeta?

Las fuentes de la autoridad de la Comisión en este sentido se relacionan tanto con sus características institucionales como con sus productos individuales sobre los temas que tiene ante sí. Institucionalmente, la Comisión es un organismo que tiene la autoridad de haber sido establecido por la Asamblea General poco después de la creación de las Naciones Unidas, integrado por expertos reconocidos en derecho internacional que actúan independientemente de los gobiernos, con un mandato directamente relacionado con las responsabilidades de la Asamblea en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, no compartida por ningún otro actor en el campo de juego del derecho internacional general, y gozando de una relación privilegiada y directa con los Estados a través de la Sexta Comisión. Ningún otro organismo jurídico internacional de expertos está dotado de estas características institucionales.

La composición de la Comisión y la forma en que se selecciona a los miembros forman parte de estas características institucionales que apuntalan la autoridad inherente a la Comisión. El hecho de que la membresía sea “universal”, en el sentido de ser representativa de la distribución geográfica completa de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, es esencial para la credibilidad y legitimidad de la Comisión. El nombramiento por parte de los Estados y la elección

por la Asamblea General sobre una base diseñada para ser representativa de las cinco agrupaciones regionales de Estados de las Naciones Unidas es una demostración visible de la capacidad de la Comisión para representar las diversas tradiciones jurídicas. Aunque las elecciones de órganos políticos son cada vez más criticadas en la literatura como un medio de seleccionar a personas para cargos judiciales internacionales y otros puestos de expertos, siguen siendo el medio principal por el cual se logra la autoridad y legitimidad del principal órgano plenario de la ONU.

En el momento del establecimiento de la Comisión, había 57 Estados Miembros de las Naciones Unidas. Ahora hay 193 y 2 Estados observadores. En palabras del Magistrado Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, este cambio no es solo numérico: "... representa un cambio social profundo que implica el surgimiento de un cuerpo diverso de actores, cada uno con su propia cultura, costumbres y tradiciones legales. Estos cambios fortalecieron la misión de la Comisión de Derecho Internacional y sentaron las bases de su capacidad para contribuir a la formación de un orden jurídico internacional universal". En otras palabras, la membresía de la Comisión, representativa de los cinco grupos regionales de Estados y sus culturas y tradiciones ampliamente diversas, incluidas las tradiciones jurídicas, es esencial para la autoridad y el respeto que la Comisión necesita para cumplir su mandato.

Como lo expresa un panelista, la Comisión difícilmente podría determinar cuáles son las "preocupaciones urgentes de la comunidad internacional en su conjunto" si no fuera ella misma representativa de esa comunidad. Por lo tanto, el número de miembros se ha multiplicado por varias de los quince originales a los treinta y cuatro actuales para ser representativo del aumento del número de miembros de las Naciones Unidas. Se ha establecido una distribución fija de escaños para garantizar una distribución geográfica equitativa. Es importante destacar que la membresía de la Comisión es un microcosmos de la membresía de las Naciones Unidas.

A lo largo de los años, la Asamblea General ha elegido una variedad de tipos de miembros de la Comisión, incluidos jueces, académicos, asesores legales o actuales de ministros de relaciones exteriores, diplomáticos y, a veces, ministros de gobierno. La experiencia jurídica es importante, pero también está estrechamente relacionada con la necesidad de garantizar la representación de las principales formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos del mundo. El estatuto

de la Comisión prevé un equilibrio entre la representatividad regional y la experiencia jurídica. De hecho, el conocimiento de las opiniones de los gobiernos y la capacidad de tener plenamente en cuenta la práctica estatal es una cualidad esencial de la Comisión.

En cuanto a la autoridad que conllevan los resultados individuales de la Comisión, éstos dependen, por supuesto, en cierta medida de la autoridad institucional inherente de la Comisión discutida anteriormente, pero también del cuidado y la diligencia con que la Comisión produce el resultado particular en cuestión. En otras palabras, los métodos de trabajo rigurosos y científicos de la Comisión tal como se aplican en la preparación de sus productos individuales son fundamentales para la recepción que los productos recibirán de los “clientes” principales de la Comisión: Estados, organizaciones internacionales, cortes y tribunales internacionales, eruditos y otros.

La propia Comisión ha reconocido que la minuciosidad y la calidad técnica de su trabajo son fundamentales para la autoridad y la persuasión de sus resultados. Esto se puede encontrar en el trabajo de la Comisión sobre la “Identificación del derecho internacional consuetudinario”. Las conclusiones sobre el tema no incluyen una disposición específicamente dedicada a los propios productos de la Comisión, pero en el comentario introductorio a la quinta parte de las conclusiones se afirma que las determinaciones de la Comisión “... pueden tener un valor particular [derivado de, *entre otras cosas*] la minuciosidad de sus procedimientos (incluida la consideración de estudios exhaustivos de la práctica de los Estados y la *opinio juris*); y su estrecha relación con la Asamblea General y los Estados (incluida la recepción de comentarios orales y escritos de los Estados a medida que avanza con su trabajo)”. Concluye que “el peso que se le dé a las determinaciones de la Comisión depende [...] de diversos factores, entre ellos las fuentes en las que se basa la Comisión, el estado de su trabajo y, sobre todo, la recepción por los Estados de su producción”.

Teniendo en cuenta estos factores, algunos colaboradores arrojan cierto grado de duda sobre la capacidad de la Comisión para examinar la práctica, las culturas y las tradiciones jurídicas de 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas, especialmente teniendo en cuenta el bajo índice de respuestas de los Estados a las solicitudes por la Comisión para obtener opiniones e información. Esta es otra razón por la que el carácter universalmente representativo de la Comisión es fundamental para su autoridad. Incluso en ausencia de un aporte generalizado de los gobiernos

sobre algunos temas, la diversidad geográfica de los miembros de la Comisión y los amplios antecedentes de los miembros, tanto gubernamentales como no gubernamentales, ayudan a garantizar que se tenga en cuenta la diversidad de opiniones.

La representación regional infunde todos los aspectos de los métodos de trabajo de la Comisión. El cargo de Presidente rota entre los cinco grupos regionales cada año, al igual que los otros cuatro cargos de la Mesa (los dos Vicepresidentes, el Presidente del Comité de Redacción y el Relator General). La Mesa es el centro de gravedad organizativo de la Comisión, que considera y recomienda al plenario una amplia gama de asuntos importantes para la adopción de decisiones. Estos incluyen el programa de trabajo, las opciones del Relator Especial y si algún tema en particular debe incorporarse del programa a largo plazo de la Comisión a su programa actual. El hecho de que cada grupo regional de miembros de la Comisión tenga un miembro en la Mesa facilita el camino para que el plenario tome decisiones sobre asuntos tan importantes. La Comisión tiene como objetivo, por ejemplo, para una buena difusión regional de los relatores especiales en los diversos temas de su programa. El carácter visiblemente representativo regional de la Comisión y el hecho de que trabaja sobre la base de la rotación regional para la Presidencia y otros puestos de la Mesa, reflejando a este respecto los métodos de trabajo de la Asamblea General, es un elemento esencial en la autoridad que la Comisión tiene en su relación con la Sexta Comisión.

Resumen de las contribuciones

La Parte 1 del libro titulada “*Estableciendo un equilibrio para el futuro: la conversación de Nueva York*” contiene las contribuciones de los panelistas durante los eventos de celebración en Nueva York, e incluye el discurso de apertura de la Sección 1 sobre “La Comisión y la Sexta Comisión: cambios estructurales” (*Eduardo Valencia-Ospina*), el que señala que el éxito del trabajo de la Comisión, que se basa en la práctica, ha dependido tanto del diálogo sostenido con el Sexto Comité, como en la cooperación recibida de los gobiernos. Critica el hecho de que la Asamblea General no haya aprobado ninguna convención basada en un borrador final de la Comisión desde 2004. *François Alabrune* también ve la relación entre la Comisión y el Co-

mité en gran medida como la base para el buen funcionamiento de la Comisión. Analiza los desafíos estructurales a los que se enfrenta la Comisión y sugiere posibles formas de abordarlos. *Mahmoud D. Hmoud* explica que la Comisión desempeña una función de asesoramiento en relación con la comunidad internacional, que puede ser de naturaleza expositiva en muchos casos. Reconoce la existencia de otros órganos y órganos legislativos internacionales y recomienda que la Comisión siga teniendo en cuenta la labor y los procesos de esos órganos. *Janine Felson* sostiene que puede ser mejor mirar más allá de la bifurcación entre la codificación y el desarrollo progresivo y, en cambio, buscar una funcionalidad práctica de la Comisión como un codificador progresivo, preservando su legitimidad y promoviendo simultáneamente el desarrollo del derecho internacional. Según *Ernest Petrić*, el principal desafío de la Comisión es la selección de temas. Tras señalar que la Comisión se estableció cuando el mundo era un lugar diferente, alienta a la Comisión, junto con los Estados, a encontrar formas de adaptar su metodología para manejar temas de la vida internacional moderna y las necesidades emergentes de la comunidad internacional.

En la Sección 2, los colaboradores discuten sobre el tema “La Comisión y la Sexta Comisión: reflexiones sobre la interacción en el pasado y el futuro”, incluyendo sugerencias para mejorar esa interacción. En sus comentarios introductorios, *Burhan Gafoor* distingue entre tres funciones en las que la Sexta Comisión ha interactuado con la Comisión: primero, su función tradicional como Comisión principal de la Asamblea General que debate el informe anual de la Comisión; en segundo lugar, como foro donde, *entre otras cosas*, se negocian los borradores preparados por la Comisión; y tercero, un filtro y constructor de consensos que utiliza sus modalidades para llegar a consensos sobre el trabajo de la Comisión. *Evgeny Zagaynov* toma nota de que la Comisión goza de un alto grado de autonomía, mientras que la orientación política general de la Sexta Comisión permite comprender las necesidades y expectativas de los Estados. Para lograr un equilibrio entre las necesidades de los Estados y la independencia de la Comisión, sugiere centrarse en cómo mejorar el procedimiento existente para seleccionar y luego trabajar en los temas. *Concepción Escobar-Hernández* se pregunta si el actual modelo de relación entre la Comisión y la Sexta Comisión es satisfactorio y eficaz. Analiza diferentes aspectos de la relación como la selección de temas, la transmisión de información sobre el trabajo de la Comisión, los aportes de los Estados, la realización de reuniones entre la Comisión y la Sexta Comisión, y la respuesta de la Sexta Comisión al trabajo final de la Comisión. *Ángel Horna* exa-

mina las formas en que la Sexta Comisión y la Comisión se han influido mutuamente, formal e informalmente, en términos de logros y dificultades conjuntas. También considera cómo la Comisión debería diseñar sus resultados y cómo la Sexta Comisión debería abordarlos en el futuro. Al comparar las funciones distintas pero interrelacionadas de la Sexta Comisión y la Comisión, *Hussein Hassouna* concluye que el conocimiento institucional de la Comisión, su marco dentro de la Asamblea General y su asociación con la Sexta Comisión, le brindan una posición única para continuar codificando y desarrollar progresivamente el derecho internacional en el futuro.

La Parte 2 de este volumen, ‘Dibujando el equilibrio para el futuro: el Simposio de Ginebra’ incluye las contribuciones realizadas durante los eventos de celebración en Ginebra. Al presentar el simposio, *Georg Nolte* señala que la Comisión parece haber superado la sensación de crisis que había prevalecido durante las celebraciones del sexagésimo aniversario. Explica que el objetivo principal del simposio de Ginebra fue producir un impulso duradero que sirva para mejorar y salvaguardar el papel único de la Comisión en el desarrollo y la codificación progresiva del derecho internacional. En sus palabras de apertura a la Sección 3 sobre “La Comisión y su Impacto”, *Pedro Comissário Afonso* observa que incluso la soberanía necesita de normas: internamente, para funcionar correctamente y con equidad, y a nivel internacional, para coexistir y cooperar con otras soberanías en competencia. *Alejandro Rodiles*, en su contribución titulada “La Comisión de Derecho Internacional y el cambio: no rastrearlo, sino enfrentarlo”, sostiene que la percepción de la falta de capacidad de la Comisión para hacer frente a las estructuras cambiantes del sistema jurídico internacional no es precisa. Utilizando diferentes ejemplos, muestra cómo la Comisión afina las normas del derecho internacional en respuesta a un entorno normativo cambiante e incierto. En su contribución sobre “Comisión de derecho internacional en un espejo: formas, impacto y autoridad”, *Laurence Boisson de Chazournes* evalúa si la disminución progresiva del número de convenios adoptados con base en el trabajo de la Comisión es una señal de su declive y si la creciente diversidad de instrumentos elaborados por la Comisión afecta su impacto. Concluye que la Comisión goza de una autoridad *per se*, que es de naturaleza dinámica y custodiada por la Comisión y los Estados como sus guardianes a corto y largo plazo. En sus observaciones finales, *Pavel Šturma* observa que se necesita una mejor comprensión de los interlocutores de la Comisión para eva-

luar y proponer posibles modificaciones a sus métodos de trabajo en un entorno normativo cambiante. La Comisión, como órgano de expertos y órgano subsidiario, es -de hecho- el lugar donde la teoría puede (y a veces lo hace) convertirse en práctica, lo que conlleva responsabilidades y expectativas de sus diferentes grupos.

En la Sección 4 se analizan los “Métodos de trabajo de la Comisión”. *Aleksandar V. Gajić*, en sus comentarios de apertura, explica que la Sección se centrará en cómo la Comisión de Derecho Internacional lleva a cabo su trabajo; es decir, sobre cómo produce resultados que siguen siendo indispensables para la comunidad internacional contemporánea. *Danae Azaria*, en su contribución titulada “Los métodos de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional: Adherencia a la metodología, comentarios y toma de decisiones” reflexiona sobre la importancia de los métodos de trabajo de la Comisión para preservar y mejorar la calidad de su labor. Concluye que los métodos de trabajo de la Comisión no pueden ni deben abreviarse más, sino que deben ampliarse y mejorarse. En su contribución sobre “Los métodos de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional”, *Maurice Kamto* se pregunta si la Comisión ha podido aprovechar los comentarios y sugerencias de los participantes en el coloquio celebrado con motivo de su cincuentenario. Sostiene que una aclaración de la metodología en relación con la adopción de los productos de la Comisión podría permitirle mantener la diversidad terminológica actual al tiempo que salvaguardar su autoridad y reputación. En sus comentarios finales, *Shinya Murase* se centra en la forma final de los productos de la Comisión, pero también comenta sobre cuestiones como la importancia de distinguir entre codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, la posibilidad de votación, el papel de los informes de los Relatores Especiales y los comentarios de la Comisión, la utilidad de las aportaciones de los científicos y el apoyo proporcionado por la Secretaría.

En sus comentarios introductorios a la Sección 5 sobre la función de la Comisión: ¿cuándo identificar la ley existente?, ¿cuándo proponer una nueva ley? *Davinia Aziz* sostiene que el debate sobre el equilibrio adecuado entre estabilidad y cambio en el mandato de la Comisión sigue siendo relevante en la actualidad. Señala que mejora la capacidad de los Estados miembros para responder de manera significativa a los productos de la Comisión en un mundo caracterizado por una pluralidad de actores. La Comisión, como órgano de co-

dificación de la única organización internacional universal, ha evolucionado junto con los cambios en la elaboración de tratados multilaterales y la gobernanza mundial. En su contribución titulada “Entre la codificación y la legislación: un papel de la Comisión de Derecho Internacional como legislador autónomo”, *Yifeng Chen* sostiene que la Comisión desempeña un papel doble en el proceso de elaboración del derecho internacional, como registrador y legislador, que se ocupa de diferentes tipos de legislación, a saber, “legislación mediante la conceptualización”, “legislación mediante la *lex scriptum*”, “legislación mediante la codificación” y “legislación mediante convención”. Reflexionando sobre “Las funciones de la Comisión de Derecho Internacional: ¿Identificar la ley existente o proponer una nueva ley?”, *Ineta Ziemele* propone que la Comisión revise sus funciones y métodos de trabajo para tener en cuenta la creciente pluralidad de actores y fuentes del derecho. Teniendo en cuenta el compromiso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el trabajo de la Comisión, alienta una mayor apertura, diálogo y comunicación entre los diversos órganos involucrados en la elaboración y aplicación del derecho internacional. *Sean D. Murphy*, en sus observaciones finales, ofrece una “perspectiva interna” sobre los factores que empujan el equilibrio dentro de la Comisión, ya sea en la dirección de la “codificación” del derecho internacional o en la dirección del “desarrollo progresivo”, y analiza cuándo la Comisión es transparente al trazar la distinción. En su opinión, gran parte de lo que hace la Comisión es un desarrollo progresivo del derecho, incluso si otros lo perciben comúnmente como una codificación.

La Sección 6 trata sobre “El panorama cambiante del derecho internacional”. En sus comentarios de apertura, *Elinor Hammarskjöld* señala que es un aspecto importante de la interacción entre la Comisión y los gobiernos que la Comisión no tiene que limitarse a temas tradicionales, sino que también debe considerar cuestiones que reflejan nuevos desarrollos en el derecho internacional. En su contribución sobre “Desafíos de la codificación para la Comisión de Derecho Internacional en un *panorama* cambiante del derecho internacional”, *Hajer Gueldich* examina el panorama cambiante del derecho internacional en busca de temas pertinentes. Concluye que la Comisión debe diversificar no solo los temas de su programa de trabajo, sino también la difusión de sus resultados, la forma en que aporta conocimientos y puntos de vista externos de los Estados en desarrollo y su interacción con otros órganos, desde las organizaciones regionales hasta el mundo académico. “Recalibrando la concepción de la codificación en el panorama cambiante del de-

recho internacional”, *Keun-Gwan Lee* realiza una evaluación histórica del concepto de codificación del derecho internacional, comenzando con las propuestas de Jeremy Bentham, hasta la adopción del estatuto de la Comisión. Distinguiendo entre (i) codificación mega o total, (ii) codificación fundamental o arquitectónica, (iii) codificación temática y (iv) codificación complementaria o anotativa, sugiere restablecer el equilibrio entre estas diversas categorías de codificación. *Claudio Grossman Guiloff*, en sus observaciones finales, observa que ambos colaboradores de la Sección coinciden en las fortalezas de la Comisión que le han permitido seguir siendo relevante y eficaz: la capacidad de la Comisión para adaptarse a las cambiantes demandas de la comunidad internacional; la diversidad de la Comisión; y la independencia de la Comisión. También reflexiona sobre tres temas adicionales, a saber, la falta de equilibrio de género en la Comisión, el entorno geopolítico actual y el “factor humano” del derecho internacional.

En sus comentarios de apertura a la Sección 7 sobre “La autoridad y los miembros de la Comisión”, *Djamchid Momtaz* advierte que la Comisión debe evitar abordar temas que no son aptos para la codificación. Al mismo tiempo, los criterios de selección establecidos en 1997 no deben impedir que la Comisión considere temas que reflejen las nuevas tendencias y preocupaciones de la comunidad internacional en su conjunto, que son el elemento vital de la Comisión. *Zuzana Trávníčková*, en su contribución sobre “La Comisión de Derecho Internacional y el mercado de codificación del derecho internacional”, profundiza sobre la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional como servicios ofrecidos, así como sobre la Comisión de Derecho Internacional como principal proveedor y a los Estados como demandantes. Observa que el comportamiento de los demandantes cambia lenta pero constantemente, mientras que la demanda agregada de codificación se debilita. Por el lado de los proveedores, sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional todavía ocupa una posición única debido a su mandato general. Centrándose en la “Autoridad y Comisión de la Comisión en el Futuro”, *Mónica Pinto* sostiene que se debe alentar a los Estados a nominar y elegir a más mujeres para la Comisión, y que los métodos de trabajo de la Comisión deben incorporar la diversidad de sistemas legales. Si la Comisión de Derecho Internacional va a desarrollar más productos que no sean proyectos de artículo, debería considerar la posibilidad de consultar a un campo más amplio de partes interesadas. *Dire Tladi*, en sus observaciones finales, observa que las contribuciones de *Zuzana Trávníčková* y

Mónica Pinto son complementarias al ofrecer diferentes perspectivas sobre la interacción entre autoridad y membresía, en particular sobre el tema de la representación de género.

La Tercera parte incluye “Contribuciones de celebración con motivo del septuagésimo aniversario de la Comisión”. La Sección 8 contiene los discursos pronunciados en Nueva York. En su declaración, Eduardo-Valencia Ospina, en su calidad de *Presidente de la Comisión de Derecho Internacional en su septuagésimo primer período de sesiones*, enfatiza que la Comisión ha jugado un papel crucial en sentar las bases para el buen funcionamiento de la comunidad internacional en la era de la posguerra. Dadas las preocupantes tendencias aislacionistas que han surgido recientemente en el escenario mundial, es necesario, hoy más que nunca, que continúe su labor de consolidación del derecho internacional. El *Presidente de la Asamblea General en su septuagésimo segundo período de sesiones* Miroslav Lajčák, señala que el trabajo de la Comisión ha fortalecido el cuerpo del derecho internacional. La Comisión ha ayudado a crear muchos instrumentos internacionales clave y ha contribuido a crear vías, entre otras cosas, para la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de los delitos más graves. El *Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas*, Miguel de Serpa Soares, destaca diferentes razones del éxito de la Comisión: su mandato intergubernamental, su composición única, sus sofisticados métodos de trabajo y el apoyo brindado por su Secretaría. También observa que, si bien la Comisión se enfrenta hoy a importantes desafíos, ha demostrado su capacidad de adaptación durante los últimos 70 años. El *presidente de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo segundo período de sesiones*, Burhan Gafoor, señala la relación entre la Sexta Comisión y la Comisión como una relación orgánica y simbiótica que se basa en un objetivo común, que es apoyar la el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y el fortalecimiento del sistema multilateral basado en normas. El *Representante Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas*, Jürg Lauber, observa que, si bien todos los esfuerzos para mejorar el diálogo entre la Sexta Comisión de la Asamblea General y la Comisión de Derecho Internacional son bienvenidos, la opción de celebrar las reuniones de la Comisión en Ginebra garantiza la completa independencia de su trabajo. La *Asesora Legal del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América*, Jennifer Newstead, explica que Estados Unidos no siempre ha estado de acuerdo con los temas propuestos o conclusiones particu-

lares, pero Estados Unidos reconoce el papel único que juega la Comisión en el avance de la regla de derecho en el ámbito internacional. En su discurso de apertura, Nico Schrijver, *Presidente del Institut de Droit International y Profesor de Derecho Internacional Público*, analiza algunas similitudes y diferencias entre la Comisión y el *Institut de Droit International*, seguido de varios ejemplos en los que ambas instituciones han contribuido al desarrollo progresivo del derecho internacional.

La Sección 9 incluye los discursos conmemorativos pronunciados en Ginebra. Eduardo-Valencia Ospina, en su calidad de *Presidente de la Comisión de Derecho Internacional en su septuagésimo primer período de sesiones*, elabora un concepto más amplio de codificación, que fusiona la codificación clásica y el desarrollo progresivo, y señala que la forma final del trabajo de la Comisión podría quizás sea menos importante para el futuro que el complejo proceso de codificación y desarrollo progresivo en sí mismo. El *Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas*, Miguel de Serpa Soares, destaca que la Comisión de Derecho Internacional sigue siendo el centro del desarrollo y fortalecimiento del orden jurídico internacional. Corinne Cicéron Bühler, *Directora de la Dirección de Derecho Internacional y Asesora Jurídica del Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza*, observa que la diversidad de culturas jurídicas propias de la Comisión y la Sexta Comisión, que se complementan entre sí, es un activo para el desarrollo del derecho internacional. Kate Gilmore, *Alta Comisionada Adjunta de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, destaca la gran importancia del trabajo de la Comisión para la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y el cumplimiento de la panoplia de sus mandatos de derechos humanos. Abdulqawi A. Yusuf, *Presidente de la Corte Internacional de Justicia*, analiza cómo la Comisión de Derecho Internacional ha cumplido su mandato a la luz de los cambios en la estructura y composición de la comunidad internacional que se han producido durante los últimos 70 años. Considerando en particular la descolonización y el alejamiento de un sistema centrado en el Estado, observa que la labor de la Comisión, en su conjunto, demuestra una apertura a diversas perspectivas, que han dejado una marca indeleble en los contornos del derecho internacional contemporáneo.

La obra que recensamos, sin alejarnos del texto mismo de la publicación, tiene el valor de complementar los trabajos anteriores con facetas no desarrolladas, enriquecidas por provenir de la boca misma de quienes han vivenciado la CDI y su obra.





