

**La humanidad bajo asedio:
Derecho y justicia internacional
en tiempos de violencia armada**

Emiliano J. Buis y Laura M. Giosa - Compiladores



La humanidad bajo asedio : derecho y justicia internacional en tiempos de violencia armada / Agostina N. Cichero ... [et al.]. - 1a ed. - Azul : Del Azul, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital

ISBN 978-950-9516-51-9

1. Derechos Humanos. I. Cichero, Agostina N.

CDD 341.48

2018 - Facultad de Derecho - UNCPBA
Bolívar 481 - Azul (7300) - Provincia de Buenos Aires
(54) 2281-427277
www.der.unicen.edu.ar

1° Edición - Noviembre 2018

EDITORIAL AZUL S.A
info.editorialazul@gmail.com
www.editorialazul.com.ar

Imagen de portada: Carlo Bossoni (1815-1884), Batalla de Solferino, Litografía en *The War in Italy*, Day & Son, Londres, diciembre de 1859. Dominio público. Disponible en https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Bossoli,_Carlo_-_Battle_of_Solferino.jpg

La humanidad bajo asedio: Derecho y justicia internacional en tiempos de violencia armada

Trabajos presentados en los Coloquios sobre Derecho Internacional
Humanitario y Derecho Internacional Penal del CEDH de la UNICEN
(2015-2017)

Centro de Estudios de Derechos Humanos
Facultad de Derecho - Universidad Nacional del Centro de Provincia de
Buenos Aires - 2018

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Palabras preliminares | 13 |
| Conferencias Magistrales | 15 |
| Sobre la importancia y vigencia de los Protocolos Adicionales I y II de 1977 a 40 años de su adopción | |
| <i>Gabriel Pablo Valladares (2017)</i> | 17 |
| Principios humanitarios en el Islam a la luz del Corán y la Sunna | |
| <i>Marta R. Vigevano (2017)</i> | 39 |
| Parte I: Derecho Internacional Humanitario | 55 |
| Justificar es humano: la interrelación de los elementos jurídicos y emotivos de la noción humanidad y sus consecuencias | |
| <i>Agostina N. Cichero (2015)</i> | 57 |
| Emociones en Guerra: la agresión y capacidad de resiliencia de combatientes en el Derecho Internacional Humanitario | |
| <i>María Rabino Neira (2015)</i> | 71 |
| El discurso de los grupos armados y la construcción de otredad | |
| <i>Mayra Nuñez Pastor (2017)</i> | 85 |
| La semántica del terrorismo a partir de las comunidades del sujeto cognoscente: principios para su reelaboración | |
| <i>Julio Francisco Villareal (2017)</i> | 97 |

| | |
|--|-----|
| “Romance” y afecto: el lenguaje emotivo como recurso para abordar la relación entre organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales en el DIH y el DIDH | |
| <i>Marcos Kotlik (2015)</i> | 113 |
| ¿ <i>Alea iacta es?</i> El empleo de las armas autónomas y su adecuación jurídica | |
| <i>Dominique Steinbrecher / Irina Zilbermann / María Rosario Tejada (2017)</i> | 125 |
| El Tratado de Comercio de Armas del 2013: un tibio aporte al Derecho Internacional Humanitario | |
| <i>Alan Matías Feler/ Jimena Posleman / Juan Francisco Padin (2016)</i> | 145 |
| Los ataques informáticos y el principio de distinción | |
| <i>Axel Monsech Páez (2015)</i> | 155 |
| Nuevas realidades, nuevas normas: pensar la ausencia del DIH en torno a los desplazados ambientales | |
| <i>María Sol Márquez / Romina Sarmiento (2017)</i> | 165 |
| Prevención de conflictos y construcción diplomática de comunidades emotivas transfronterizas en la Grecia helenística | |
| <i>Emiliano J. Buis (2017)</i> | 179 |
| Yemen: del conflicto armado a la crisis humanitaria | |
| <i>Mayra Pastor Nuñez / María Rabino Neira (2016)</i> | 195 |
| Hechos del pasado, normas del presente: el Éxodo Jujeño y el DIH | |
| <i>Juan Herminio García Zeballos (2016)</i> | 207 |
| Liberación anticipada de prisioneros de guerra: la batalla de Salta y el conflicto armado de Malvinas. Historia argentina y DIH | |
| <i>Juan Herminio García Zeballos (2015)</i> | 217 |
| 1817: El rechazo de San Martín a la guerra sin cuartel y el incumplimiento español del DIH como causa de la Independencia. Algunas reflexiones doscientos años después | |

| | |
|--|------------|
| <i>Juan Herminio García Zeballos (2017)</i> | 225 |
| Parte II: Derecho Internacional de los Derechos Humanos | 233 |
| Derechos económicos, sociales y culturales y conflictos armados: algunas cuestiones pendientes | |
| <i>Laura M. Giosa / Gerardo Cerabona (2016)</i> | 235 |
| El rol del ACNUR en la creación del derecho internacional de los refugiados a través de su actividad interpretativa | |
| <i>María Soledad Da Silva (2017)</i> | 247 |
| El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra y su interpretación desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos | |
| <i>Laura M. Giosa / Mariana Brocca (2017)</i> | 259 |
| A 15 años de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: avances y retrocesos en el rol de la mujer en los procesos de paz | |
| <i>Mariana Brocca / Camila A. Ormar (2015)</i> | 269 |
| La protección de la población civil en el marco de los conflictos armados. Una lectura desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad | |
| <i>Camila A. Ormar (2016)</i> | 277 |
| Discriminación por orientación sexual en las Fuerzas Armadas: un análisis desde los derechos humanos | |
| <i>Mariana Brocca / Camila A. Ormar (2016)</i> | 283 |
| Aspectos emocionales de la relación entre los refugiados y los Estados receptores: el caso de los países europeos en la actualidad | |
| <i>Andrea Paula Pesaresi (2015)</i> | 289 |
| Discursos antagónicos que subyacen al derecho internacional de los refugiados: el estado actual del realismo y el cosmopolitismo | |

| | |
|--|-----|
| <i>Martín Barros (2017)</i> | 301 |
| El derecho a la verdad en el marco de los conflictos armados. Una lectura desde los estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos | |
| <i>Camila A. Ormar / Francesca Ciuffardi / Julieta Diab (2017)</i> | 315 |
| Luces y sombras en materia de reparaciones por graves violaciones a los Derechos Humanos. Consideraciones a partir de la sentencia “Cruz Sánchez y otros Vs. Perú” | |
| <i>Camila A. Ormar (2015)</i> | 325 |
| Parte III: Derecho Internacional Penal | 337 |
| Legitimidad e impacto emocional de las cortes internacionales o mixtas en la sociedad | |
| <i>Mayra Nuñez Pastor (2015)</i> | 339 |
| La Corte Penal Internacional en el plano político | |
| <i>Dolores Neira / Ana Pecoraro (2017)</i> | 351 |
| Plan o política de Estado vs. Patrón Manifiesto de Conductas Similares: la interpretación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y los Elementos del Crimen de la Corte Penal Internacional | |
| <i>Natalia M. Luterstein (2017)</i> | 365 |
| El concepto de “organización” en los Crímenes de Lesa Humanidad: una perspectiva crítica | |
| <i>Leandro A. Días (2015)</i> | 377 |
| La Costumbre Internacional: ¿una fuente <i>taboo</i> en el derecho internacional penal? Su relación con el principio de legalidad | |
| <i>Romina E. Pezzot (2017)</i> | 391 |
| Mujeres perpetradoras de crímenes internacionales | |

| | |
|--|-----|
| <i>Marianela Paz Clinaz (2017)</i> | 405 |
| Los “derechos humanos internacionalmente reconocidos” ante la Corte Penal Internacional | |
| <i>Martina Olivera (2015)</i> | 413 |
| Determinación de la pena por la Corte Penal Internacional | |
| <i>Silvana Corvalán (2016)</i> | 425 |
| Las etiquetas importan: Análisis del concepto de coautoría en la Corte Penal Internacional | |
| <i>Mariana Gutiérrez (2016)</i> | 437 |
| Del Estado a los individuos: el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y los dispositivos de transformación de los hechos internacionalmente ilícitos en crímenes de guerra | |
| <i>Natalia M. Luterstein (2016)</i> | 455 |
| Entre la Responsabilidad de Proteger y la Corte Penal Internacional ¿Cambio de paradigma? | |
| <i>Ignacio Odriozola / Marianela Clinaz (2015)</i> | 465 |
| La calificación del conflicto armado en el caso Lubanga Dyilo y el diálogo entre tribunales | |
| <i>Natalia M. Luterstein (2015)</i> | 477 |
| “Marry Her Anyway”: Matrimonio forzado en la Corte Penal Internacional | |
| <i>Paula Scianca Luxen (2016)</i> | 489 |
| Fertilización cruzada: el daño al proyecto de vida en las sentencias de reparaciones en procesos penales internacionales | |
| <i>Facundo Manuel Achaga (2016)</i> | 501 |
| La Destrucción de Patrimonio Cultural como Crimen de Lesa Humanidad de Persecución: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para la Ex-Yugoslavia | |

Sebastián A. Green Martínez (2015) 513

Los desafíos del ingreso de Palestina a la Corte Penal Internacional.
Prospectivas y perspectivas para el juzgamiento de los crímenes
cometidos durante la Operación Margen Protector

Mariano del Pópulo (2015) 521

¿Es posible la comisión de crímenes de lesa humanidad en contextos
democráticos? A propósito de la sentencia en el caso “Capilla del
Rosario”

Romina E. Pezzot (2016) 535

Palabras preliminares

Es para nosotros/as una gran satisfacción poder presentar una nueva obra colectiva, conformada por los trabajos expuestos en los tres últimos Coloquios de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Internacional Penal, organizados entre 2015 y 2017 por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, auspiciados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En este libro confluyen las ponencias presentadas por cada uno/a de los/as autores/as, enriquecidas por las reflexiones y debates que se generan en nuestros encuentros anuales.

Siguiendo lo que ya podemos considerar una costumbre en el marco de este espacio científico académico, hemos reunido las comunicaciones presentadas en los últimos tres eventos. El VII Coloquio, organizado en el año 2015, fue dedicado a los setenta años de creación de la Organización de las Naciones Unidas. La octava edición del evento celebró los cincuenta años de la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, en el año 2017, el IX Coloquio se realizó en conmemoración de los cuarenta años de la firma de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra. En el mismo sentido, intentando respetar la metodología de los dos volúmenes anteriores, la sucesión de trabajos no respeta un orden cronológico –conforme la programación de cada edición. En esta oportunidad, se prefirió reunir los trabajos bajo tres grandes áreas temáticas: Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos humanos, y Derecho Internacional Penal.

No podemos dejar de agradecer a todos/as aquellos/as que han presentado ponencias, dictado conferencias, así como a quienes asisten y participan activamente del debate de ideas. Todos/as, sin duda, enriquecen este foro que tiene como objetivo difundir la enseñanza del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. Asimismo, expresamos nuestro inmenso agradecimiento a los/las integrantes del Centro de Estudios en Derechos Humanos, y al personal de la Facultad de Derecho de la UNICEN, que durante estos nueve años nos han apoyado con gran entusiasmo, logrando que la organización logística funcione cada año. En particular, corresponde agradecer especialmente a Camila Ormar, quien ha colaborado arduamente con la edición de este libro. Finalmente, como lo hacemos en cada edición de nuestro Coloquio, agradecemos al CICR y al ACNUR, quienes continúan auspiciando esta reunión científica.

El Coloquio de Azul se ha mantenido a lo largo de nueve años, reuniendo en un ámbito de camaradería a profesores/as, investigadores/as, especialistas, jóvenes graduados/as y alumnos/as, quienes pudieron expresar y debatir sus ideas,

con profundidad y calidad. Pero también se ha conformado un grupo humano que comparte su pasión por el estudio del DIH y disfruta de viajar y encontrarse cada año en Azul. Deseamos que este libro continúe reflejando ambas cuestiones, mostrando la riqueza de los temas abordados.

Finalmente, en el contexto que nos toca atravesar, queremos hacer explícito nuestro reconocimiento a la Educación Pública y a la calidad de las universidades públicas argentinas. Esta obra y las anteriores, que ponen por escrito las experiencias de las reuniones anuales en cada Coloquio, son parte de la Universidad Pública, Abierta y Democrática de la que nos sentimos plenamente orgullosos/as.

Lxs compiladores

Conferencias Magistrales

Sobre la importancia y vigencia de los Protocolos Adicionales I y II de 1977 a 40 años de su adopción

GABRIEL PABLO VALLADARES¹

Comité Internacional de la Cruz Roja, Delegación Regional para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay

El presente artículo retoma y amplía las palabras pronunciadas por el autor en nombre de la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, en el marco del acto inaugural del Coloquio de Derecho internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional organizado por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, con sede en la Ciudad de Azul, en 2017.

En tal ocasión, el tema escogido fue “*El Derecho internacional humanitario, a 40 años de la adopción de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*”, debido a que el Coloquio fue dedicado a este aniversario.

Siendo que en este artículo se trata de reflejar la importancia que tienen los Protocolos Adicionales de 1977, aún después de 40 años de su adopción, una breve introducción histórica del derecho internacional humanitario contemporáneo, con ciertas referencias conceptuales a ciertos institutos legales contenidos en sus tratados internacionales, como así también la contribución del CICR a su desarrollo, es

¹ Gabriel Pablo Valladares es Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay desde 1998. Hasta 1997 fue profesor adjunto interino de derecho internacional público y de derecho internacional humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina. Entre 2005 y 2007 fue profesor invitado del Posgrado “lato sensu” em Direito dos Conflitos Armados, de la Universidad de Brasilia, Brasil realizado en asociación con la Universidad de Bochum, Alemania; del módulo de derecho internacional humanitario del Postgrado en jurisdicción penal internacional y derechos humanos de la Universidad Nacional de Mar del Plata y del Postgrado sobre Ser Humano y Conflicto Armado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Entre 2004 y 2008 fue profesor titular de derecho internacional humanitario de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Entre 1997 y 2003 fue corresponsal del Asser Instituut de Holanda para su Yearbook of International Humanitarian Law. Ha participado como expositor en el módulo cedido al CICR por la Organización de Estados Americanos en los cursos de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro, Brasil, en sus ediciones de 2002, 2003, 2005, 2008, 2012, 2014, 2015, 2016 y 2017. Es autor de obras y artículos de Derecho Internacional y ha sido expositor o conferencista en más de 350 eventos para públicos diplomáticos, académicos, parlamentarios y militares de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Grecia, Guatemala, Italia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Sudáfrica, Suiza, Venezuela y Uruguay. El contenido del presente artículo es de exclusiva responsabilidad del autor.

presentado de inicio con el mero propósito de reflejar la evolución de esta normativa a través de los hechos y el tiempo. Sigue una aproximación escueta a los aspectos generales de los Protocolos adicionales de 1977, como elementos necesarios que permitirán, por último, valorar la contribución de estos instrumentos internacionales para la protección internacional de las víctimas de los conflictos armados.

1. La evolución del derecho internacional humanitario contemporáneo y la contribución del CICR para su desarrollo

Conforme el CICR, el derecho internacional humanitario es el conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección o protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto.²

2 Los doctrinarios han definido al derecho internacional humanitario de diversas formas, poniendo el acento en diversos elementos constitutivos de esta rama del derecho internacional. Así, por ejemplo, el Profesor suizo Jean Pictet solía sostener durante el dictado de sus cursos que: “el derecho internacional humanitario es una parte considerable del Derecho internacional Público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra”. Ver PICTET (1997:93). POR SU PARTE, LA PROFESORA EMÉRITA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, HORTENSIA D.T. GUTIERREZ POSSE, DEFINE AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: “COMO UN CUERPO DE NORMAS INTERNACIONALES, DE ORIGEN CONVENCIONAL O CONSUEUDINARIO, ESPECÍFICAMENTE DESTINADO A SER APLICADO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS, INTERNACIONALES O NO INTERNACIONALES, QUE LIMITA EL DERECHO DE LAS PARTES EN CONFLICTO A ELEGIR LIBREMENTE LOS MÉTODOS Y LOS MEDIOS UTILIZADOS EN LA GUERRA, O QUE PROTEGE A LAS PERSONAS Y LOS BIENES AFECTADOS, O QUE PUEDEN ESTAR AFECTADOS POR EL CONFLICTO”. VER GUTIERREZ POSSE (1995: 347). A su vez, el Profesor Emiliano J. Buis, de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y de la Universidad de Buenos Aires lo ha definido así: “El derecho internacional humanitario, tal como se conoce hoy, es una rama del Derecho Internacional Público que se ocupa de poner límites a los derechos de las partes en el seno de un conflicto armado entre los ejércitos regulares de dos o más Estados (conflicto armado de carácter internacional [CAI]), o bien entre las fuerzas militares de un Estado con grupos beligerantes o guerrillas dentro de su propio territorio (conflicto armado de carácter no internacional [CANI]). En tanto disciplina normativa, entonces, parece claro que las disposiciones del derecho internacional humanitario presentan una doble finalidad: por un lado, brindar protección a las víctimas y a todos aquellos que no participan o dejaron de participar en los combates y, en segundo lugar, establecer limitaciones a los medios y métodos de conducir las hostilidades. Estas dos vertientes -que constituyen por cierto las caras de una misma moneda- han recibido, con un criterio teórico, las denominaciones de Derecho de Ginebra y de Derecho de La Haya, respectivamente, teniendo en cuenta la ciudad en donde fueron aprobados mayoritariamente los textos convencionales que estipulan sus regímenes de regulación.. Ver BUIS (2010: 287). Por último, el Profesor Nils Melzer, actual Relator especial sobre la Tortura de la Organización de Naciones Unidas, ha expresado que: “El derecho internacional humanitario es un conjunto de reglas que buscan limitar las consecuencias humanitarias de los conflictos armados. A veces también se conoce como el derecho de los conflictos armados o el derecho de la guerra (jus in bello). El propósito principal del derecho internacional humanitario es restringir los medios y los metodos de

En pocas palabras, el derecho internacional humanitario comprende las normas del derecho internacional que establecen normas mínimas de humanidad que deben ser respetadas en cualquier situación de conflicto armado.

La codificación de este derecho en el ámbito universal comenzó en el siglo XIX y desde entonces los Estados han aceptado un conjunto de normas basado en la experiencia de los conflictos armados, para dar protección a quienes no participan o han dejado de participar en dichos eventos. Así, este derecho, entre algunas de sus disposiciones, protege a quienes no participan en un conflicto armado, como la población civil, el personal sanitario o los trabajadores humanitarios, a los que ya no pueden luchar, como los soldados heridos o los prisioneros; prohíbe los ataques contra la población civil y los considera crímenes de guerra; reconoce el derecho de la población civil a obtener protección contra los peligros de los conflictos armados y a recibir la ayuda necesaria; obliga a que se tomen todas las medidas posibles para evitar cualquier daño a la población, sus casas o sus medios de subsistencia, como fuentes de agua, cultivos o ganado; establece que los enfermos y los heridos tienen derecho a recibir ayuda, independientemente del bando al que pertenezcan; especifica que los trabajadores sanitarios, sus vehículos y los hospitales dedicados a tratamiento humanitario no deben ser atacados; prohíbe la tortura y el trato humillante o denigrante a prisioneros; especifica que los detenidos deben recibir alimento y agua, y también se les debe permitir comunicarse con sus seres queridos; limita el empleo de armas y tácticas durante los conflictos armados, a fin de evitar sufrimiento innecesario y prohíbe expresamente la violación u otras formas de violencia sexual en el contexto de un conflicto armado, entre otras cosas.

Es sabido que el derecho internacional humanitario nació tras las tareas de salvamento y socorro imparciales emprendidas por Henry Dunant en favor de los soldados heridos en el campo de batalla de Solferino, norte de Italia, en junio de 1859 y en una de las propuestas que posteriormente consignó en su obra “*Recuerdos de Solferino*”.³

A la iniciativa de Dunant se debe el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja⁴ y la aprobación del primer *Convenio de Ginebra para el Mejoramiento* guerra que las partes de un conflicto puedan emplear y para garantizar la protección y el trato humano de las personas que no participan, o que han dejado de participar directamente en las hostilidades. En pocas palabras, el derecho internacional humanitario comprende las normas del derecho internacional que establecen normas mínimas de humanidad que deben ser respetadas en cualquier situación de conflicto armado”. Ver MELZER (2016: 17).

3 Jean Henri Dunant (también conocido como Henry Dunant) nació el 8 de mayo de 1828, en Ginebra. En su juventud conformo “La Sociedad Filantrópico para socorrer ancianos y enfermos detenidos” e hizo parte de “La Unión de Jóvenes Cristianos de Ginebra” mostrando un alto espíritu altruista y humanitario. Fue cofundador del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Recibió el Premio Nóbel de la Paz el 10 de Diciembre de 1901. Murió a los 82 años, el 30 de Octubre de 1910 en Heiden.

4 El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja está conformado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) que es su fundador y que trabaja en la protección y asistencia de las víctimas de los conflictos armados y de situaciones de violencia interna y, a su vez, es el promotor y el guardián del derecho internacional humanitario; la Federación Internacional de

de la *Suerte de los Militares Heridos de los Ejércitos en Campaña*, firmado en 1864,⁵ primer antecedente de los *Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949* y los *Protocolos Adicionales I y II del 8 de junio de 1977*.

Si bien el derecho internacional humanitario contemporáneo nace en el siglo XIX, ciertos elementos que se consideran la base del pensamiento humanitario y que han sido útiles para el desarrollo de las normas internacionales destinadas a ser aplicadas en conflictos armados, se han gestado con mucha anterioridad.

En el año de su fundación, 1863, el CICR reunió en Ginebra un congreso donde participaron personalidades de varios países, quienes recomendaron la creación de sociedades nacionales de socorro y apoyaron las ideas de Dunant.

En 1864 el Consejo Federal Suizo convocó a una Conferencia en Ginebra de la que participaron delegados plenipotenciarios de 16 Estados. En el seno de la Conferencia mencionada, se adoptó el texto del primer *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte que corrían los militares heridos de los ejércitos en campaña* (en adelante Convenio de Ginebra de 1864). Este tratado fue revisado, y ampliado en varias oportunidades y da origen, a otros tratados internacionales, especialmente en 1906, 1929, 1949 y 1977.

Los diez artículos del Convenio de Ginebra de 1864, disponen básicamente sobre el respeto y la protección del personal y las instalaciones sanitarias, como así también, reconocen el principio esencial de que los militares heridos o enfermos, debían ser protegidos y cuidados sin importar su nacionalidad, instituyéndose el emblema distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco, colores invertidos de la bandera suiza, para la identificación y la protección de los cuerpos, instalaciones y transportes sanitarios o de socorro en los conflictos armados.

En 1876, durante la denominada “*Guerra de Oriente*”, el Imperio Otomano, que era Parte del Convenio de Ginebra de 1864, envió una carta al CICR anunciando que para la identificación de sus cuerpos de socorro adoptaba el emblema de la media luna roja sobre fondo blanco, explicando que lo hacía así, porque el emblema de la cruz roja sobre fondo blanco chocaba con la susceptibilidad del soldado musulmán.

Fue en 1929, cuando la Conferencia Diplomática que fue reunida para revisar el Convenio de Ginebra de 1864, reconoció además de la cruz roja sobre fondo blanco a otros dos emblemas como signos distintivos y de protección de los establecimientos y de las formaciones de sanidad o socorro: la media luna roja y el sol y león rojos.⁶

Sociedades de Cruz Roja y Media Luna Roja, que dirige las operaciones internacionales de socorro del Movimiento en caso de catástrofes naturales o tecnológicas y apoya a las Sociedades Nacionales en sus programas a personas vulnerables y por último, las Sociedades Nacionales de Cruz Roja o de Media Luna Roja, que son auxiliares públicos de sus propios Estados en materia humanitaria. Los tres componentes se rigen por siete principios fundamentales comunes, pero son completamente autónomos y tienen gobernanza, presupuesto y gestión independiente una respecto de la otra. Cada cuatro años los tres componentes del Movimiento se reúnen con los Estados Partes del Convenio I de Ginebra de 1949 en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.

5 Conf. Mc COUBREY (1995: 74).

6 El emblema del León y Sol Rojos sobre fondo blanco fue utilizado por Irán hasta 1980. Cuando asume el gobierno el Ayatollah Khomeini se informa al CICR que, a partir de ese momento, los cuerpos de socorro utilizarían la Media Luna Roja.

En 1868 se adoptó la Declaración de San Petersburgo que enunciaba:

Que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo; Que, a este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; Que este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o haría su muerte inevitable.

Puede sostenerse que la Declaración contiene algunos de los elementos que describen los principios del derecho internacional humanitario, tanto el de distinción, como el de necesidad militar y la prohibición de causar males superfluos o daños innecesarios.⁷

En 1874, una Conferencia Diplomática celebrada en Bruselas por iniciativa del Zar Alejandro II de Rusia aprobó un proyecto de declaración internacional relativa a las leyes y costumbres de la guerra. Pero ese texto no fue ratificado, porque algunos gobiernos presentes no deseaban verse obligados por un tratado internacional. Sin embargo, el proyecto de Bruselas fue una importante etapa en la codificación de las leyes de la guerra.

En 1899, Frédéric de Martens enunció, para los casos no previstos en el derecho internacional humanitario, el principio siguiente: *“las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”*.⁸

Puede sostenerse entonces, que Rousseau y de Martens, fueron quienes contribuyeron para establecer las bases del principio de humanidad.

A finales del siglo XIX, se celebró en La Haya la Conferencia de la Paz de 1899 que prohibió el empleo de balas que se hinchan o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano y luego en 1907, la segunda Conferencia en La Haya revisó y amplió la primera, aprobando catorce Convenios.⁹ Mientras tanto, continuaba el desarrollo

7 Conf. Derecho internacional Humanitario, Respuestas a sus preguntas, CICR, Ginebra, 2003 pag.7.

8 Conf. Derecho internacional Humanitario, Respuestas a sus preguntas, CICR, Ginebra, 2003 pag.7.

9 Las Leyes y Reglamentos de La Haya de 1907 están conformados por los siguientes convenios: Convenio I. Arreglo pacífico de los conflictos internacionales; Convenio II. Limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas; Convenio III. Ruptura de hostilidades; Convenio IV. Leyes y costumbres de la guerra terrestre que tiene como anejo el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre; Convenio V. Derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre; Convenio VI. Régimen de los buques mercantes al empezar las hostilidades; Convenio VII. Transformación de buques mercantes en buques de guerra; Convenio VIII. Colocación de minas submarinas automáticas de contacto; Convenio IX. Bombardeo de fuerzas navales en tiempo de guerra; Convenio X. Ampliación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra; Convenio XI. Restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima; Convenio XII. Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas; Convenio XIII. Derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima; Convenio XIV. Declaración acerca de la prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde globos.

del Derecho de Ginebra o derecho internacional humanitario, con la adopción de un nuevo Convenio de Ginebra en 1906, para aliviar la suerte corrida por los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña que actualizaría el Convenio de 1864.

Suele decirse que los hechos preceden al derecho. El derecho internacional humanitario intentó siempre dar respuesta a las experiencias dramáticas de los conflictos armados en procura de evitar el sufrimiento humano, a lo que se sumó también, la necesidad de limitar los avances técnico-bélicos especialmente crueles.

El primer conflicto mundial demostró que era preciso adoptar y codificar normas para la protección de los prisioneros de guerra, a favor de los cuales el CICR ya había emprendido una acción humanitaria de envergadura, sin que aquello se encontrase previsto en los instrumentos internacionales entonces en vigor. Por la experiencia adquirida en este campo, se le encargó al CICR la preparación de un proyecto de código, que se transformó en 1929 en la *Convención sobre la Protección de los Prisioneros de Guerra*.

En 1919, la firma del *Tratado de Versalles* pone fin a la Primera Guerra Mundial y se crea la Liga de Sociedad de Naciones en el ámbito internacional. Coetáneamente en el mundo de la cruz roja nace la Liga de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, actualmente conocida con el nombre de Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.

Por otra parte, la guerra con agentes bacteriológicos y químicos y los desmanes ocasionados por estas armas en la primer contienda bélica de carácter mundial, indujo a la Comunidad Internacional, con el apoyo del CICR, a trabajar en el texto de un tratado sobre esta cuestión: el *Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición del empleo en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos*.

En 1934, la XV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, reunida en Tokio, aprobó el “*Proyecto de convenio internacional relativo a las personas civiles de nacionalidad enemiga que se hallan en el territorio de un beligerante o en el territorio ocupado por éste*”, preparado por el CICR. Pero, este proyecto tampoco se perfeccionó porque los Gobiernos se opusieron a la convocatoria de una Conferencia Diplomática que hubiera podido conducir a su aprobación. Así, las disposiciones del proyecto de Tokio no pudieron ser aplicadas durante la última contienda mundial, con las consecuencias conocidas por todos.

La Segunda Guerra Mundial fue un conflicto caracterizado por una violencia sin precedentes. Y no sólo por la violencia de un combatiente contra otro, sino porque en gran medida esa violencia se dirigió contra la población civil, que no había pagado un precio tan alto por el belicismo desde la Guerra de los Treinta Años. En este conflicto, por primera vez, las bajas de los no combatientes superaron a las de los combatientes.¹⁰

10 A mayor abundamiento, desde el año 1700 han muerto en conflictos armados más de 100 millones de personas, el 90% durante el siglo XX y un 13% desde 1945 al presente.]]Durante la década del 70 los civiles pasaron a ser el 73% de las víctimas y en la siguiente década el 85%, actualmente son cerca del 90% de las bajas de los conflictos armados.

Los campos de exterminio de los nazis, artífices siniestros del holocausto del pueblo judío y el asesinato de otros grupos étnicos y políticos, añadieron otra cuota de horror a la tragedia que el mundo vivió entre 1939 y 1945. Para expresar el sentimiento de entonces ante tan terribles hechos, alcanza con citar las palabras del general Eisenhower cuando visitó un campo de la muerte nazi en 1945: “*El mundo debe saber lo que ha sucedido y nunca olvidarlo*”.¹¹

También, conflictos de carácter interno, como la sangrienta guerra civil española, entre 1936 y 1939, mostraron que los tratados humanitarios debían extenderse a los conflictos armados sin carácter internacional. Por ello, finalizada la Segunda Guerra Mundial, se produjo un consenso generalizado tendiente a adaptar y modernizar el derecho internacional humanitario.¹²

En febrero de 1945, incluso antes del fin de las hostilidades, el CICR anunció a los Gobiernos y a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja su intención de revisar los Convenios de Ginebra existentes, así como de que se adoptaran nuevos convenios, preguntándose si aún quedaba espacio para las normas humanitarias en una era de guerra total.¹³

La Confederación Helvética convocó, como en ocasiones anteriores, a una

11 Conf. SPOERRI, Philip, en su discurso en la Ceremonia para celebrar el 60º aniversario de los Convenios de Ginebra en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-120809.htm>.

12 Por ejemplo, el Profesor Rodríguez Villasante-Prieto, José Luis ha mencionado en su artículo “El Derecho Internacional Humanitario como Instrumento de Paz”, en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/8992,pag.30>, lo siguiente: “como consecuencia de esta evolución, algunos autores sostuvieron la opinión de que estando prohibida la guerra, sería minar la confianza de la opinión pública sobre la eficacia de la Organización de Naciones Unidas, la aprobación de normas de aplicación en la guerra y ello significó el escaso desarrollo de las reglas internacionales sobre el uso de la fuerza (Derecho de La Haya). Por el contrario, el Comité Internacional de la Cruz Roja fue más pragmático al promover el progreso del derecho internacional humanitario (Derecho de Ginebra), sobre protección de las personas contra el abuso de las fuerzas en caso de conflicto armado, pues las guerras se producen a pesar de todo y hay situaciones en las que se admite recurrir a la fuerza, conforme a la Carta de ONU (legítima defensa, acción preventiva o represiva ordenada por el Consejo de Seguridad de la ONU o aplicación del principio el derecho de los pueblos a su libre determinación). En las guerras hay siempre personas que sufren y a ellas se aplica el derecho internacional humanitario con independencia de las causas del conflicto armado”.

13 A mayor abundamiento, el CICR organizó una Conferencia Preliminar de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y Media Luna Roja en Ginebra para estudiar los convenios que protegían a las víctimas de la guerra, en septiembre de 1945, seguida por una Conferencia de Expertos Gubernamentales en 1947. Esta última recogería opiniones para revisar los dos Convenios de Ginebra existentes, sobre los heridos y los enfermos y sobre los prisioneros de guerra, y principalmente para preparar un nuevo convenio sobre la condición y la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. Fortalecido por ese apoyo, el CICR informó a las autoridades suizas de su deseo de convocar otra conferencia diplomática. Mientras tanto, los participantes en la XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Estocolmo, el año 1948, se declararon en favor de revisar y adaptar los Convenios de Ginebra. La Conferencia Diplomática se inició el 21 de abril en presencia de representantes de 64 Estados, es decir que estaban presentes casi todos los Estados existentes en esa época y le llevó casi cuatro meses realizar su labor, lo que sorprendió a la opinión pública y prolongó la conferencia mucho más de lo previsto.

Conferencia Diplomática y el CICR asumió la misión de elaborar los proyectos de los acuerdos, los que fueron aprobados en una única sesión.¹⁴ En el marco de esta Conferencia se adoptó una cuarta convención relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra. De modo que, no cabe duda, de que la decisión de elaborar los Convenios de Ginebra de 1949, estuvo sellada por la tragedia de la Segunda Guerra Mundial y de que la finalidad de los Convenios era llenar los vacíos del derecho internacional humanitario, que habían quedado revelados por el conflicto.

Toda la doctrina jurídica coincide en que los principales instrumentos del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados son los Convenios precedentemente mencionados. Estos tratados, universalmente aceptados,¹⁵ protegen durante las situaciones de conflicto armado, entre otros, a los heridos, los enfermos, los náufragos, los prisioneros de guerra y las personas civiles.

Las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (en adelante I, II, III, IV Convenio) y sus Protocolos adicionales I, II y III son la columna vertebral del derecho internacional humanitario.

Las normas establecidas en los cuatro Convenios de Ginebra se aplican a los conflictos armados internacionales. Sólo una disposición de los Convenios de Ginebra, el artículo 3 común a los cuatro Convenios, se aplica a los conflictos armados no internacionales.

Cada uno de los Convenios encierra un régimen de protección de una categoría de víctimas en especial, así, los heridos y los enfermos de los ejércitos de campaña en el I Convenio; los heridos, enfermos y náufragos en el II Convenio; los prisioneros de guerra en el III Convenio y los civiles en el IV Convenio. Cada uno de estos sistemas principales de protección incluye también categorías particulares de personas que tienen derecho a una protección máxima o reforzada. Tal es el caso del personal sanitario y religioso en el I y el II Convenio; los menores de edad y las mujeres en el III Convenio y las mujeres y niños, los refugiados y apátridas en el IV Convenio.

Es importante destacar que nadie podrá ser obligado a renunciar, ni renunciará voluntariamente a la protección que se le otorga en los Convenios.¹⁶

Es dable resaltar aquí, que los Convenios de Ginebra establecen la obligación de los Estados de llevar ante la Justicia a todo sospechoso de cometer o haber dado orden de cometer cualquiera infracción grave del derecho internacional humanitario y consagra además el principio de jurisdicción universal para los casos de que un Estado, no quiera o no pueda juzgar a dichos sospechosos.

Si bien los Convenios contienen muchas normas protegen a quienes no participan o han dejado de participar de las hostilidades, no abarcan importantes ámbitos, como por ejemplo el de la conducción de las hostilidades y la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades.

14 Conf. CAÑADO TRINDADE, PEYTRIGNET Y RUIZ DE SANTIAGO (1996: 132).

15 En 2017, 197 Estados han ratificado las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

16 Véase artículo 7 de los I a III Convenios; artículo 8 del IV Convenio.

A los Convenios de Ginebra, se sumaron los trabajos finalizados de la *Conferencia Diplomática de 1974-1977, sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados*, reunida en Ginebra. La Conferencia culminó con la adopción de dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949; el primero aplicable a los conflictos armados de carácter internacional y el segundo a los conflictos armados sin carácter internacional. Una vez más, el CICR acompañó desde su génesis ese proceso, preparando el texto completo de los proyectos que sirvieron de base para los debates de la Conferencia Diplomática citada precedentemente.

Los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 se elaboraron como una respuesta a los cambios de los conflictos armados, en particular la expansión de la guerra de guerrillas, y al mayor sufrimiento de los civiles en los conflictos armados debido, en parte, a los desarrollos en la tecnología armamentista.

Un elemento importante, es que el valor de ambos Protocolos estriba en su trasfondo multicultural; de hecho, los Estados de todo el mundo existentes en ese momento participaron en las negociaciones de sus textos.

Estos protocolos introdujeron normas esenciales relativas a la conducción de las hostilidades y los medios y los métodos de hacer la guerra, cuyo objetivo era reforzar la protección de los civiles. En particular, formularon el importante principio de distinción entre civiles y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Además, extendieron la lista de garantías fundamentales aplicables a todas las personas que caen en poder del adversario.

Así, el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra complementa las disposiciones de los Convenios que reglamentan los conflictos armados internacionales y amplía la definición de esos conflictos para incluir las situaciones en las cuales los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio de su derecho a la libre determinación.

Los Protocolos adicionales de 1977 también fueron una respuesta a la proliferación de conflictos armados internos. En realidad, el Protocolo adicional II fue el primer tratado dedicado exclusivamente a la protección de las víctimas de ese tipo de conflictos y se elaboró a partir de la protección conferida en el artículo 3 común. El Protocolo adicional II se aplica especialmente a conflictos armados no internacionales entre las fuerzas armadas estatales y grupos armados organizados que ejerzan un control territorial tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo.

Desde 1977 hasta la actualidad, la Comunidad Internacional adoptó otros textos de instrumentos internacionales de derecho internacional humanitario o, con contenidos de esta normativa, habiendo el CICR sido participe en los debates previos y en las conferencias que adoptaron sus textos, tales como la *Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados* de 1980 y sus cinco protocolos; la *Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su destrucción* de 1993; la *Convención sobre la Prohibición del Empleo,*

Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción de 1997; el *Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional* en 1998 que contiene un listado de crímenes de guerra en su artículo 8º; el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados* de 2001; el *Protocolo III Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Aprobación de un Signo Distintivo Adicional* de 2005; la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* de 2006 que es aplicable también durante conflictos armados; la *Convención de Oslo sobre la Prohibición de las Municiones en Racimo* de 2008; la *Convención sobre la Transferencia y Comercio de Armas* de 2013; y el *Tratado para la prohibición de las Armas Nucleares* de 2017.

2. Los Protocolos Adicionales I y II del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949

2.1. Protocolo Adicional I

Un hecho notorio del Protocolo adicional I resulta ser el progreso significativo que se logró al codificar normas sobre la conducción de hostilidades. A diferencia de las normas que regulan el trato debido a los civiles en poder del enemigo, desarrolladas considerablemente en el IV Convenio de Ginebra, como ya se ha mencionado, las normas relativas a los métodos y medios de guerra lícitos y la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades no habían sido examinadas desde los Convenios de La Haya de 1907.

En la Conferencia donde se negociaron los Protocolos adicionales entre 1974 y 1977, los Estados buscaron un cuidadoso equilibrio entre lo que es necesario en el plano militar para superar al adversario y las limitaciones en la conducción de las hostilidades por razones humanitarias. Las partes en conflicto siempre deben mantener ese delicado equilibrio cuando libran hostilidades. Por ello, puede sostenerse que un elemento esencial del Protocolo adicional I es que en su texto se codifica y se sienta el principio de distinción. Este principio establece que las partes en conflicto deben distinguir, en todo momento, entre los no combatientes, por ejemplo la población civil, y los combatientes y exige además, que los ataques deben ser dirigidos únicamente contra objetivos militares y no contra los bienes civiles o la población civil.¹⁷ A través de este principio se busca la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, así como de los bienes que no tienen relación con el conflicto armado, exigiendo a las partes enfrentadas que distingan lo que puede

17 El artículo 48 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra dispone que: “A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

ser objeto de una acción militar de aquello que no debe serlo.¹⁸

En el Protocolo adicional I también se reafirma y se codifica claramente, por primera vez, la obligación consuetudinaria de la proporcionalidad en la conducción de las hostilidades.

Según el principio de proporcionalidad se prohíben las armas y los métodos que causen a las personas civiles y a sus bienes daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa prevista. Así, se prohíbe lanzar ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista.

El principio de proporcionalidad intenta equilibrar la necesidad militar con las consideraciones de humanidad o los intereses humanitarios.¹⁹

Sólo aquellos daños que quebranten la proporcionalidad aceptada por el derecho internacional humanitario, podrán ser considerados como ilícitos, por su parte, los que respeten este principio, aunque representen la pérdida de vidas de personas y bienes de carácter civil, son aceptados por el derecho internacional humanitario.

Por otra parte, este Protocolo ayuda a establecer cuáles son los objetivos legítimos en caso de ataque militar. Así pues, prohíbe los ataques indiscriminados y los ataques o represalias contra la población civil y las personas civiles,²⁰ los bienes de carácter civil,²¹ los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil,²²

18 Conf. CHAIB DE MARES (2010: 2). ESTA REGLA IMPONE A LAS PARTES EN CONFLICTO OBLIGACIONES EN TRES SENTIDOS: 1) DISTINGUIRSE DE LA POBLACIÓN CIVIL, ESTO ES, NO CAMUFLARSE ENTRE ELLA, NO PRESIONARLA PARA QUE SE HAGA PARTICIPE EN LOS OPERATIVOS MILITARES, NI UTILIZARLA COMO PARAPETO U ESCUDO HUMANO, CON EL OBJETIVO DE EVITAR QUE QUEDE EXPUESTA A LOS RIGORES DEL CONFLICTO; 2) MARGINAR A LA POBLACIÓN CIVIL DE CUALQUIER ACTO HOSTIL, RESPETAR SU VIDA, INTEGRIDAD Y BIENES; Y 3) DIFERENCIARSE DE LA POBLACIÓN CIVIL MEDIANTE EL EMPLEO DE UNIFORMES, SIGNOS, BRAZALETES, ARMAS A LA VISTA Y EN GENERAL TODOS LOS MEDIOS NECESARIOS PARA ESTABLECER CLARAMENTE ESTA DIFERENCIA.

ESTE PRINCIPIO IMPLICA QUE LA PRESENCIA ENTRE LA POBLACIÓN CIVIL DE PERSONAS CUYA CONDICIÓN NO RESPONDE A LA DEFINICIÓN DE PERSONA CIVIL, NO PRIVA A ESTA POBLACIÓN DE SU CALIDAD DE CIVIL. ADEMÁS, EN CASO DE DUDA ACERCA DE LA CONDICIÓN DE UNA PERSONA O DE UN BIEN, DEBE CONSIDERARSELES COMO CIVILES. PARA QUE UN CIVIL PIERDA SU ESTATUTO PROTEGIDO TIENE QUE PARTICIPAR DIRECTAMENTE EN LOS COMBATES Y TENER LA INTENCIÓN DE CAUSAR DAÑO FÍSICO A UN COMBATIENTE.

19 Al regular los ataques indiscriminados, el artículo 51.5.b) del Protocolo adicional I establece que “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. En esa misma línea, el artículo 57.3 señala que “Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil”. Ambos se refieren al principio de proporcionalidad.

20 Véase artículos 48 y 51 del Protocolo adicional I.

21 Véase artículos 48 y 52 del Protocolo adicional I.

22 Véase artículo 54 del Protocolo adicional I.

los bienes culturales y los lugares de culto,²³ las obras y las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas²⁴ y el medio ambiente natural.²⁵

La mayor parte de los ataques u otros actos cometidos en violación de las prohibiciones que se han mencionado precedentemente se consideran, bajo ciertas condiciones, infracciones graves del derecho internacional humanitario.

El Protocolo adicional I contiene definiciones importantes, entre ellas dispone que los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, localización, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezcan en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.²⁶

Por otra parte, el artículo 50 del Protocolo adicional I define el término “población civil” como comprendiendo “todas las personas que son civiles” y define al “civil” en forma negativa, como cualquier persona que no sea miembro de las fuerzas armadas o de un grupo armado organizado de alguna de las partes del conflicto. Estas definiciones son también importantes para efectos de distinguir civiles respecto de combatientes en los conflictos armados internos que son regulados por el Protocolo II y por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.²⁷

Las innovaciones del Protocolo en lo que respecta a los estatutos de combatiente y de prisionero de guerra, que suscitaron cierta polémica cuando fue aprobado, son hoy mucho menos controvertidas. Aunque a algunos Estados les preocupaban los cambios introducidos, éstos reflejaban una nueva realidad en las relaciones internacionales: el fenómeno de la guerrilla. Así, el Protocolo adicional I establece las normas relativas al comportamiento de los combatientes durante las hostilidades.

El Protocolo Adicional I, establece que no es ilimitado el derecho de las Partes en conflicto a elegir métodos o medios de hacer la guerra. De ahí que esté prohibido emplear armas, proyectiles, materias o tácticas de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.²⁸

Por otra parte, el Protocolo Adicional I en su artículo 36, establece que cada Estado Parte debe determinar si el empleo de las armas, los medios o los métodos de guerra nuevos que estudie, desarrolle, adquiera o adopte, están prohibidos por el derecho internacional en algunas o en todas las circunstancias.

Este Protocolo también prohíbe matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios péfidos.²⁹ Asimismo, se prohíbe hacer uso indebido de los

23 Véase artículo 53 del Protocolo adicional I.

24 Véase artículo 56 del Protocolo adicional I.

25 Véase artículos 48 a 56 del Protocolo adicional I.

26 Véase el artículo 52, párrafo 2 del Protocolo adicional I.

27 Véase GOLDMAN, Robert K en artículo “Derecho internacional humanitario y actores no estatales” en Serie de Estudios en Derechos Humanos, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pag.99, reproducido en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11992.pdf>.

28 Véase artículo 35 del Protocolo adicional I.

29 Véase artículo 37 del Protocolo adicional I.

emblemas reconocidos³⁰ y también hacer uso de los signos de nacionalidad de la Parte adversa y de los Estados que no sean Partes en el conflicto.³¹ Así pues, se afirma que el derecho de los conflictos armados exige de los combatientes un mínimo de lealtad.

Según el Protocolo adicional I está prohibido rechazar el cuartel.³² El enemigo que no participa o que ya no puede participar en las hostilidades, que se rinda o manifieste claramente la intención de rendirse no podrá ser objeto de ataque.³³ La parte que captura a un enemigo que no tenga los medios para evacuar a sus prisioneros debe liberarlos.³⁴ En otra importante norma también se dispone de manera explícita, que se prohíben los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

Este tratado internacional amplía la protección conferida por los Convenios de Ginebra a todo el personal, las unidades y los medios de transporte sanitarios, tanto civiles como militares;³⁵ establece la obligación de buscar a las personas dadas por desaparecidas³⁶ refuerza las disposiciones relativas a la distribución de socorros a la población civil;³⁷ otorga protección para las actividades de organismos de protección civil;³⁸ prevé medidas que los Estados han de tomar para facilitar la aplicación del derecho internacional humanitario.³⁹ Dispuso también el establecimiento de zonas protegidas acordadas entre las partes en conflicto para proteger a las personas necesitadas contra los efectos del conflicto armado.⁴⁰

El Protocolo Adicional I prohíbe el reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación en las hostilidades.⁴¹

Asimismo, estableció la ampliación del ámbito de aplicación de ciertas normas del derecho internacional humanitario añadiendo los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (guerras de liberación nacional), tal como lo establecen la Carta de la ONU y la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de la Carta*.

Los Convenios y el Protocolo adicional I contienen normas estrictas en relación con las llamadas infracciones graves del derecho internacional humanitario

30 Véase artículo 38 del Protocolo adicional I y 1 y 2 del Protocolo adicional III.

31 Véase artículo 39 del Protocolo adicional I.

32 Véase artículo 40 del Protocolo adicional I.

33 Véase artículos 41 y 42 del Protocolo adicional I.

34 Véase artículo 41 del Protocolo adicional I.

35 Véase artículos 8-31 del Protocolo adicional I.

36 Véase artículo 33 del Protocolo adicional I.

37 Véase artículos 68 a 71 del Protocolo adicional I.

38 Véase artículos 61 a 67 del Protocolo adicional I.

39 Véase artículos 80 a 91 del Protocolo adicional I.

40 Véase artículos 59 y 60 del Protocolo Adicional I.

41 Véase artículo 77 del Protocolo adicional I.

que el Protocolo adicional I reputa de crímenes de guerra, exigiéndose que cualquier sospechoso de haber cometido o dado la orden de cometer una cualquiera de esas infracciones graves deba ser conducido ante los tribunales para ser juzgado por los ilícitos que se le imputen respetándose todas las garantías judiciales pertinentes.

Para el caso de que un Estado no quiera o no pueda proceder con el juzgamiento del sospechoso, los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I consagran la Jurisdicción Universal – “*aut dedere aut judicare*” o “*aut dedere aut extraditare*”, por la cual todo Estado parte en dichos tratados internacionales, que tenga prueba suficiente, puede proceder con el proceso penal pertinente. Se debe buscar, enjuiciar o extraditar a los autores de infracciones graves, sea cual sea su nacionalidad.

En el artículo 90 del Protocolo adicional I, se instituye una Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta que podrá investigar todo hecho denunciado como infracción grave o cualquier otra violación grave de los Convenios y el Protocolo adicional I y puede ejercer buenos oficios con miras a su cumplimiento, siempre y cuando los Estados que soliciten su servicio hayan aceptado previamente su competencia “*ipso facto*” y sin condicionamiento alguno. La Comisión tiene su sede en Berna y la Federación Helvética, como depositaria de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales, garantiza los servicios de la Secretaria.⁴² No obstante que la Comisión fue establecida en 1991, jamás ha sido convocada para solucionar una controversia de su competencia, a pesar que muchos de los Estados participantes en recientes conflictos armados, ya la han reconocido.⁴³

2.2. Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II

La mayoría de los conflictos armados posteriores a la Segunda Guerra Mundial han sido de carácter no internacional. Como ya ha sido mencionado, la única disposición de los Convenios de Ginebra aplicable a este tipo de conflictos, es el artículo 3 común que marcó un gran avance en materia de protección de las víctimas de los conflictos citados.

Sin embargo, esta disposición, en la que se enuncian los principios fundamentales de la protección de la población civil y de las personas civiles en tiempo de conflicto armado, es insuficiente para resolver los graves problemas que plantean los conflictos internos en el ámbito humanitario.

El artículo 3 común establece las normas fundamentales que no pueden derogarse. Es una suerte de mini convenio dentro de los Convenios, ya que contiene las normas esenciales de los Convenios de Ginebra para los conflictos armados de

42 Conf. VALLADARES Y CONSIGLI (1999: 73-293).

43 Conf. ESPAÑOL, Diana, FRENKEL, Brian y KOTLIK, Marcos, en artículo “La Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta: un método de solución de controversias prácticamente olvidado. Desafíos y posibilidades” en *La solución de controversias en derecho internacional y temas vinculados*, Liber Amicorum en honor a Alejandro Turyn de las editoras González Napolitano, Silvina. y PEZZOT, Romina Edith, obra inédita a ser publicada por EUDEBA.

carácter internacional, en un formato condensado y las hace aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional.

Como ya fuese mencionado, el Protocolo adicional II es el primer tratado que versa exclusivamente sobre la protección del individuo y la reglamentación de ciertos métodos de guerra en los conflictos armados no internacionales.

El Protocolo adicional II dio forma jurídica a un concepto que hoy es aceptado mayoritariamente: los conflictos armados que tienen lugar dentro de las fronteras de un país son un asunto de interés internacional.

Con ese fin, el Protocolo adicional II establece también una serie de normas importantes que protegen a las personas civiles del peligro de las operaciones militares en los conflictos armados que no tienen carácter internacional. Así pues, el objetivo de este Protocolo es garantizar la aplicación de las normas fundamentales del derecho de los conflictos armados a los conflictos armados internos, sin, por ello, restringir el derecho ni los medios de que disponen los Estados para mantener o restablecer la ley y el orden.

A diferencia del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, que no contiene criterios taxativos para definir los conflictos internos a los que se aplica, en el Protocolo adicional II se describe detalladamente su ámbito de aplicación, excluyendo las situaciones de disturbios, tensiones internas y los motines.

En el ámbito del Protocolo adicional II, se incluyen los conflictos no internacionales que tienen lugar en el territorio de un Estado en el que se enfrentan las fuerzas armadas de ese Estado con grupos armados organizados no estatales que actúan bajo un mando responsable y controlan parte del territorio.

El Protocolo adicional II supone un progreso en la protección de las víctimas de las guerras civiles. Esta protección se manifiesta especialmente en la detallada enumeración de las garantías fundamentales de todas las personas que no participan o ya no participan directamente en las hostilidades, de los derechos de personas cuya libertad se ha limitado, y de las garantías judiciales.

Cabe hacer notar que las garantías judiciales que se disponen en este tratado internacional, en especial, van más allá de la protección que se otorga en el derecho internacional de los derechos humanos, tanto más cuanto que las garantías judiciales específicas que se disponen en el derecho internacional humanitario, no se pueden conculcar.

En los conflictos armados no internacionales, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II disponen que las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto también deben ser tratadas con humanidad en todas las circunstancias. En particular, están protegidas contra el homicidio, la tortura, así como contra los tratos crueles, humillantes y degradantes.

Las personas detenidas por haber participado en las hostilidades no son inmunes a los procesos penales por esa participación conforme al derecho interno aplicable. El hecho de conformarse a las disposiciones del Protocolo adicional II no

implica, pues, el reconocimiento de ningún tipo de estatuto particular a los grupos armados no estatales involucrados en el conflicto armado.

El Protocolo adicional II también prohíbe los ataques dirigidos contra la población civil y las personas civiles; los bienes indispensables para la supervivencia de la población;⁴⁴ las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas;⁴⁵ los bienes culturales y los lugares de culto;⁴⁶ reglamenta el desplazamiento forzado de la población civil;⁴⁷ protege a los heridos, los enfermos y los náufragos;⁴⁸ protege al personal religioso, así como al personal, las unidades y los transportes sanitarios, tanto civiles como militares;⁴⁹ limita el empleo de la cruz roja y de la media luna roja únicamente a las personas y bienes autorizados a ostentarlos.⁵⁰

El Protocolo Adicional II también prohibió el reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación en las hostilidades.⁵¹

Los Protocolos adicionales ampliaron la lista de violaciones graves del derecho internacional humanitario por las cuales se puede atribuir a las personas responsabilidad penal. Numerosos individuos han sido juzgados por tribunales nacionales por infracciones graves del derecho internacional humanitario cometidos durante conflictos armados no internacionales.

3. Sobre la importancia y vigencia de los Protocolos Adicionales I y II de 1977

La adopción de los Protocolos Adicionales es un hito en la evolución de la forma de hacer la guerra y sentó una de las bases jurídicas internacionales más importantes en lo que respecta a la protección de la población civil durante los conflictos armados. Por eso mismo, cuando menos, los Protocolos adicionales merecen, a 40 años de su adopción, una importante consideración.

Como mencionado, uno de los baluartes más importantes de los Protocolos adicionales se refiere a sus disposiciones sobre la conducción de las hostilidades.

En ese sentido, los Protocolos adicionales han servido de base a la elaboración de nuevos tratados internacionales que ayudaron a robustecer la protección de los civiles y de los bienes de carácter civil durante los conflictos armados.

Por ejemplo, cuando se redactó el artículo 35 del Protocolo adicional I, estableciéndose ciertos límites a la elección de medios y métodos de guerra, los negociadores del texto de los Protocolos Adicionales, recomendaron que se celebre

44 Véase artículo 14 del Protocolo adicional II.

45 Véase artículo 15 del Protocolo adicional II.

46 Véase artículo 16 del Protocolo adicional II.

47 Véase artículo 17 del Protocolo adicional II.

48 Véase artículo 7 del Protocolo adicional II.

49 Véase artículos 9 a 11 del Protocolo adicional II.

50 Véase artículo 12 del Protocolo adicional II.

51 Véase artículo 4 del Protocolo adicional II.

una conferencia diplomática específica sobre el tema de las armas. Esta propuesta culminó con la elaboración de la *Convención sobre Ciertas Armas Convencionales que Prohíbe o Restringe el Empleo de Ciertas Armas que Podrían Causar Sufrimientos Innesesarios o Tener Efectos Indiscriminados*, adoptada en 1980.

Los principios y normas consagrados en los Protocolos adicionales también formaron la base de la *Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción* de 1997, y de la *Convención de Municiones en Racimo* de 2008.

Otro debate, gira en torno de las armas nucleares, que fueron objeto de discusiones muy difíciles durante las negociaciones de los Protocolos adicionales. Pero, en 2017, en el seno de las Naciones Unidas, se logra adoptar el texto de un tratado internacional que exige un desarme progresivo y la prohibición de estas armas que, sin duda, violan todos los principios del derecho internacional humanitario.

El gran impulso de esas negociaciones, puede encontrarse en las preocupaciones acerca de las catastróficas consecuencias humanitarias de las armas nucleares y la compatibilidad de esas armas con las disposiciones fundamentales del derecho internacional humanitario, en particular, las normas de distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque, la prohibición de los ataques indiscriminados y la protección del medio ambiente natural. Todas esas normas fueron reafirmadas, aclaradas o formuladas hace cuarenta años por los Protocolos adicionales.

Otro ejemplo de la influencia que han ejercido los Protocolos adicionales en materia de desarrollo de tratados que abordan temas específicos que interesan al derecho internacional humanitario, se relaciona con los niños soldados. Los Protocolos adicionales fueron los primeros tratados internacionales en abordar el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y su utilización en hostilidades.

En la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989, se utilizó el lenguaje del Protocolo adicional I.

En 2000, el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados* estableció protecciones incluso más estrictas, prohibiendo el reclutamiento obligatorio de niños menores de 18 años.

En dicho Protocolo Facultativo, también se alentó a los Estados Partes a elevar la edad mínima para el reclutamiento voluntario y aproximarla lo más posible a los 18 años, y a asegurar que los reclutas voluntarios menores de 18 años no participen directamente en las hostilidades.

Los Protocolos adicionales también ayudaron a desarrollar el derecho penal internacional, particularmente con respecto a los conflictos armados no internacionales. Las definiciones de los crímenes de guerra establecidas en los estatutos de los tribunales penales internacionales creados en la década de 1990 se basan en el lenguaje contenido en los Protocolos adicionales. Cabe señalar que esos tribunales penales internacionales establecieron la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra cometidos en conflictos armados sin carácter internacional.

También debe hacerse mención, a que muchos de los crímenes de guerra

mencionados en el artículo 8° del Estatuto de Roma de 1998 que crea la Corte Penal Internacional, son también infracciones graves del derecho internacional humanitario consideradas crímenes de guerra en los artículos 11 y 85 del Protocolo Adicional I.

En la actualidad, numerosos Estados han adoptado legislación en la que se tipifican los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, especialmente como parte de la implementación a nivel nacional del Estatuto citado precedentemente y de los Convenios y Protocolos adicionales de Ginebra.

Desde la adopción de los Protocolos adicionales, los elementos del derecho internacional humanitario que fueron reafirmados, aclarados y reforzados en esos instrumentos vienen dando forma a la práctica militar en todo el mundo.

Por ejemplo, la obligación de poner a disposición de las fuerzas armadas asesores jurídicos ha influido en la planificación y ejecución de muchas operaciones militares. Asimismo, los principios de distinción, proporcionalidad y precaución y la prohibición de atacar a personas civiles y bienes de carácter civil se encuentran reflejados en varias disposiciones en numerosos manuales militares del mundo.⁵²

Otro ejemplo del modo en que las normas fundamentales consignadas en los Protocolos adicionales han influido en la práctica, es la elaboración por parte de las fuerzas armadas de reglas de enfrentamiento permanentes y para misiones específicas.⁵³

En la actualidad, las normas contenidas en los Protocolos adicionales también desempeñan un papel y una influencia preponderantes en las reflexiones sobre la guerra cibernética. La respuesta a la pregunta de qué constituye un ataque o un objetivo militar en el campo de la cibernética se rige por las definiciones adoptadas en los Protocolos adicionales y por la práctica conexa.

Por lo expuesto sucintamente en los párrafos anteriores, puede colegirse que queda demostrado que los Protocolos Adicionales han sido un elemento clave para la evolución de las normas del derecho internacional humanitario.

Sin embargo, ante las visiones del horror que se viven en la actualidad en conflictos tales como Siria o Yemen y el recuerdo cercano de las atrocidades cometidas en otros conflictos armados que oportunamente la prensa exhibió con imágenes de personas masacradas, torturadas u estupradas, fuera por la acción de ejércitos regulares o grupos armados no estatales indistintamente, cabe preguntarse si el derecho internacional humanitario en su conjunto, tiene alguna utilidad.

No es fácil convencerse del valor que tiene el derecho internacional humanitario para la supervivencia de la humanidad, al menos que se intente superar el desgaste emocional y la apatía generalizada que provoca la visión de tantos actos de crueldad y sufrimiento humano, que a diario nos muestran los medios de comunicación, que por lo general están más abocados a exhibir las conductas violatorias del derecho internacional humanitario que aquellas que son respetuosas del mismo, probablemente

52 Véase CICR (2017).

53 Véase CICR (2017).

porque no “venden” tanto desde el punto de vista comunicacional.

El derecho internacional humanitario, como todo Derecho, no escapa a la dinámica del “deber ser” y de la misma forma que la existencia de sus normas sirve para disuadir y evitar actos ilícitos que generan mayor mortandad, sufrimiento y destrucción durante los conflictos armados, no puede por su simple existencia en el papel, evitarlos y mucho menos controlar sus consecuencias.

Si se pretende que este derecho sea útil, hay que ponerlo en acción.

Las consultas que el CICR ha realizado a expertos gubernamentales y no gubernamentales, en especial sobre la vigencia de este derecho, demuestran que en su estado actual es un marco jurídico apropiado para regir el comportamiento de las partes en los conflictos armados.

Ello así, porque en la gran mayoría de los casos, se mejora la suerte que corren las víctimas mediante una mejor aplicación del marco jurídico vigente, y no con la aprobación de nuevas normas.

Si todas las partes interesadas respetasen el derecho internacional humanitario, no se plantearía un gran número de problemas humanitarios actuales y se alejaría toda posibilidad de que estas normas se conviertan en tinta inerte sobre el papel, fraguándose la posibilidad de salvar vidas y evitar sufrimientos indecibles a millones de personas.

Así pues, cualquier intento que se haga para fortalecer ese régimen jurídico se debería fundar en las normas existentes. Aun cuando algunas de sus reglas merezcan ser matizadas, no hace falta volver a debatir acerca de principios y normas cuyo fundamento se ha refrendado con mucha anterioridad, inclusive en los Protocolos adicionales.

Cuando se celebró el 30 aniversario de los Protocolos adicionales, el Delegado del CICR Phillip Spoerri, por entonces Director de Derecho Internacional y Cooperación en el Movimiento, realizó una consideración que este autor comparte, al señalar que el verdadero valor de los mencionados tratados internacionales, estriba no tanto en el beneficio que han cosechado, sino en los grandes perjuicios que han contribuido a evitar.

Resta entonces preguntarse, qué se puede hacer para mejorar su aplicación?

Como parte de los mensajes que el CICR compartió con la Comunidad Internacional para el 40 aniversario de los Protocolos adicionales, se invita a los Estados para que los que aún no han ratificado esos tratados internacionales, lo hagan a la brevedad posible hasta que se alcance su universalidad. En la actualidad, 174 Estados son Partes en el Protocolo I, y 168 son parte en el Protocolo II.

Como se señaló precedentemente, la simple existencia de normas internacionales o la ratificación de los tratados internacionales por parte de los Estados no acaban con el problema, ya que la causa principal de sufrimiento durante los conflictos armados no es necesariamente la falta de normas, sino el respeto insuficiente del derecho.

Ya en tiempo de paz, entre algunas de las medidas a ser consideradas

por los Estados, se citan las siguientes: adoptar medidas nacionales legislativas y administrativas para la aplicación del derecho internacional humanitario que incluyan las normas de los Protocolos adicionales I y II, en especial las que permitan la represión de quienes violan sus disposiciones y cometen crímenes de guerra; difundir su contenido entre las fuerzas armadas y la población civil, e integrarlo especialmente en la educación, la doctrina, el entrenamiento y en los mecanismos de control de carácter militar; nombrar asesores jurídicos en las fuerzas armadas especializados en la materia que puedan asesorar a sus comandantes operacionales; identificar, registrar y señalar los bienes culturales a ser protegidos en conflictos armados y proveer a los mecanismos para su preservación si estos eventos ocurren; mapear las zonas que puedan ser utilizadas como humanitarias; prever la creación de una Oficina Nacional de Informaciones y establecer cuáles serán sus funciones durante el conflicto armado, entre otras tantas medidas.

Entre 2011 y 2015, el CICR y Suiza facilitaron conjuntamente un proceso de consultas destinado a identificar formas de fortalecer el cumplimiento del derecho internacional humanitario.

En diciembre de 2015, la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja recomendó la continuación de un proceso intergubernamental conducido por los Estados para hallar consenso respecto de las formas de fortalecer el derecho internacional humanitario. El proceso continúa y se espera que los Estados asuman sus responsabilidades y encuentren soluciones plausibles de ser implementadas para que el fortalecimiento del derecho aplicable en los conflictos armados sea una realidad.

Hay ámbitos en los cuales las normas de derecho internacional humanitario existentes son insuficientes. Por ejemplo, el ámbito de la protección de las personas privadas de libertad en relación con conflictos armados no internacionales.

En paralelo a las consultas sobre el fortalecimiento del respeto del derecho internacional humanitario, el CICR realizó consultas sobre el fortalecimiento de las normas que protegen a los detenidos. La XXXII Conferencia Internacional recomendó proseguir trabajando en profundidad con el objetivo de lograr uno o más resultados concretos y realizables, que serán de naturaleza no vinculante jurídicamente y fortalecerán las protecciones que el derecho internacional humanitario confiere a las personas privadas de libertad.

A modo de colofón, tal como Pictet solía preguntar durante sus discursos, con el simple propósito de incentivar la pasión y el estudio del derecho internacional humanitario, repetimos aquí: “*¿quién está seguro de no verse alguna vez implicado en un conflicto armado?*”.

La respuesta es simple, nadie tiene certeza de ello.

Los Protocolos Adicionales I y II de 1977 siguen siendo hoy tan pertinentes como lo fueron hace cuatro décadas al ser adoptados. Conocer sus disposiciones, como las del resto del derecho internacional humanitario, contribuye a mejorar su aplicación cuando es necesario y a evitar mayores sufrimientos a las víctimas de los

escenarios más terribles que la propia humanidad genera y padece: los conflictos armados.

4. Bibliografía

Fuentes primarias

Convenio I. Arreglo pacífico de los conflictos internacionales;

Convenio II. Limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas;

Convenio III. Ruptura de hostilidades;

Convenio IV. Leyes y costumbres de la guerra terrestre que tiene como anejo el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre;

Convenio IX. Bombardeo de fuerzas navales en tiempo de guerra;

Convenio V. Derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre;

Convenio VI. Régimen de los buques mercantes al empezar las hostilidades;

Convenio VII. Colocación de minas submarinas automáticas de contacto;

Convenio VII. Transformación de buques mercantes en buques de guerra;

Convenio X. Ampliación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra;

Convenio XI. Restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima;

Convenio XII. Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas;

Convenio XIII. Derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima;

Convenio XIV. Declaración acerca de la prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde globos.

Convenios de Ginebra de 1949.

Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949.

Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949.

Bibliografía crítica

PICTET, J. (1997) *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra.

GUTIÉRREZ POSSE, H. D.T. (1995) *Moderno derecho internacional y seguridad colectiva*, Buenos Aires.

- BUIS, E. J. (2010) “*El Derecho Internacional Humanitario en perspectiva histórica: las restricciones jurídicas en tiempos de conflicto armado en la Grecia Antigua*” en <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2010/RID,.pdf>
- MELZER, N. con la coordinación de KUSTER, E. (2016) *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, ICRC, Ginebra.
- MC COUBREY, H. (1995) “Antes del Derecho de “Ginebra”: un cirujano inglés en la guerra de Crimea”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja* nro. 127, CICR, Ginebra.
- CICR (2003) *Derecho internacional Humanitario, Respuestas a sus preguntas*, Ginebra.
- SPOERRI, P. discurso en la Ceremonia para celebrar el 60º aniversario de los Convenios de Ginebra en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/geneva-conventions-statement-120809.htm>.
- RODRIGUEZ VILLASANTE-PRieto, J. L. “*El Derecho Internacional Humanitario como Instrumento de Paz*”, en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/8992>
- CANÇADO TRINDADE, A. A.; PEYTRIGNET, G. Y RUIZ DE SANTIAGO, J. (1996) *As tres vertentes da proteçao internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitario, direito dos refugiados*, San José de Costa Rica.
- CHAIB DE MARES, K. (2010) *Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Observatorio de Derechos Humanos “Francisco Aldemar Franco Zamora”, Bogotá.
- GOLDMAN, R. K. “Derecho internacional humanitario y actores no estatales” en *Serie de Estudios en Derechos Humanos, Tomo I*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, reproducido en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11992.pdf>.
- VALLADARES, G. P. y CONGLI, J. A. (1999) “La Comisión Internacional de Encuesta y la aceptación de su competencia por parte de la República Argentina”, en *Lecciones y Ensayos* 72/73/74, pp. 273-293.
- ESPAÑOL, D., FRENKEL, B. Y KOTLIK, M. “La Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta: un método de solución de controversias prácticamente olvidado. Desafíos y posibilidades” en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. y PEZZOT, R. E. (ed.) *La solución de controversias en derecho internacional y temas vinculados, Liber Amicorum en honor a Alejandro Turyn*, obra inédita a ser publicada por EUDEBA.
- CICR (2017) “40 aniversario de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, de 8 de junio de 1977”.

Principios humanitarios en el Islam a la luz del Corán y la Sunna

MARTA R. VIGEVANO⁵⁴

Universidad de Buenos Aires

La guerra en el Islam no se reconoce como una política nacional, como un método para resolver conflictos o como un medio para satisfacer el deseo de hegemonía u obtener botines según lo plasmado en el Corán y la *Sunna*. Sin embargo, si se recurre a la guerra, tal como desarrollaremos a lo largo de este artículo, de acuerdo a lo expresado por el Corán y la tradición del Profeta Muhammad, ésta debe regirse por una clara reglamentación, de la cual ningún musulmán puede apartarse.

El derecho internacional humanitario y la ley islámica como cuerpos jurídicos aplicables a los conflictos armados tienen en muchas situaciones más coincidencias que disidencias lo cual permite universalizar esos principios que trascienden las distintas civilizaciones y las culturas jurídicas y se constituyen en sistemas que de manera conjunta garantizan la protección de la vida y la dignidad humana.

El objetivo de este trabajo es destacar los puntos de correspondencia entre la ley islámica y el derecho internacional humanitario vigente, no sólo cómo una cuestión meramente académica, sino para destacar y poner en relieve la importancia estratégica de esta relación para garantizar que se apliquen de manera efectiva las normas jurídicas que regulan la conducción de las hostilidades en pos de lograr una mayor protección de las víctimas y una efectiva limitación de los medios y métodos de combate

1. La sociedad preislámica y el comienzo del Islam

Tres unidades principales formaban el marco social del mundo árabe preislámico, su vida se desarrollaba en tres niveles, no aislados sino integrados. Los lazos de parentesco, que se establecían por diversas formas de alianza y no solamente por la vía de la consanguinidad, constituían los fundamentos de la estructura tribal.

El grupo más grande era la tribu, por lo general llamada *qabila*. La tribu estaba dividida en un número variable de clanes llamados por lo general *ḥayy* o *batn*. El clan estaba a su vez compuesto de un número variable de familias, *‘a’ila*, *abl*, *bayt*, que era la unidad más pequeña.

⁵⁴ Profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretaria Ejecutiva del Observatorio de Derecho Humanitario de la misma Facultad.

En el siglo IV de la era cristiana, el mundo se presentaba de la siguiente manera: Constantinopla se transformó en el centro del poder imperial y su sucesor será el Imperio Bizantino. En el este se desarrolló otro gran imperio, el Sassanides cuya capital estaba en la región regada por el Tigris y el Éufrates. En el sur del Mar Rojo, entre el Océano Índico y el Mar Mediterráneo existían otras civilizaciones basadas en la agricultura y el comercio como la Etíope y la Yemení.

Entre los imperios del norte y los reinos del Mar Rojo se ubicaba la tierra de la Península Arábiga.⁵⁵ Sus habitantes hablaban diferentes dialectos, había grupos nómadas (beduinos), grupos sedentarios en los oasis y grupos de comerciantes y artesanos que vivían en pequeñas ciudades. Los grupos nómadas se movían constantemente poseyendo armas y dominando a los granjeros y artesanos, no estaban sujetos a una sola autoridad y sus características distintivas eran el coraje, el sentido de la hospitalidad, la lealtad familiar y el respeto por sus antepasados. Estos grupos estaban dirigidos por jefes que pertenecían a familias en torno a las cuales se reunían seguidores que eran leales a los principios y reglas que respetaban a estas familias, lo que les daba cohesión, estos grupos adquieren el nombre de tribus.⁵⁶

Los jefes tribales eran los que establecían las reglas en el territorio controlado por la tribu y tenían relaciones con los comerciantes, que desarrollaban el comercio y el intercambio.

La característica de este período histórico antes del Islam es la existencia de la ley de la tierra impuesta por los jefes de las tribus, ellos impusieron un código de ley no escrito, y esta autoridad era más moral que política. La sociedad preislámica tenía leyes tribales que eran producto del consenso, las costumbres, la analogía y la necesidad, y que posteriormente fueron aceptados en cuerpos jurídicos futuros.⁵⁷

La protección de los enemigos, establecida por costumbre, sólo era dada por la propia tribu. La tribu tenía la obligación de proteger a sus miembros. La falta de una autoridad única, la necesidad del control del oasis y el tránsito de mercancías hicieron que la guerra fuera una relación constante entre las tribus, todas contra todas. Estas luchas tenían un carácter especial, más relacionado con desarrollar sus habilidades en tiro con arco, en esgrima y montar a caballo y también demostrar su heroísmo y ganar el respeto y el honor de su tribu que un plan de conquista. Luchaban en muchos casos más por el arte del combate que por la existencia de una *causa bellis*.

El Imperio Bizantino se enfrentó al Imperio Sassanide durante muchos años. Durante estas contiendas, los gobernantes sassanides se sirvieron de las tribus nómadas para rechazar a sus enemigos y mantenerlos alejados de sus dominios y, a su vez, como agentes de recaudación de impuestos.

A través de estos roles, estas tribus construyen una forma de organización social que fue la base de futuras entidades políticas estables que se asentaron en diferentes partes de la Península de Arabia, y que no estuvieron bajo el dominio de

55 HOURANI (1993: 25-31).

56 MARÍN GUZMÁN (2009: 17-21).

57 BASSIOUNI AND BADAR (2002: 135).

los sassanides ni bajo el dominio bizantino.

En unas pocas décadas, las tribus nómadas se trasladan más allá de la península y se extienden por todo el Medio Oriente. Así, se estableció un nuevo orden político en la Península Arábiga a principios del siglo VII y surgieron grupos dirigentes que se instalaron principalmente en la ciudad de La Meca.⁵⁸

Este nuevo orden tuvo un apoyo ideológico y espiritual basado en la revelación de Dios (ﷻ) al profeta Mahoma en la Meca, y fue el punto de partida del Islam. Esta palabra de Dios revelada a lo largo de veintitres años (612-632)⁵⁹ fue plasmada en el Corán (نَارِقُلَا), texto sagrado de los musulmanes.

Con el Corán comenzó el ordenamiento jurídico de la comunidad del Islam,⁶⁰ con posterioridad se incorpora la *Sunna* (سُنن) o tradición profética que es el conjunto de enseñanzas, sentencias, y actitudes de la vida del Profeta Mahoma compiladas en los *Hadith* (ثِيِدح).⁶¹ Estos hechos fueron recopilados luego de la desaparición física del Profeta por las generaciones posteriores de musulmanes, que hicieron de este estudio una verdadera ciencia, en cuanto a corroborar la autenticidad de las historias. La tradición profética se convierte así en un complemento interpretativo y extensivo del Coran. La *Sunna* ha tenido un rol importante en el desarrollo de los principios y reglas contenidos en el libro sagrado pero tiene una jerarquía inferior al Coran dentro de las fuentes del derecho islámico.⁶² Además del Coran y la *Sunna* (principales fuentes) las otras fuentes son:

Ijma, el consenso de la opinión de los juristas musulmanes célebres;

Quiyas, el razonamiento a través de la analogía;

Urf, los usos y costumbres;

Istisāb es el proceso utilizado tomando en cuenta el interés general;

Istihān, búsqueda de la mejor solución para resolver los problemas prácticos planteados por la aplicación de la *Sharia*,⁶³

Ijtihād, esfuerzo de reflexión en materia jurídica para elaborar reglas precisas basadas en el Coran;

Fiqh, jurisprudencia de los jueces;

Tratados y pactos.⁶⁴

58 HOURANI (1993: 24-35).

59 GONZALEZ BÓRNEZ (2008).

60 HALLAK (2005: 19-24).

61 Existen siete colecciones de Hadith que se identifican cada una de ellas con el nombre de sus autores: a) al-Bukhari, b) al-Tirmidhi, c) Muslim, d) Abu Dawud, e) al-Nisa'i, f) al-Nawawi, y g) Ibn Majah. Cada Hadith comprende dos partes: Isnad y Matin, este último es el contenido de la tradición propiamente dicha y el primero la cadena de los nombres de quienes lo transmitieron.

62 AL-MIDANI (juin 2007: 49).

63 La Sharia es la ley islámica, el conjunto de normas reveladas por Dios que se aplican a la vida religiosa y social de los musulmanes, basadas en el Corán y los Hadith, precisadas por la labor de los juristas. No se puede hablar de una sola o única Sharia atento a que existen diversas escuelas jurídicas dentro del Islam, Ver KAMALI (2008: 14-18).

64 BASSIOUNI (2014: 50-52).

Si el Corán posee un valor auténtico e incontestable, no se puede decir lo mismo de todos los *Hadith*,⁶⁵ es por ello que numerosos estudiosos, como ya fue mencionado, destinaron sus vidas a la búsqueda y la verificación de la verdad de los hechos narrados.⁶⁶

La palabra Islam (إسلام) deriva del verbo *aslama*, que significa literalmente “aceptar, rendirse o someterse”. El Islam representa la sumisión y el *musulmán* (مسلم) es quien se somete a la voluntad divina.

El Islam no es sólo una religión sino una concepción amplia de la vida, de la humanidad, de la unidad de comunicación, de la política y de la ley. La civilización islámica tiene un aspecto vinculante y transversal basado en la existencia de un idioma y una religión, y estos elementos serán esenciales para la configuración de la ley musulmana como un sistema legal de una comunidad (unidad de la *Umma*).⁶⁷ Es una realidad, también, que el mundo islámico es territorialmente extenso y cada región aporta un elemento cultural o costumbrista que le da singularidad al pensamiento de aquellos que interpretan las reglas de la *Sharia* y sus consecuencias, basadas en el Corán y la *Sunna*.⁶⁸

2. La guerra en el Corán y en los Hadith

El Corán utiliza diferentes términos para mencionar la guerra: *Qital* (combate) *Yihad* (lucha en el camino hacia Dios); *Harb* (guerra) y *Ghazwe* (batallas en las cuales el Profeta Mahoma participó). El Profeta personalmente llevó a cabo muchas campañas militares, pero trató en muchos casos de resolver las disputas por medios no violentos, y buscó poner fin a los combates lo antes posible. Cuando el Profeta capturó La Meca de sus enemigos acérrimos, prohibió matar y saquear, y permitió que la población fuera en paz: “Y si se inclinan hacia la paz inclinaos también vosotros y confiad en Dios. En verdad, Él todo lo oye, todo lo sabe”.⁶⁹

Tal como se manifiesta en el Corán la guerra se libra solo por motivos nobles:
Aquellos que luchan fácilmente en la causa de Dios son aquellos que

65 Los Hadith se clasifican en auténticos, buenos y débiles. Sólo los considerados auténticos puede ser fuentes de reglas de derecho.

66 Los más célebres y conocidos entre estos estudiosos fueron: Bukhari (m. 870), Muslim (m. 875), Tirmidhi (m.892), Abu Dawud (m. 888).

67 Umma: así se denomina a la comunidad islámica de creyentes, Ver ZERAOUT (2013: 38-39).

68 Esta situación dio lugar al surgimiento de distintas escuelas jurídicas islámicas, que realizan un extenso proceso de análisis jurídico basado en múltiples aspectos diferentes, pero que se integran en los fundamentos esenciales contenidos en el Corán y la Sunna. El mundo musulmán está dividido entre sunnitas (luego de la muerte de Mohammad, sostuvieron que, quien debía sucederlo debía ser la comunidad musulmana en general) y chítas (quienes luego de la muerte del Profeta consideraron que su sucesor debía pertenecer a su familia). Dentro de las escuelas jurídicas sunnitas encontramos las siguientes: Malikis, Hanafis, Shaf’is y Hanbalis y dentro de las escuelas chítas podemos mencionar, entre otros: los Zaydiles, los Imamitas y los Ismailies. Ver: HOURANI (19933: 91-115).

69 CORAN (8: 61).

*abandonan este mundo a favor del Más Allá. Quien lucha en la causa de Dios, tanto si es asesinado o logra la victoria, seguramente le otorgaremos una gran recompensa.*⁷⁰

*Y combatid en la senda de Dios contra aquellos que os combatan pero no seáis agresores. Ciertamente, Dios no ama a los agresores.*⁷¹

El Corán estableció las causas de la guerra y su objeto, su naturaleza, características, limitaciones, excepciones, restricciones y prescribe las reglas y principios que se deben seguir durante las hostilidades, como así también el concepto de disuasión:

*Y prepara contra ellos todo lo que puedas de poder y de corceles de guerra por los cuales puedes aterrorizar al enemigo de Alá, tu enemigo y otros además de ellos a quienes no conoces [pero] a quien Allah conoce Y lo que sea que gastes en la causa de Allah te será pagado en su totalidad, y no serás agraviado.*⁷²

Los *Hadith* establecieron un código para los guerreros islámicos que incluía la prohibición de: a) matar a los no combatientes; b) deshonor de las mujeres; c) mutilar los cadáveres; d) masacre en el territorio conquistado; e) destrucción de los recursos naturales; f) saqueos; g) privar a la población civil de sus posesiones y negar o restringir sus derechos; h) asesinatos o trato inhumano a los prisioneros de guerra.

2.1. Yihad

Yihad desde la etimología es el sustantivo del verbo *jabada* que se entiende como la conducta llevada a cabo por alguien que es diligente, trabajador, o laborioso en la búsqueda de un objetivo digno de elogio.⁷³ El término *yihad* indica la asociación, la participación y el agotamiento de los medios disponibles en la realización de una acción. *Yihad* es, en este diseño, cualquier esfuerzo que sea posible para una persona, es un deber moral y físico. En 35 aleyas (versículos) de las Suras del Corán aparece el término *yihad*, en 22 de ellos se refiere a un esfuerzo personal, en 10 a la guerra y en 3 tiene un sentido espiritual.⁷⁴ También se plantea la existencia de una *yihad* mayor en el sentido de la lucha moral personal contra el yo y el mal y una *yihad* menor en un sentido de lucha armada.

El Profeta Mahoma al retornar de una expedición y luego de dejar las armas, se dirige a sus Compañeros y les dice: “Hemos retornado de la *yihad* menor, nos resta librar la batalla de la *yihad* mayor, aquella de las almas”.⁷⁵

70 CORAN (4: 74).

71 CORAN (2: 190).

72 CORAN (8: 60).

73 Bassiouni (2014: 204); Sa'id Ramadán al-Buti (2006: 20); Kamali (Winter 2002: 617-634).

74 MORABIA (2013: 119-140).

75 MORABIA (2013: 257).

El Profeta también dijo: “La mejor lucha (*yihad*) es decir la verdad ante un gobernante tiránico” y “la mejor lucha es luchar contra tu país y tus pasiones en el camino hacia Dios”.⁷⁶

El concepto *Yihad* plantea una dimensión espiritual y otra política. En términos generales se presentan las siguientes clases de *Yihad*: **Yihad del corazón**: combate espiritual; **Yihad de la lengua**: consiste en opinar o legislar justamente; **Yihad de la mano**: consiste en poner en práctica medidas correctivas o punitivas para evitar que los creyentes cometan actos sancionables; **Yihad del dinero**: así se denomina el hecho de contribuir económicamente a las necesidades de la **Umma**; **Yihad de la predicación**: implica toda acción pacífica destinada a extender el Islam fuera de sus fronteras o a su fortalecimiento interior y **Yihad de la espada**: significa llevar a cabo una acción armada destinada a proteger las tierras del Islam y la propia supervivencia del Islam.

Hay tres tipos de circunstancias que legitiman el derecho a la guerra, *ius ad bellum*, en el Islam:

- En defensa propia o en defensa del Islam: “el permiso para pelear es dado a aquellos que han sido atacados, por haber sido oprimidos. Y en verdad Dios tiene poder para auxiliarlos”;⁷⁷
- Para asistir a las víctimas de la injusticia, ya sean individuos o grupos: “¿Es que no vais a combatir por la causa de Dios y de los hombres, mujeres y niños oprimidos que dicen “Señor nuestro”. Sácanos de este país de gentes opresoras y tráenos a alguien que, de tu parte, nos proteja y auxilie”;⁷⁸
- Para proteger a aquellos que son perseguidos: “Y si Dios no hubiera defendido a unas personas por medio de otras, habrían sido destruidos monasterios, iglesias, sinagogas y mezquitas, en las que se menciona mucho el nombre de Dios”⁷⁹.⁸⁰

La *Yihad* es un deber de la comunidad, ya que la obligación de luchar no se aplica a todos los miembros de la comunidad porque los creyentes no tienen que

76 Hadith recopilado por el Imán Mâlik Al-Muwatt, citado por BLEUCHOT (2000: 298).

77 CORAN (22: 39).

78 CORAN (4: 75).

79 Según LE GAI EATON (1994:29-30): La rapidez con la que el Islam se extendió por el mundo conocido del siglo VII era bastante extraña, pero más extraño aún es el hecho de que ningún río fluía con sangre, ningún campo estaba enriquecido con los cadáveres de los vencidos. Como guerreros, los árabes podrían no haber sido mejores que otros de su tipo que habían saqueado y devastado las tierras pobladas pero, a diferencia de estos, estaban atados. No hubo masacres, violaciones ni ciudades quemadas. Estos hombres temían a Dios en un grado apenas imaginable en nuestro tiempo y estaban maravillados de su presencia en busca de todos, consciente de ello en el viento y los árboles, detrás de cada roca y en cada valle. Incluso en estas extrañas tierras no había ningún lugar en el que pudieran esconderse de esta presencia, y aunque las inmensas distancias los atraían hacia adelante, pisoteaban suavemente la tierra, tal como se les había ordenado. Nunca hubo una conquista como esta (traducción de la autora).

80 CORAN (22: 40).

salir en una expedición. Se convierte en un deber individual (*fardayn*) sólo en caso de ataque o invasión del territorio islámico por parte del enemigo, en esta situación, cada musulmán se moviliza automáticamente para salvar al *dār al-Islām*⁸¹ en peligro.⁸²

Mientras que para la mayoría de los juristas musulmanes *dār al-islām* es el dominio en el que la ley del Islam prevalece, para los estudiosos de la escuela jurídica Hanafi, la característica esencial de *dār al-islām* es la seguridad de sus habitantes. Esta seguridad está concebida como consecuencia del vínculo jurídico existente entre el soberano y los sujetos, que garantiza la inviolabilidad (*iṣma*: protección) de la persona, la libertad y las propiedades de los individuos sean musulmanes o no musulmanes (*dhimmi*) que viven en el territorio del Islam.⁸³

Decir que la *yihad* debe librarse contra los infieles en todo momento y en todos los lugares es incorrecto y no se corresponde con la letra del Corán y la Sunna, ni con la historia del Islam.

De hecho, la *yihad*, cualquiera que sea la categoría a la que pertenece, no escapa a un mínimo de regulaciones que son principios permanentes y no derogables cuyo contenido y alcance son cercanos al núcleo duro del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en el marco del Derecho Internacional Público (DIP).

La ley de las naciones o el derecho internacional (*siyar*) como una parte integral de la ley islámica se desarrolla de manera temprana debido a una pragmática preocupación jurídica por las complejidades de las relaciones políticas con un mundo no musulmán más amplio, así como con minorías religiosas dentro de los Reinos islámicos.⁸⁴

El principio *pacta sunt servanda* transversal a todo el DIP se afirma en el Corán y constituye uno de los grandes fundamentos en las relaciones entre individuos o entre estados: “Pero si aquellos con quienes ustedes pactaron anteriormente en la Mezquita Sagrada (La Meca), cumplen lo pactado, cúmplalo ustedes también. Dios ama a los piadosos que respetan los pactos”.⁸⁵

Es importante recordar que al tiempo que les da a los musulmanes el derecho de celebrar tratados, el Islam impone tres condiciones a la validez de tales tratados.⁸⁶

81 Es común entre los eruditos legales musulmanes dividir el mundo en dos lugares: la morada del Islam *dār al-Islāmy* la morada de la guerra *dār al-hārb*; algunos agregan un tercero la morada del pacto *dar al-āhd*. La morada del Islam son los países donde el poder recae en los musulmanes, donde se implementan las reglas del Islam. La morada de la guerra comprende los países que están fuera del alcance de las reglas del Islam y la morada del pacto consiste en aquellas regiones que han concluido acuerdos comerciales pacíficos, un acuerdo de conciliación o una tregua a largo plazo con los musulmanes, Ver AL-ZUHILI (June 2005).

82 En esta interpretación se basaron los llamados a la *yihad* en Palestina y Afganistán (1979-1989).

83 CALASSO (2017: 21-43).

84 AFSARUDDIN (2013: 45).

85 CORAN (9: 7).

86 MOUAQUIT (2011: 23).

La primera: según Mahoma, “cualquier condición contraria al Libro de Dios es nula”, porque existe un requisito de conformidad general con la ley de la sharia y especialmente con el Corán; la segunda: los acuerdos deben ser pactados por las (dos) partes, cuyo consentimiento libre de todo vicio y violencia es indispensable y la tercera vinculada a los : los objetivos del tratado: “los compromisos y derechos deben ser claros y definidos con precisión” porque el Corán prohíbe “engañarse entre sí”. De hecho, “los compromisos no deben contener un engaño oculto que los invalide”.

Además, la ejecución de los tratados se basa en los principios de respeto, no violación y no denuncia.

Con respecto al derecho internacional, incluido el DIH, existe un consenso que estos cuerpos normativos están en consonancia con el verdadero espíritu y los objetivos finales del Islam, pero no necesariamente con todas las reglas desarrolladas en el pasado por juristas musulmanes clásicos que operan en un contexto político muy diferente.

Es por ello que las graves violaciones del DIH se han justificado al invocar selectivamente ciertas opiniones jurídicas clásicas o interpretaciones de las Escrituras, o simplemente por analogía a ciertas situaciones clásicas de guerra, para justificar, por ejemplo, la matanza de civiles.

Esto muestra que la ley islámica está siendo usada y abusada en el conflicto armado contemporáneo en el mundo musulmán.

3. Principios Humanitarios en el Corán y en la Sunna

Una vasta y detallada literatura legal islámica relacionada con la regulación del conflicto armado revela que los juristas musulmanes clásicos tenían en mente más o menos la misma filosofía y principios que constituyen el DIH moderno.

La ley islámica de guerra busca humanizar el conflicto armado protegiendo las vidas de los no combatientes, respetando la dignidad de los combatientes enemigos y prohibiendo daños a la propiedad del adversario excepto cuando sea absolutamente necesario por necesidad militar o cuando ocurra involuntariamente, como daño colateral.

Las enseñanzas religiosas tuvieron una gran influencia en la aparición de las normas de la guerra, que alcanzaron la categoría de preceptos jurídicos sobre la base de tres requisitos fundamentales: necesidad, humanidad y caballerosidad.⁸⁷

El Corán prohíbe a los musulmanes guerrear con aquellos que los vincula un tratado o aquellos que desean la paz:

No aceptéis ayuda exceptuando a quienes se unan a un pueblo con el que tengáis establecido un pacto o que vengan a vosotros con el pecho oprimido por tener que combatir contra vosotros. Por lo tanto si se apartan de

87 AL-DAWOODY (2011: 194-200).

*vosotros y no os hacen la guerra y os ofrecen la paz, Dios no deja vía de actuación contra ellos.*⁸⁸

3.1. Humanidad

El principio de humanidad pilar en el DIH es un elemento común en la ley islámica. El Corán prohíbe el empleo de cualquier tipo de fuerza que no sea necesaria para los fines de la guerra: “Y no dejes que el odio de un pueblo por haberlo obstruido a ti de al-Masjid al-Haram te lleve a transgredir. Y cooperen en rectitud y piedad, pero no cooperen en el pecado y la agresión. Y temed a Dios; de hecho, Dios es severo en la pena”.⁸⁹

Las instrucciones que el Califa Umar da a sus ejércitos prescriben las normas sobre algunas conductas prohibidas durante una guerra, como sigue: “No mates cuando y tienes poder para hacerlo. No cometas excesos cuando triunfas. No mates a un anciano, una mujer o un menor, trata de evitarlos en el momento del encuentro de los dos ejércitos, y en el momento del calor de la victoria, y en el momento de los ataques esperados”.⁹⁰

Cuando La Meca fue conquistada por el Profeta Mahoma declaró una amnistía general para sus habitantes, a pesar de que lo habían perseguido y lo habían obligado a emigrar de La Meca a Medina, expresando de esta manera una preocupación por la humanidad, acorde con el concepto coránico de que toda la humanidad es una comunidad.⁹¹

3.2. Distinción

La ley islámica deja en claro que todos los combates en el campo de batalla deben dirigirse únicamente contra los combatientes enemigos. Los civiles y los no combatientes no deben sufrir daños deliberados durante el curso de las hostilidades: “Y combatid en la senda de Dios contra aquellos que os combatan pero no seais agresores. Ciertamente Dios no ama a los agresores”.⁹²

Abu Bakr al-Siddīq, el primer Califa⁹³ expresó:

88 CORAN (4: 89-90).

89 CORAN (5: 12).

90 SAHIH MUSLIM, Book 019, Number 4320, Ver<http://hadithcollection.com/about-hadith-books.html>, (consulta 9/9/2018).

91 SHAH (2013: 361-362).

92 CORAN (2: 190).

93 Luego de la muerte de Mahoma (año 632) fue nombrado como su sucesor Abu Bakr al-Siddīq (durante su gobierno, se realizó la primera compilación del Corán, que hasta entonces sólo se recitaba de memoria), luego Umar ibn al-Jattab, con posterioridad Uthman Ibn Affan y finalmente Ali Ibn Abi Talib quienes constituyeron el denominado Califato bien guiado desde el año 632 hasta el año 661.

Recuerda que siempre estás bajo la mirada de Dios y al borde de la muerte... Escúchame para poder darte 10 órdenes que debes respetar escrupulosamente. Cuando luchas por la gloria de Dios, compórtate como los hombres, nunca te vuelvas atrás. Pero no derrames sangre de mujeres, niños y ancianos. Nunca actúes con perfidia. No dejes el camino correcto. No mutilar. No destruyas árboles, no quemes casas, no derribes árboles frutales y no mates al ganado a menos que tengas que alimentarte [...] cuando conozcas monasterios y a personas [...] religiosas déjalos ir.

El Profeta mencionó específicamente cinco categorías de personas a las que se les concede inmunidad no combativa según la ley islámica: mujeres, niños, ancianos, clérigos y, los *usafā* (esclavos o personas contratadas para realizar ciertos servicios para el enemigo en el campo de batalla, pero que no toman parte en las hostilidades).

Los compañeros del Profeta y las sucesivas generaciones de juristas comprendieron la lógica que guiaba la prohibición de atacar a estas personas y otorgaron inmunidad también para otras categorías de personas, como los enfermos, los ciegos, los incapacitados, los dementes, granjeros, comerciantes y artesanos.

El cuarto califa Ali Ibn Abu Talib-ordenó a sus soldados:

Si los vences, no mates a un hombre herido, ni mutilés a los muertos, no abras una cortina o ingreses a una casa sin permiso, no tomes nada de su propiedad, y no torturen ni lastimen a sus mujeres aunque puedan insultar a sus líderes, y recuerden los combatientes musulmanes tienen prohibidos de matar a los que habían huido del campo de batalla.⁹⁴

3.3. Proporcionalidad

La ventaja militar obtenida por un ataque no debe superar los daños provocados a la población civil o a los bienes civiles:

“Y si castigáis, castigad en la misma medida en que fuiste castigados, pero si sois paciente, eso es mejor para quien sea paciente”.⁹⁵ “Se paciente, pero no podrás ser paciente si no es por Dios. Y no te lamente sobre ellos y no tengan angustia por los que conspiran”.⁹⁶

“Y si cesan, entonces en verdad, Dios es indulgente, misericordioso”.⁹⁷ “Y no matéis a quien Dios ha prohibido matar, excepto con derecho”.⁹⁸

Según el Corán y los Hadith los combatientes musulmanes que por su propia iniciativa han preservado una conducta justa hacia sus enemigos serán recompensados por Dios; y las represalias beligerantes deben ser proporcionales a los crímenes

94 BENNOUNE (Winter 1994: 626-628).

95 CORAN (16: 126).

96 CORAN (16: 127).

97 CORAN (2: 192).

98 CORAN (17: 33).

infligidos a los musulmanes:⁹⁹ “La recompensa del mal es un mal semejante. Así pues, quien perdone y corrija el mal será recompensado por Dios”.¹⁰⁰

3.4. Prohibición de armas y ataques indiscriminados

Para preservar la vida y la dignidad de los civiles y no combatientes protegidos, y aunque las armas utilizadas por los musulmanes en los siglos VII y VIII eran primitivas y su poder destructivo limitado, los juristas musulmanes clásicos discutieron la permisibilidad de usar indiscriminadamente armas de varios tipos, como mangonels (un arma para lanzar grandes piedras) y flechas con punta de veneno o con punta de fuego.

“Por eso hemos decretado a los hijos de Israel que quien mata a un alma humana excepto en retribución de cometer fasād (destrucción, daño) en la tierra, será como si hubiera matado a todos de la humanidad, y quienquiera que la salve será como si salvó a toda la humanidad”.¹⁰¹

El hecho de que estas armas indiscriminadas fueron el tema de discusión también indica una genuina preocupación por la propiedad del enemigo y un deseo de protegerla. La mayoría de ellos considera que disparar al enemigo con flechas envenenadas está prohibido y usar el fuego o inundación está permitida sólo en caso de absoluta “necesidad militar” con el fin de obligar al enemigo a rendirse, no para matarlos a gran escala.¹⁰²

Los juristas musulmanes clásicos también discutieron la permisibilidad de dos métodos de guerra potencialmente indiscriminados que podrían resultar en la matanza de personas protegidas y daños a objetos protegidos: al-bayāt (ataques en la noche) y al-tatarrus (el uso de escudos humanos). Según relata Anas Ibn Malik: “Cada vez que el Profeta llegó a un pueblo por la noche, nunca se inició un ataque hasta que fue mañana”.

La necesidad de equilibrar los principios humanitarios de distinción, proporcionalidad y precaución con el principio de la necesidad militar, llevó a los juristas a tener distintas posturas: algunos de ellos prohibían los ataques realizados por la noche o contra escudos humanos y otros estaban dispuestos a permitirlos, pero solo cuando era absolutamente necesario por necesidad militar. También discreparon sobre lo que constituía una necesidad militar. Sin embargo, no hubo diferencias de opinión entre ellos sobre el punto fundamental: las personas y los objetos protegidos no debían ser perjudicados deliberadamente.¹⁰³

3.5. Protección de la propiedad

99 VANHULLEBUSCH (2015: 161).

100 CORAN (42: 40).

101 CORAN (5: 32).

102 AL-DAWOODY (2011: 223-227).

103 AL-DAWOODY (2017).

En la cosmovisión islámica, todo en este mundo le pertenece a Dios, y los seres humanos, en la tierra, tienen la responsabilidad de proteger sus propiedades y contribuir a la civilización humana. Por lo tanto, incluso durante el curso de las hostilidades, la destrucción gratuita de las propiedades enemigas está estrictamente prohibida.

Como principio general el Corán prohíbe la destrucción de los cultivos y animales, pero en los casos en los que es necesario para la defensa o para fines militares se permite destruir la propiedad enemiga: “Todo lo que han cortado las palmeras o los han dejado de pie en sus troncos, fue con el permiso de Dios, y para poder deshonrar a los transgresores”.¹⁰⁴

3.6. Prisioneros de guerra

Acercas del prisionero de guerra, los principios islámicos fundamentales incluyen el respeto de la dignidad e integridad de la persona humana desde el momento del cautiverio hasta su liberación final. Deben ser alimentados y se les debe dar agua para beber, vestirse si es necesario y protegerse del calor y el frío y de los tratos crueles:

*Oh, Profeta, Di a los cautivos que están en tus manos: Si Dios encuentra algo bueno en vuestros corazones os concederá algo mejor que aquello que os ha sido quitado y os perdonará, pues Dios es perdonador, es indulgente, misericordioso.*¹⁰⁵

*Y alimentaron por amor a Él al necesitado, al huérfano y al cautivo.*¹⁰⁶

Los Hadith mencionan que el Profeta ordenó a su compañero guerrero: prestar atención a las recomendaciones para tratar al prisionero justamente y que el Profeta dijo: Los prisioneros son sus hermanos y compañeros. Es por la compasión de Dios que están en tus manos. Están a tu merced, así que trátalos bien como si estuvieras tratándote a ti mismo, con comida, ropa y vivienda.¹⁰⁷

En lo que respecta a lo que se debería hacer con los prisioneros de guerra, los juristas musulmanes clásicos se dividieron en tres grupos. Los primeros, basándose en el sostuvieron que los prisioneros de guerra deben ser liberados unilateralmente o a cambio de soldados musulmanes capturados: “Cuando os encontráis en batalla con los que no creen, golpeadles en los cuellos hasta que los hayáis diezmado y apresadles atándoles fuertemente. Luego, o bien otorgadles la libertad o bien pedid un rescate por ellos, para que termine la carga de la guerra”.¹⁰⁸

104 CORAN (59: 2).

105 CORAN (8: 70).

106 CORAN (76: 8).

107 Se relatan estos hechos luego de la batalla de Badr (642) librada por Mahomma y sus seguidores en la cual derrotan a sus enemigos de la ciudad de La Meca. Ver GUILLAUME (1998: 309).

108 CORAN (47: 4).

El segundo grupo, formado por algunos juristas (Ḥanafī), argumentó que el Estado debería decidir, en función de sus mejores intereses, si ejecuta o esclaviza a los prisioneros de guerra; pero algunos otros de la misma escuela dijeron que los prisioneros de guerra pueden ser liberados, pero deben permanecer en el estado musulmán porque permitirles regresar a su país fortalecerá las fuerzas enemigas.¹⁰⁹

Es importante agregar que los juristas comúnmente acuerdan que está prohibido que el Islam ejecute rehenes enemigos bajo su control, incluso si el enemigo masacró a los rehenes musulmanes que tenía. Esta prohibición se basa en el Corán: “Ninguna persona pecadora será responsable por el pecado cometido por otro”.¹¹⁰

Otra prohibición contemplada en las leyes islámicas es la tortura a los prisioneros de guerra para obtener información militar, según el jurista Mālik,¹¹¹ cuando se le preguntó sobre la tortura de prisioneros enemigos para obtener inteligencia militar, él respondió que nunca escuchó que esto podría ser permitido en la leyes del Islam.

4. Conclusión

Podemos decir que el Corán y la tradición del Profeta, desde hace varios siglos, han establecido una cantidad de principios y reglas éticas de la guerra, tales como la protección de la vida, los bienes y la dignidad del ser humano que pueden ser considerados como un conjunto de normas humanitarias, que fueron aplicadas y han precedido al derecho internacional humanitario.

Tal como se ha mencionado, los objetivos esenciales de protección a las víctimas y limitación de métodos y medios de combate en un conflicto armado se encuentran contemplados en ley islámica.

Es dable destacar que este trabajo se circunscribe a un análisis de las reglas de la guerra a través de las dos fuentes principales del Islam para constatar que los principios modernos del derecho internacional humanitario son coincidentes con los de las leyes de la guerra islámica.

No es objeto de nuestro análisis, pero sí existen, las falencias o contradicciones emergentes de las distintas interpretaciones de las escuelas jurídicas del derecho islámico, que se visualizan en los conflictos actuales en el mundo islámico y que parecieran que se apartan por completo de cualquier principio de humanidad, asociando al Islam con la violencia extrema. Pero la conducta de quienes formando parte del Islam violan de manera flagrante los principios contemplados en el Corán y la Sunna no los transforma a aquellos en inexistentes.

5. Bibliografía

109 SALAYMEH (Fall 2008: 530); MUNIR (Winter 2010: 463-492).

110 CORAN (6: 164; 17: 15; 35: 18; 3: 7; 53: 38).

111 Citado por AL-DAWOODY (2011: 258).

Bibliografía crítica (secundaria)

- AFSARUDDIN, A. (2013) “The Siyar laws of aggression: juridical re-interpretations of Qur’ānic Jihād and their contemporary implications for international Law”, en FRICK, M.-L. AND MÜLLER, A. (Ed.) *Islam and International Law: Engaging Self-Centrism from a Plurality of Perspectives*, Leiden, Brill/Nijhoff.
- AL-DAWOODY, A. (2011) *War in Islamic Law: Justification and Regulations*, New York, Palgrave Mcmillan, Series in Islamic Theology, Law.
- AL-DAWOODY, A. (2017) *Origins of the Islamic law of war, Humanitarian Law and Police*, An overview ICRC. Ver <https://medium.com/law-and-policy/islam-and-international-humanitarian-law-an-overview-78d2df80712f> , consulta (7 de setiembre 2018).
- AL-MIDANI, M. A. (June 2007) “Le droit international humanitaire et la religion musulmane” dans Millet-Devalle, Anne-Sophie (dir.), *Religions et Droit International Humanitaire*, Institut de la Paix et du Developpement –Université de Nice-Sophia Antipolis, Paris, Pedonne.
- AL-ZUHILI, W. (June 2005) “Islam and International Law”, en *International Review of the Red Cross*, Volume 87, Number 858, Geneve, CICR.
- BASSIOUNI, M. and BADAR, G. (2002) “The Shari’ah: Sources, Interpretation, and Rule-Making”, *UCLA Journal Islamic & Near Eastern Law*.
- BASSIOUNI, M. (2014) *The Sharia and Islamic Criminal Justice in Time of War and Peace*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BENNOUNE, K. (Winter 1994) “As-Salamu Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence”, en *Michigan Journal of International Law*, 15.
- BLEUCHOT, H. (2000) *Droit musulman*, T.1, Collection Droit et religion, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille.
- CALASSO, G. (2017) “Constructing and Deconstructing the *dār al-islām* / *dār al-ḥarb*. Opposition Between Sources and Studies”, en CALASSO, G. and LANCIONI, G. (Eds.), *ār al-islām / dār al-ḥarb. Territories, People, Identities*, Leiden-Boston, Brill.
- GONZALEZ BÓRNEZ, R. (2008) *El Corán, traducción comentada*, Qom, Elhame Shargh, Prólogo.
- GUILLAUME, A. (trans.) (1998) *The Life of Muhammad: A Translation of Ishāq’s Sīrat Rasūl Allāh*, 13 ed., Oxford, Karachi: Oxford University Press.
- HALLAK, W. B. (2005) *The origins and evolution of islamic law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HOURANI, A. (1993) *Histoire des peuples arabes* (Paul Chemla, trad.), Paris, Éditions du

Seuil.

- KAMALI, M. (Winter 2002) “Issues in the Understanding of Jihād and Ijtihād”, *Islamic Studies*, Vol 1, N° 4, Islamabad, Islamic Research Institute, International Islamic University.
- (2008), *Shari‘ah Law: An Introduction*, Oxford, Oneworld.
- LE GAI EATON, C. (1994) *Islam and the Destiny of Man*, New York, State University of New York Press.
- MARÍN GUZMÁN, R. (2009) *Introducción al estudio del Medio Oriente Islámico: trayectoria histórica, continuidad y cambio*, Serie Cuadernos de Historia de la Cultura, Costa Rica, Universidad de Costa Rica.
- MORABIA, A. (2013) *Le Gihad dans l’Islam Medieval. Le “Combat Sacré” des origines au XII siècle*, Paris, Albin Michel, Coll. Bibliothèque de l’Evolution de l’Humanité.
- MUNIR, M. (Winter 2010) “Debates on the Rights of Prisoners of War in Islamic Law”, en *Islamic Studies*, Vol. 49, No. 4, Islamabad, Islamic Research Institute, International Islamic University.
- MOUAQUIT M. (2011) *Droit Public Musulman, Aspects classiques et contemporaines*, Maroc, Afrique Orient.
- SAHIH MUSLIM, Book 019, Number 4320, <http://hadithcollection.com/about-hadith-books.html>.
- SA’ID RAMADÁN AL-BUTI, (2006) *JIHAD IN ISLAM: HOW TO UNDERSTAND & PRACTICE IT*, (MUNZER ADEL ABSI, TRANSLATOR), DAMASCUS, DAR AL-FIKR PUBLISHING HOUSE.
- SALAYMEH, L. (Fall 2008) “Early Islamic Legal-Historical Precedents: Prisoners of War” en *Law and History Review*, Vol. 26, No. 3, American Society for Legal History.
- SHAH, NIAZ A. (2013) “THE USE OF FORCE UNDER ISLAMIC LAW”, EN *THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, VOL. 24 NO. 1, OXFORD, OXFORD UNIVERSITY PRESS.
- VANHULLEBUSCH, M. (2015) *War and Law in the Islamic World*, Leiden, Boston, Brill/Nijhoff-Brill’s Arab and Islamic laws Serie.
- ZERAOU, Z. (2013) *El pensamiento filosófico en el Islam clásico*, México DF, Limusa.

Parte I:

Derecho Internacional Humanitario

Justificar es humano: la interrelación de los elementos jurídicos y emotivos de la noción de humanidad y sus consecuencias

AGOSTINA N. CICHERO

Universidad de Buenos Aires

En el ámbito del derecho internacional, la noción de “humanidad” suele ser concebida como un concepto jurídico, casi técnico. Basta pensar, por ej., en la noción de crímenes de lesa humanidad, en la humanidad como principio rector del derecho internacional humanitario (DIH) receptado por la famosa cláusula Martens, en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) o en la noción de intervención humanitaria.

No obstante los diversos estudios doctrinarios que se han realizado sobre estas cuestiones desde la perspectiva técnica o jurídica, muy pocos han reparado en el carácter emotivo que la noción de humanidad presenta. A lo largo del presente trabajo, se intentará dar cuenta de la alta carga emotiva y retórica del concepto, planteando la posibilidad de que su principal aporte no se encuentre dentro del plano de lo jurídico, sino del de la justificación moral.

Para ello, se ahondará en las funciones discursivas de la noción de humanidad desde dos puntos de vista complementarios: como herramienta retórica utilizada para reducir la indiferencia que genera la “distancia” y restaurar los lazos de solidaridad y compasión entre “los ciudadanos del mundo”,¹¹² y como concepto que ha contribuido al traspaso de una concepción esencialmente nacionalista de las relaciones internacionales, a un paradigma cosmopolita.¹¹³

1. La noción de humanidad en el DIH

En el DIH, la noción de humanidad está fuertemente asociada a la conocida cláusula Martens, incluida en la Convención de La Haya de 1899 y, posteriormente (con una redacción casi idéntica), en la de 1907. La misma establece que:

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y

112 NUSSBAUM (1996: 6).

113 Entendemos por cosmopolitismo la teoría que propone que todo ser humano, más allá de sus pertenencias particulares nacionales o de otra índole, pertenece a la sociedad humana, es un “ciudadano del mundo”. NUSSBAUM (1996: 6-7).

*el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.*¹¹⁴

La cláusula, propuesta por el diplomático ruso Fyodor Martens que le dio su nombre, fue diseñada originalmente con el fin de proporcionar una protección residual a la población de los territorios ocupados que no se encontraba presente en el convenio de 1899.¹¹⁵

Posteriormente, la cláusula fue incluida en los Convenios de Ginebra de 1949, ya no con el fin de cubrir situaciones no reguladas, sino a los fines de dejar en claro que si un Estado Parte denunciaba los convenios, las partes seguirían rigiéndose por el derecho consuetudinario.¹¹⁶

Asimismo, la cláusula se encuentra presente en el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. Sin embargo, allí el objetivo de la cláusula es evitar las interpretaciones a contrario, o lo que es lo mismo, aclarar que incluso aunque una determinada situación no se encuentre regulada por el protocolo, de todos modos resulta aplicable el derecho internacional consuetudinario, incluyendo el DIH.¹¹⁷

En el Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 se incluye una fórmula mucho más reducida, que omite referencias al derecho internacional y la costumbre, pero que no obstante establece que “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

La cláusula también se encuentra presente en el preámbulo de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales. Asimismo, el preámbulo de la Convención de Ottawa de 1977 sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción remarca “el papel que desempeña la conciencia pública en el fomento de los principios humanitarios, como se ha puesto de manifiesto en el llamado hecho para lograr una total prohibición de minas antipersonal”, mientras que la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción expresa el convencimiento “de que el empleo de esos métodos repugnaría a la conciencia de la humanidad y de que no ha de escatimarse ningún esfuerzo para conjurar ese peligro”.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha tenido oportunidad de expresarse en relación a la cláusula Martens en su opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares. Allí, la CIJ consideró que la cláusula era uno de “los principios cardinales contenidos en los textos que constituyen la esencia del

114 El resaltado me pertenece.

115 MERON (2000: 79).

116 MERON (2000: 80).

117 MERON (2000: 80-81).

derecho internacional humanitario”¹¹⁸ de carácter consuetudinario,¹¹⁹ cuya “existencia y aplicabilidad continua no plantean duda alguna”,¹²⁰ remarcando asimismo su utilidad como “un medio eficaz de abordar la rápida evolución de la tecnología militar”.¹²¹ Este concepto fue reforzado en el voto disidente del Juez Shahabuddeen, quien resaltó el aspecto dinámico de la cláusula, en el sentido de establecer ciertos principios que aplican independientemente de los avances tecnológicos.¹²²

En el mismo sentido se ha expresado el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en su “Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos”,¹²³ cuyo propósito es ayudar a los Estados a establecer o mejorar los procedimientos para determinar la licitud de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos de conformidad con el artículo 36¹²⁴ del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. En efecto, la guía considera que dentro de las normas que han de aplicarse a las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos, se encuentran las prohibiciones o restricciones basadas en los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública, de modo que “un arma no cubierta por las normas existentes de derecho internacional humanitario se consideraría contraria a la cláusula de Martens, si se determina que *per se* contradice los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública.”¹²⁵

De esta evolución resulta claro que el significado de la cláusula ha ido modificándose. En la actualidad, se la relaciona con la aplicación del derecho

118 La traducción es propia. La cita textual es “The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law”. CIJ, Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, Opinión consultiva del 8 de Julio de 1996, párr. 78.

119 CIJ, Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, Opinión consultiva del 8 de Julio de 1996, párr. 84.

120 CIJ, Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, Opinión consultiva del 8 de Julio de 1996, párr. 87.

121 CIJ, Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, Opinión consultiva del 8 de Julio de 1996, párr. 78.

122 CIJ, Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares, Opinión consultiva del 8 de Julio de 1996, voto disidente del Juez Shahabuddeen, p. 406.

123 CICR (2007) Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos.

124 El artículo 36 del Protocolo Adicional I sobre armas nuevas establece: “Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante”. La guía del CICR explica que, en tanto el artículo 36 no especifica cómo debe realizarse el examen de la licitud de medios y métodos nuevos, “[b]asándose en las interpretaciones del texto del artículo 36 y en la práctica de los Estados, esta Guía subraya los aspectos más importantes de la normativa y los procedimientos que han de seguirse para establecer un mecanismo de examen jurídico”. CICR (2007) Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos, p. 1.

125 CICR (2007) Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos, p. 16.

internacional consuetudinario, incluso a las situaciones que se encuentran reguladas por un tratado internacional. De este modo, aunque una conducta determinada no se encuentre prohibida expresamente, sigue estando regulada por la costumbre.

Ahora bien, cabe preguntarse si la cláusula puede ser una fuente de limitaciones o prohibiciones en sí misma, o bien si actúa como una suerte de principio que debe regir la interpretación de las normas de DIH. Esta última parece ser, en efecto, la respuesta correcta. Autores como HAYASHI¹²⁶ o DINSTEIN¹²⁷ afirman que sería incorrecto considerar que, incluso aunque se cumpla con la norma positiva (en sentido amplio, incluyendo tanto los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho), un apartamiento del principio de humanidad podría implicar un incumplimiento del DIH. En otras palabras: el principio de humanidad no constituye una norma que pueda ser invocada en forma autónoma como fuente de prohibición o limitaciones.

Por el contrario, el rol fundamental de la noción de humanidad consiste en ser el fundamento para la formación de normas positivas de DIH. En este sentido, se considera que las normas de DIH son un producto del balance entre consideraciones de humanidad y de necesidad militar.¹²⁸ DINSTEIN explica que

*el equilibrio puede ser imperfecto, pero es jurídicamente vinculante en la forma exacta en que fue construido. Los beligerantes, y mucho menos cada miembro de sus fuerzas armadas, carecen del privilegio de balancear las consideraciones opuestas de necesidad militar y humanitarismo para restaurar nuevamente el equilibrio. A fortiori, no está permitido ignorar normas jurídicas sobre la base de que son invalidadas por uno de esos dos sets de consideraciones.*¹²⁹

En consecuencia, se parte de la base de que cada norma es el producto de un análisis que ya se ha hecho sobre qué principio debe primar en cada caso, y en qué medida. De este modo, el principio de humanidad, así como el de necesidad militar,

126 HAYASHI (2010: 55-56); HAYASHI (2013: 701).

127 DINSTEIN (2012: 73); DINSTEIN (2004: 16).

128 PICTET (1987: 394), DINSTEIN (2004: 16); DINSTEIN (2012: 73); Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objetivo de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempos de guerra, preámbulo (el objetivo principal del DIH es atenuar “las calamidades de la guerra”, solamente “en cuanto sea posible”, considerando que el objetivo primordial de cada beligerante en un enfrentamiento armado es vencer al enemigo). Al respecto, Dinstein explica que el ejemplo más claro de dicho balance es el principio de distinción entre combatientes y civiles, y entre objetivos militares y objetos civiles, contenido en el artículo 52 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Ello en tanto el propósito del principio de distinción es otorgar a los civiles la máxima protección y exponer al mismo tiempo a los combatientes a los peligros de la guerra. Si bien es un principio abstracto, el análisis de las reglas concretas que detallan la protección de los civiles demuestra que es un error pensar que el DIH puede proteger completamente a los civiles; el DIH no puede ceder únicamente a los requerimientos de la humanidad, sino también a las contrademandas de la necesidad militar. Un ejemplo de ello es que el DIH tolera el daño colateral, el cual implica que mueran o resulten heridos seres humanos inocentes que no se encuentran participando en las hostilidades. Cf. DINSTEIN (2012: 73).

129 DINSTEIN (1982: 274).

se encuentran incorporados a la norma.¹³⁰

En efecto, para DINSTEIN, la noción de humanidad no constituye un principio sino una consideración o requerimiento. Esto significa que no existe una obligación positiva de humanidad en el DIH que indique qué puede y qué no puede hacerse en tiempos de guerra, sino consideraciones meta-jurídicas, inspiradoras e instrumentales, que no alcanzan a constituir derecho.¹³¹

Si el valor fundamental del principio de humanidad no se encuentra en el plano normativo, cabe preguntarse, entonces, qué rol cumple en términos retóricos o de justificación moral.

2. La función retórica del concepto de humanidad: lecciones desde la filosofía

La noción de humanidad está asociada fuertemente a la labor del CICR. En efecto, de los siete principios rectores fundamentales de la Cruz Roja (humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado, unidad y universalidad), el de humanidad es el principio esencial, en tanto es la expresión de la profunda motivación de la Cruz Roja, de la cual se derivan los demás principios.¹³²

Ahora bien, resulta interesante notar que el Comentario a los Principios Fundamentales de la Cruz Roja considera que el principio de humanidad se encuentra profundamente ligado a la noción de caridad, entendida esta como “un esfuerzo que se nos prescribe, desde el interior y desde el exterior, y que llega a ser como una segunda naturaleza, para aliviar los sufrimientos ajenos y hacer que terminen”.¹³³

El comentario explica, asimismo, que uno de los móviles de la caridad es la piedad (o pena),¹³⁴ la cual constituye “un movimiento espontáneo, una reacción afectiva instantánea en presencia de la desgracia ajena”.¹³⁵ También llamada compasión, la define como “ese movimiento del alma que nos hace sensibles ante

130 PICTET (1987: 392-393); DUNBAR (1952: 444); DINSTEIN (2004: 17-19); HAYASHI (2010: 55-56); CICHERO (2015: 297). Si bien algunos de los pasajes citados hacen referencia a la imposibilidad de invocar necesidad militar en forma autónoma, tal como lo expresa Hayashi, la misma lógica que excluye la aplicación de la necesidad militar como excepción cuando la misma no está prevista, impediría utilizar la noción de humanidad como excepción, justificación, excusa o, incluso, como restricción normativa adicional. HAYASHI (2013: 701).

131 Cf. DINSTEIN (2012: 73).

132 PICTET (1979: 135). Cabe remarcar que, si bien el comentario a los principios establece que no hay que confundir los principios de la Cruz Roja con los principios del DIH, aclara que hay una conexión entre ambos, en tanto el DIH tuvo su origen en los ideales de la Cruz Roja, por lo cual hay algunos (como por ejemplo, el principio de humanidad) que son en cierto sentido comunes a ambos.

133 PICTET (1979: 144).

134 El término utilizado en la versión original en inglés es “pity”, que puede traducirse como pena, lástima o compasión.

135 PICTET (1979: 144).

los males ajenos”.¹³⁶ A mayor abundamiento, explica que la piedad (o pena) es “ese sentimiento que nos domina a la vista de los sufrimientos y que incita a aliviarlos”.¹³⁷

En el mismo sentido, ARISTÓTELES explica en su *Retórica* que la compasión es “un cierto pesar por la aparición de un mal destructivo y penoso en quien no lo merece, que también cabría esperar que lo padeciera uno mismo o alguno de nuestros allegados, y ello además cuando se muestra próximo”.¹³⁸ En este sentido, introduce el elemento de la proximidad (entendida en sentido amplio) como determinante para la capacidad de sentir compasión: “es claro que el que está a punto de sentir compasión necesariamente ha de estar en la situación de creer que él mismo o alguno de sus allegados van a sufrir un mal”.¹³⁹ Para el clásico, “se es compasivo (...) cuando uno se halla en la disposición de acordarse de que a él mismo o a alguno de los suyos les han acontecido cosas de la misma naturaleza, o en la de esperar que, igualmente a él, o a alguno de los suyos, les pueden llegar a suceder”.¹⁴⁰

El elemento de proximidad debe ser entendido en forma amplia, como todo aquello que nos da la sensación “de que también a nosotros podría sucedernos lo que a ellos; pues, en general, hay que admitir aquí que las cosas que tememos para nosotros, esas son las que nos producen compasión cuando les suceden a otros”.¹⁴¹ Entre los elementos que generan sensación de proximidad y facilitan la compasión hacia el otro, ARISTÓTELES menciona que la persona sea conocida (siempre que la relación no sea demasiado íntima, ya que en ese caso se está ante lo terrible, algo distinto de la compasión), que sea semejante a uno en edad, costumbres, modo de ser, categoría o linaje, que el padecimiento no se encuentre alejado demasiado en el tiempo (en tanto, al no esperarlos ni acordarnos de ellos, o no nos conmueven en absoluto o no de la misma manera), o la virtud de la persona víctima de los padecimientos.¹⁴²

GUINZBURG explica que las conclusiones de ARISTÓTELES sobre la compasión son llevadas al extremo por DIDEROT, quien consideraba que la distancia en tiempo o espacio debilitaba todo tipo de sentimientos y consciencia de culpa, incluso de delitos como el asesinato.¹⁴³ Consecuentemente, parecería ser que no existe una moral universal, sino que la misma está limitada por circunstancias de tiempo y espacio.¹⁴⁴

GUINZBURG rescata la parábola del mandarín chino, elaborada por CHATEAUBRIAND en respuesta a DIDEROT:¹⁴⁵ si fuese posible matar por mera voluntad a un viejo mandarín Chino (GUINZBURG agrega “por el simple acto de apretar un

136 PICTET (1979: 144).

137 PICTET (1979:144).

138 ARISTÓTELES (1999: 353).

139 ARISTÓTELES (1999: 353).

140 ARISTÓTELES (1999: 356).

141 ARISTÓTELES (1999: 358).

142 ARISTÓTELES (1999: 358-359).

143 GUINZBURG (2008: 110).

144 GUINZBURG (2008: 111-112).

145 GUINZBURG (2008:113-114).

botón”), y heredar su fortuna en Europa, con la convicción sobrenatural de que el hecho jamás será conocido, ¿lo haría? Si bien no queda claro el por qué de la referencia China,¹⁴⁶ parecería ser que se busca generar la sensación de distancia geográfica, e incluso emocional (se menciona la indignancia de quien debe tomar la decisión; que incluso si el anciano muriese de causas naturales, sus propiedades habrían ido a parar a manos del Estado; que el anciano está enfermo y afligido; que la muerte es una bendición que el anciano la desea, y de todos modos no le queda mucho tiempo de vida).¹⁴⁷

La idea de la distancia emocional ha sido estudiada en relación al Holocausto, en tanto la división del trabajo y la profesionalización fomentan un distanciamiento funcional y físico de la muerte como producto. Cada cual tiene una función mínima dentro de la cadena productiva, y no llega a ver el producto de sus acciones.¹⁴⁸ Los muertos ya no son personas, son “números”, “estadísticas”.¹⁴⁹ SCARRY remarca la incidencia del número de personas en la capacidad del ser humano de imaginar al otro,¹⁵⁰ lo cual implica desconocer su dolor, permitiendo dañarlo.¹⁵¹

Al respecto, GUINZBURG agrega que “tal como lo remarcó Aristóteles, la distancia y la cercanía son conceptos ambivalentes; aún más, están constreñidos por el tiempo y el espacio. Como hemos observado, la distancia, cuando es llevada al extremo, puede generar la falta total de compasión por nuestros prójimos humanos”.¹⁵² En definitiva, la idea de que el ser humano tiene una capacidad de compasión o pena limitada a aquellos que siente próximos, parecería indicar, nada más y nada menos, que el ser humano es naturalmente anti-cosmopolita.

GUINZBURG considera que, en los casos de distancia extrema, “expresar compasión por esos humanos distantes sería (...) un acto de mera retórica”.¹⁵³ ¿Qué debemos entender, en consecuencia, por “retórica”? ARISTÓTELES señala que es

146 Si bien la parábola hace referencia a una obra de Diderot, se desconoce por qué se eligió dicho país originalmente. GUINZBURG (2008: 110-111).

147 GUINZBURG (2008: 113).

148 BROWNING (2011: 301).

149 Calveiro explica que “en estos rangos las cifras dejan de tener una significación humana. En medio de los grandes volúmenes los hombres se transforman en números constitutivos de una cantidad, es entonces cuando se pierde la noción de que se está hablando de individuos. La misma masificación del fenómeno actúa deshumanizándolo, convirtiéndolo en una cuestión estadística, en un problema de registro. Como lo señala Todorov, ‘un muerto es una tristeza, un millón de muertos es una información’”. CALVEIRO (1998: 30).

150 SCARRY (1996: 104).

151 Scarry explica que “existe una relación circular entre la generación de dolor y el problema de la otredad. La dificultad de imaginar a otros es tanto la causa como el problema evidenciado por la acción dañosa. La acción dañosa ocurre precisamente porque nos es difícil creer en la realidad de otras personas. Al mismo tiempo, la herida misma hace visible el hecho de que no podemos ver la realidad de otras personas. Exhibe nuestras discapacidades perceptivas. Porque, si las otras personas nos resultaran claramente visibles, nos sería imposible infligirles dolor”. SCARRY (1996: 102).

152 GUINZBURG (2008: 116).

153 GUINZBURG (2008: 119).

aquel arte que parte de “conocimientos en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia determinada”,¹⁵⁴ cuya utilidad radica la utilización de estas nociones comunes para alcanzar la persuasión.¹⁵⁵

La retórica tiene por objeto formar un juicio, por lo que “resulta necesario atender, a los efectos del discurso, no sólo a que sea demostrativo y digno de crédito, sino también a cómo ha de presentarse uno mismo y a cómo inclinará a su favor al que juzga”.¹⁵⁶ Las pasiones juegan un papel fundamental a los efectos del discurso retórico, “[p]orque las pasiones son, ciertamente, las causantes de que los hombres se hagan volubles y cambien en lo relativo a sus juicios, en cuanto a que de ellas se siguen pesar y placer”.¹⁵⁷

En este sentido, un análisis de la historia del derecho internacional de los últimos años parecería indicar que, efectivamente, la noción de humanidad cumple un rol fundamental a nivel discursivo, a la hora de reducir los efectos de la distancia, mediante la idea de pertenencia a un grupo común: el grupo humano.

En efecto, para el cosmopolitismo los seres humanos son, ante todo, ciudadanos del mundo;¹⁵⁸ la circunstancia de dónde se nace no es sino un accidente.¹⁵⁹ Los seres humanos debemos reconocer la humanidad donde ocurra, y darle nuestra lealtad (*allegiance*) primaria a “la comunidad moral conformada por la humanidad de todos los seres humanos”.¹⁶⁰

El valor principal del cosmopolitismo radica en incluir a aquellos que no comparten nuestros círculos de pertenencia (étnica, racial, nacional, etc.) dentro de la esfera de aquello que nos concierne éticamente, sin eliminar a nadie, en virtud de nuestra humanidad común.¹⁶¹

A continuación, se explorará cómo la noción de humanidad es utilizada retóricamente en distintas ramas del derecho internacional.

3. La humanidad en el derecho internacional: justificando la “ciudadanía global”

La noción de humanidad se encuentra presente en varias ramas del derecho internacional. En el campo del derecho internacional penal, la misma se plasma en el concepto de crímenes de lesa humanidad. Éstos son definidos en el Estatuto de Roma como “cualquiera de los actos [enumerados en el artículo 7] cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con

154 ARISTÓTELES (1999: 161).

155 ARISTÓTELES (1999: 170).

156 ARISTÓTELES (1999: 307-308).

157 ARISTÓTELES (1999: 310).

158 NUSSBAUM (1996: 6).

159 NUSSBAUM (1996: 7).

160 NUSSBAUM (1996: 7).

161 SEN (1996: 114-116).

conocimiento de dicho ataque”.¹⁶²

Se considera que el primer antecedente de la utilización del concepto fue en 1915, cuando al denunciar la masacre Armenia, los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia consideraron que Turquía era responsable por “crímenes contra la humanidad y la civilización”.¹⁶³ Luego de la Primera Guerra Mundial, la comisión de la Sociedad de Naciones encargada del estudio de la responsabilidad de los autores de la guerra, pretendía enjuiciar a los responsables de las “violaciones de las leyes y costumbres de la guerra y de las leyes de la humanidad”.¹⁶⁴

Después de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a gestarse la noción de crímenes de lesa humanidad para los casos de maltratos graves o atrocidades cometidas contra personas que no tenían la protección de ningún Estado, en especial en el caso de los apátridas y cualquier otra persona que por su raza o religión estuviera desprotegida.¹⁶⁵ Asimismo, el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg definió por primera vez la noción de crímenes de lesa humanidad en su artículo 6.¹⁶⁶

Cada uno de estos eventos marcó un cambio de paradigma, en tanto importó una revisión de las nociones básicas de soberanía. Por primera vez, la comunidad internacional enjuiciaba a los individuos de otro Estado por crímenes cometidos contra sus propios nacionales. Lo que anteriormente hubiese sido una violación a la soberanía de Alemania, fue posible en tanto ya no se trataba de cuestiones dentro de los asuntos internos del Estado, sino que resultaban de interés de toda la comunidad internacional en tanto afectaban a la humanidad en su conjunto.

Otro paso importante hacia un mundo más cosmopolita estuvo dado por la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos

162 Estatuto de Roma, artículo 7. Los actos allí enumerados son: Asesinato; Exterminio; Esclavitud; Deportación o traslado forzoso de población; Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; Tortura; Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; Desaparición forzada de personas; El crimen de apartheid; Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

163 BERGSMO, WUI LING, TIANYING et al. (2015: 559); VAN SCHAACK (1998: 796).

164 VAN SCHAACK (1998: 796).

165 VAN SCHAACK (1998: 789-790); Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Fiscal c. Tadić, Caso No. IT-94-1-T, 7 de Mayo de 1997, párr. 619.

166 Para el estatuto son delitos de lesa humanidad “el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes de la guerra o durante ella, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando sean cometidos al perpetrar un delito sujeto a la jurisdicción del Tribunal o en relación con tal delito, e independientemente de que el acto implique o no una violación del derecho interno del país donde se haya cometido”. Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg (Carta de Londres, 1945), artículo 6.

Económicos, Sociales y Culturales. La noción misma de los derechos humanos contiene una raíz cosmopolita si partimos de la base de que toda persona, por el solo hecho de su humanidad tiene ciertos derechos inalienables y universales.¹⁶⁷

El derecho internacional de los derechos humanos también supuso una alteración de la noción tradicional de soberanía, en tanto si bien el respeto de los derechos humanos es responsabilidad primaria de cada Estado,¹⁶⁸ cuando éste no está dispuesto o no puede cumplir con dicha responsabilidad, la comunidad internacional puede intervenir en cuestiones que, anteriormente, eran consideradas parte de los asuntos internos de cada Estado.¹⁶⁹

Del mismo modo, en los últimos años ha surgido una teoría que considera que la violación sistemática y grave de dichos derechos humanos universales puede dar lugar a la suspensión de una de las normas básicas de convivencia del ordenamiento internacional –la prohibición del uso de la fuerza– para dar lugar a una intervención humanitaria.¹⁷⁰ En efecto, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, planteó la tensión entre el respeto de los mecanismos que actúan como pilares del ordenamiento internacional, y la necesidad de responder ante situaciones graves y sistemáticas, refiriéndose explícitamente al rol que la “humanidad común” juega en dicha percepción:

Reconozco tanto la fuerza como la importancia de esos argumentos. También acepto que los principios de soberanía y no interferencia ofrecen una protección vital a los Estados pequeños y débiles. Pero a los críticos les pregunto lo siguiente: si la intervención humanitaria es, en efecto, un asalto inaceptable a la soberanía, ¿cómo debemos responder a Ruanda, a Srebrenica—a violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que ofenden cada precepto de nuestra humanidad común?¹⁷¹

ANNAN parecería plantear la cuestión como una dicotomía entre los principios de humanidad y soberanía.¹⁷² En efecto, esa parece ser la cuestión en todos los casos analizados en el presente apartado: el cambio hacia un paradigma cosmopolita, basado en la noción de una humanidad común, parecería entrar en conflicto con las nociones tradicionales de soberanía, esencialmente nacionalistas.

167 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Preámbulo (“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”).

168 NOWAK (2009: 58-59).

169 PINTO (2011: 11-12); NOWAK (2009: 58-59).

170 GOODMAN (2006: 107).

171 ONU (2000) “We the peoples: The role of the United Nations in the 21st Century”, Reporte del Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan, p. 48.

172 “Estamos ante un verdadero dilema. Todos estarán de acuerdo en que la defensa de la humanidad y de la soberanía son principios que debemos apoyar. Sin embargo, eso no nos dice qué principio de prevalecer cuando se encuentran en conflicto. La intervención humanitaria es un tema sensible, plagado de dificultades políticas y de difícil respuesta”. ONU (2000) “We the peoples...”, p. 48.

4. Reflexiones finales

Tal como se ha podido observar, el cosmopolitismo presenta tensiones (en cierta medida irreconciliables) con la noción de soberanía. Si se tiene en cuenta que la soberanía es uno de los pilares esenciales sobre los cuales se erige el derecho internacional (quizás “el” pilar esencial), resulta evidente la necesidad de contar con un argumento que no solamente pueda justificar el cambio de paradigma en términos jurídicos, sino también en sus aspectos éticos. En este sentido, la noción de humanidad parecería presentarse como una consideración meta-jurídica, cuya fuerte carga emotiva y retórica permite generar “proximidades” donde el nacionalismo y la soberanía westfaliana imponen “distancias”.

5. Bibliografía

Fuentes primarias

ARISTÓTELES, *Retórica*. Traducción al español de RACIONERO, Q. (1999) *de Aristóteles*, Madrid: Gredos.

CICR (2007) *Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos*.

CIJ, *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva del 8 de Julio de 1996.

Convención (II) de La Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre.

Convención (IV) de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

Convención de 1972 sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción.

Convención de 1980 sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados.

Convención de Ottawa de 1977 sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción.

Convenios de Ginebra de 1949.

Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objetivo de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempos de guerra.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg (Carta de Londres) de 1945.

ONU (2000) “We the peoples: The role of the United Nations in the 21st Century”,
 Reporte del Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949.

Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal c. Tadić, Caso No.
 IT-94-1-T, 7 de Mayo de 1997.

Bibliografía crítica (secundaria)

BROWNING, C. (2011) *Aquellos hombres grises*, Barcelona: Edhasa.

CALVEIRO, P. (1998) *Poder y desaparición*, Buenos Aires: Colihue.

CICHERO, A. (2015) “Cuando el fin justifica los medios: La (in)definición de la ‘necesidad militar’”, en BUIS, E. Y GIOSA, L. (comp.) *Las normas de la guerra. Perspectivas jurídicas sobre el fenómeno bélico*, Buenos Aires, 293-304.

DINSTEIN, Y. (1982) “Military Necessity”, en DOLZER, R. (ed.) *Encyclopedia of Public International Law* 3.

DINSTEIN, Y. (2004) *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge.

DINSTEIN, Y. (2012) “The principle of proportionality”, en LARSEN, K., GULDAHL COOPER, C., & NYSTUEN, G.(eds.) *Searching for a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law*, Cambridge, 72-85.

DUNBAR, N. (1952) “Military necessity”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* 29, 442-452.

GOODMAN, R. (2006) “Humanitarian intervention and pretexts for war”, *American Journal of International Law* 100, 107-141.

GUINZBURG, C. (2008) “Killing a Chinese Mandarin: The Moral Implications of Distance”, *New Left Review* 208, 107-110.

HAYASHI, N. (2010) “Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law”, *Boston University International Law Journal* 28 1, 39-140.

HAYASHI, N. (2013) “Military Necessity as Normative Indifference”, *Georgetown Journal of International Law* 44 2, 675-782.

MERON, T. (2000) “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of

- Public Conscience”, *The American Journal of International Law* 94 1, 78-89.
- NOWAK, M. (2009) *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- NUSSBAUM, M. (1996) “Patriotism and cosmopolitanism”, en NUSSBAUM, M. & COHEN, J. (eds) *For Love of Country?*, Boston, 3-19.
- PAYLAN, S. & KLONOWIECKA-MILART, A. (2015) “Examining the Origins of Crimes against Humanity and Genocide”, en BERGSMO, M. WUI LING, C., TIANYING, S. *et al.*, Bruselas, 557-585.
- PICTET, J. (1979) “Commentary on the Fundamental Principles of the Red Cross (I)”, *International Review of the Red Cross* 210, 130-149.
- PINTO, M. (2011) *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires.
- SCARRY, E. (1996) “The difficulty of imagining”, en NUSSBAUM, M. & COHEN, J. (eds) *For Love of Country?*, Boston, 98-110.
- SEN, A. (1996) “Humanity and Citizenship”, en NUSSBAUM, M. & COHEN, J. (eds) *For Love of Country?*, Boston, 111-118.
- VAN SCHAACK, B. (1998) “The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transnational Law* 37, 787-850.

Emociones en Guerra: la agresión y capacidad de resiliencia de combatientes en el Derecho Internacional Humanitario

MARÍA RABINO NEIRA¹⁷³

Universidad de Buenos Aires

La historia del hombre se ha definido a raíz de hechos de alto grado de impacto emocional, y es justamente desde este punto de vista en el que se analizará a los conflictos armados¹⁷⁴ en las próximas páginas, es decir, como un hecho recurrente y emocionalmente determinante para la especie humana.

En primer lugar, el objetivo del presente capítulo será examinar los efectos directos de las emociones en el desempeño de los combatientes¹⁷⁵ que participan o han participado directamente de las hostilidades. En segundo lugar, buscaremos profundizar en la estrecha relación que existe entre las emociones, más precisamente la agresión, y la capacidad de resiliencia de los beligerantes, con el objetivo de verificar si estas cualidades pueden condicionar su *performance* y con ello provocar eventuales violaciones de los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Para lograr esto, tuve en consideración el análisis de algunos doctrinarios contemporáneos como Sara Ahmed, Martha C. Nussbaum, Nancy Sherman, Alison Howell, Dominique Moisi y Roberto Lorenzo, entre otros, y sus diversas teorías

173 Abogada de la Universidad de Buenos Aires, especializada en Derecho Internacional Público. Investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación DeCyT de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: “Las pasiones del derecho internacional: Improntas afectivas, emociones estatales y sentimientos políticos en la historia del *ius gentium*.”, dirigido por Dr. Emiliano Buis.

174 En el presente artículo se utilizará el término “guerra” de modo amplio, es decir, no solo para hacer referencia a aquellos conflictos armados de carácter internacional que se desarrollen entre Estados y que cuenten con una “declaración de guerra”, sino como representativo de cualquier conflicto armado, independientemente de su carácter y calificación jurídica.

175 Es preciso aclarar que utilizaré el término “combatiente” de modo amplio y alterno con el término “soldado”, “militante” o “guerrero”, quedando comprendidos todo personal -masculino o femenino- de fuerzas armadas organizadas que participen activamente de las hostilidades durante el conflicto armado; así como también, todo personal de fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo Adicional II a los CG.; comprendiendo a aquellos previstos en el Art. 43 y 44 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, Art. 4 del III Convenio de Ginebra, Art. 1 y 3 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre - Anexo al Convenio IV de La Haya de 1907, Art. 1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, Reglas 1, 3 y 9, HENCKAERTS & DOSVALD-BECK (2009: 3-32).

respeto de la guerra y las emociones.

Por último, debemos tener en cuenta que el presente no logrará dar una respuesta única y universal para la totalidad de las experiencias sufridas durante la guerra por parte de soldados, sino que buscará identificar en líneas generales y respecto de un grupo de objeto determinado cómo las emociones importan al Derecho Internacional Humanitario, y cómo las disposiciones colectivas emocionales influyen en la manera que valoramos y analizamos a las guerras.

1. La razón de las emociones

A los fines del presente trabajo, se entenderá a las emociones como el conjunto de estados psico-fisiológicos (es decir que tienen lugar en la mente y en el cuerpo humano a la vez) que llevan a los individuos a dar una respuesta organizada producto de un contenido mental. A su vez, tal como explica Ahmed, los sentimientos son en parte una construcción socio-cultural que implica más que la mera exteriorización de estas emociones.¹⁷⁶ Debemos también tener en cuenta la racionalidad de cada individuo, es decir, la aptitud para adaptar razón a un contexto personal y social. Es por esto que ante el análisis subjetivo de un determinado contexto o circunstancia no todas las personas responden de la misma manera.

Las emociones, los sentimientos, la razón y el cerebro humano no pueden ser disociadas, sino más bien deben ser comprendidos como mecanismos de regulación biológicos y culturales que hay que abordarlos de manera interdisciplinaria. Hay fenómenos mentales que solo pueden comprenderse racionalmente en el contexto de la interacción de un organismo con su ambiente.¹⁷⁷

Esto no supone negar la posibilidad de influir voluntariamente sobre nuestros comportamientos. De hecho, la reducción de las emociones en estos procesos podría implicar un comportamiento racional, calculador, pasivo e indiscriminado, como fue el ataque químico en Gouta durante agosto del 2013 en el marco de la guerra de Siria. En dicha oportunidad, el ataque con armas químicas perpetrado por parte de las fuerzas armadas del régimen de Al-Assad dejó una total de mil cuatrocientos civiles fallecidos y tres mil heridos aproximadamente, entre ellos niños, mujeres y ancianos de la población civil,¹⁷⁸ ocasionando una grave violación a los principios fundamentales de

176 AHMED (2004: 6).

177 DAMASIO (2013: 15).

178 Ver publicaciones periodísticas del 30 de agosto de 2013. En particular, Europapress publicó informes sobre los múltiples ataques efectuados con armas químicas contra la población civil en Gouta y diversas ciudades en Siria por parte del régimen de Al-Assad, <http://www.europapress.es/internacional/noticia-cnfors-acusa-gobierno-cometer-genocidio-uso-armamento-quimico-contra-poblacion-civil-20130830024116.html>. Asimismo, el diario BBC publicó la noticia donde J. Kerry, Secretario de Estado de los Estados Unidos, comunicó la matanza de aproximadamente 1429 personas en la localidad de Gouta, Siria por parte de las fuerzas armadas de Al-Assad, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/08/130830_siria_eeuu_reino_unido_evidencia_ataque_quimico_men.

proporcionalidad, distinción, humanidad, prohibición de empleo de armas químicas,¹⁷⁹ previstos en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra¹⁸⁰ y de prohibición del empleo de gas mostaza con fines bélicos.¹⁸¹

Únicamente se puede pensar que para llevar a cabo semejante perpetración de los principios fundamentales del DIH y cometer estos y otros crímenes de guerra, la capacidad de empatía emotiva por otro ser humano debe estar totalmente desconectada en su proceso de razonamiento. De esta manera, se obtiene de los soldados un accionar racional y sin criterio para cuestionar o distinguir la proporción de sus consecuencias.

Sin perjuicio de esto, acontecimientos como estos basados en la toma de decisiones racionalizadas con el objetivo de lograr una ventaja militar, ocurren todos los días de manera legítima durante los conflictos armados, y generalmente son calificados como “daños colaterales”. Inclusive si estos actos implican una condena emocional y moralmente incorrecta por parte de la comunidad internacional, como resultado ser el caso de ataque a un Hospital de la organización internacional “Médicos Sin Fronteras” en la ciudad de Kunduz, Afganistan el día 3 de octubre de 2015. En esta oportunidad, personal sanitario de la organización se encontraba brindando asistencia médica a civiles -niños, mujeres, ancianos-, cuando soldados de las fuerzas armadas de Estados Unidos bombardearon la instalación sanitaria -cuyos signos distintivos se encontraban a la vista y ubicación había sido denunciada a las partes en conflicto- durante dos horas aproximadamente, dejando un total de 42 muertos -entre ellos civiles y personal sanitario que brindaba asistencia humanitaria-. Claramente, el representante del Pentágono de los Estados Unidos calificó estos crímenes de guerra como resultado de una combinación de errores humanos y técnicos, calificando la situación como un “daño colateral”.¹⁸²

179 Art. 3, 4, 5, 6, de la Convención sobre Armas Químicas y sus respectivos Anexos.

180 Art. 48 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra. Conforme surge del Customary International Humanitarian Law, hay principios -como es el de distinción o proporcionalidad- que son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, “Norma 1: Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques solo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados...Norma 7: Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques solo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados...Norma 17. Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente...”, disponible online https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf (visitado el día 2 de agosto de 2015).

181 En las condiciones previstas por la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su destrucción de 1993 -entrado en vigor 1997-, y el Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos firmado en Ginebra, el 17 de junio de 1925. El gas mostaza se encuentra prohibido Disponible online: https://www.opcw.org/fileadmin/OPCW/CWC/CWC_es.pdf

182 Ver publicaciones del día 3 de octubre de 2015, en especial la nota disponible en “El Periódico

Es por esto que no podemos negar el directo efecto que tienen las emociones en la toma de decisiones y desempeño de aquellos que participan en las hostilidades, y más que nunca debemos velar por un equilibrio psico-emocional en la toma de decisiones en estos escenarios extraordinarios.

2. Estoicismo, emociones y guerra

La agresión y el miedo han sido tan reales como la guerra, sus las armas y armaduras desde que el ser humano existe. Los estoicos¹⁸³ de Atenas creían que las emociones ordinarias eran estados sujetos a la voluntad del hombre que debían ser removidos ya que resultaban excesivos y otorgaban falsa información del mundo en el que vivimos. Inclusive, llegaron a considerar que ante acontecimientos de excesiva ira había que desarrollar la capacidad de “*apatheia*”,¹⁸⁴ es decir, una vida libre de pasiones en las que no hubiera frenesí, rabia ni amarguras que fuesen descarriladas ni robustas. La agresión o ira podía ser erradicada, como también lo podían ser la felicidad y el placer.¹⁸⁵

Sin perjuicio de esto, los estoicos también aceptaban el hecho de que las emociones o *pathos* podían brindar cierta información aparente del mundo en el que vivimos, siempre que actuasen en consonancia con las virtudes. Inclusive podían llevar a un “accionar sabio” y prudente. Para estos hombres de la Antigua Grecia el verdadero sabio no era aquel que reprimía las emociones ordinarias, sino el que tenía la capacidad de transformarlas en “buenas emociones” (*eupatheia*).¹⁸⁶

Trasladando un poco la filosofía antigua a las mentes militares de hoy en día, durante muchos años se creyó que lo mejor que le podía suceder a cualquier soldado que regresaba de un conflicto armado o se encontraba combatiendo, era desarrollar la capacidad de **apatheia** para reprimir las experiencias vividas. De hecho, fueron estos análisis los que llevaron a los militares contemporáneos a pensar los entrenamientos bajo las intimidantes frases como “**to suck it up**”, con el fin de endurecerlos y convertirlos en soldados resilientes que sean armas de la guerra precisas, que ejecuten órdenes y no desarrollen criterio alguno para cuestionar las mismas.

Sin embargo, de los fundamentos expresados vistos hasta el momento, sabemos que no todas las personas que participan de las hostilidades responderán de

dico”, cuya nota por parte de Noain Idoya describe los acontecimientos sucedidos y la investigación exigida a organismos internacionales como Amnistía internacional y Human Rights Watch por parte de Médicos Sin Fronteras, <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/eeuu-rechaza-ataque-hospital-msf-kunduz-afghanistan-sea-crimen-guerra-5097579>.

183 Pertencientes a la corriente filosófica “estoicismo” en Atenas por Zenón de Citio o Zenón el Estoico (335-264 a.C.).

184 Para los estoicos, la *apatheia* implicaba lograr un estado mental alcanzado cuando una persona estaba libre de alteraciones emocionales o pasiones, y ante un determinado acontecimiento su respuesta óptima radicaba en un fundamento racional.

185 SHERMAN (2005: 66).

186 SHERMAN (2005: 66-67).

manera uniforme ante una amenaza, ya que su accionar se estará condicionado por emociones, normas sociales, valores personales y los criterios culturales en los que fueron educados a lo largo de su vida.

Un claro testimonio de esto es el brindado por el Capitán Hugh Thompson,¹⁸⁷ quien en marzo de 1968 jugó un rol crucial para la nacionalización de la Masacre de My Lai, al sur de Vietnam, evitando la muerte de cientos de civiles. El 16 de marzo de 1968, el en ese entonces Oficial Técnico Thompson y dos miembros de su tripulación sobrevolaron el área sur-vietnamita en una misión de reconocimiento, oportunidad en la que al observar el pueblo de My Lai se sorprendió de la cantidad de cuerpos de hombres, mujeres y niños esparcidos en el lugar. Al aterrizar en el lugar, Thompson observó a un grupo de 10 civiles que estaban siendo amenazados por soldados de su propia fuerza armada, por lo que le ordenó a su propio artillero que en caso de que cualquier soldado estadounidense abriera fuego contra él o los civiles, disparara. Finalmente, Thompson logró convencer a los civiles de que subieran a la aeronave para ser evacuados y milagrosamente nadie abrió fuego contra su persona.

Tiempo después el Oficial manifestó que su reacción se basó en sus emociones y valores morales que le permitieron distinguir la urgencia y accionar con rapidez, inclusive si ello implicaba combatir contra su propia fuerza armada. Inmediatamente tras el informe de Thompson, el Teniente Coronel Frank A. Barker ordenó a todas las unidades de tierra cesar las operaciones de búsqueda en My Lai, previniendo de esta manera la muerte de cientos de civiles en los alrededores del pueblo.¹⁸⁸

Este es un claro ejemplo de cómo las emociones pueden condicionar la performance de un combatiente -como el Oficial Thompson- e inclusive prevenir mayores quebrantamientos a los principios del DIH y el DIDH.¹⁸⁹

2.1. De la agresión

Como hemos visto, la agresión es el antecedente emocional más importante a un conflicto armado, ya que el hombre no solo es susceptible de expresar la ira sino que al mismo tiempo es el principal sujeto de obligaciones y objeto de protección en estos contextos. Para el filósofo griego Seneca, el verdadero guerrero estoico debía

187 Hugh Clowers Thompson, Jr. (April 15, 1943– January 6, 2006), Capitán de la Armada de los Estados Unidos, y oficial del 123º Batallón Aéreo de la División de Infantería, que jugó un rol crucial en la finalidad de la Masacre de My Lai durante la guerra de Vietnam en 1968.

188 Ver publicaciones periodísticas del 6 de mayo de 2004. En particular, la nota del periódico CBSNews “An American Hero. Vietnam Veteran speaks out about My Lai”, en la que compara las torturas realizadas a Prisioneros de Guerra en Iraq durante el 2003, hecho que fue denunciado por un militar de las fuerzas armadas estadounidenses; hecho comparable con el denunciado por el Oficial Thompson respecto de la masacre de My Lai durante la guerra en Vietnam, por el que recibió trato de traidor y no de héroe por sus colegas de las fuerzas armadas. No fue hasta el 1998 en una entrevista que Thompson tuvo la oportunidad de explicar los hechos sucedidos, y ser reconocido como un héroe por evitar la masacre de cientos de civiles. <http://www.cbsnews.com/news/an-american-hero/>.

189 Más precisamente a los Art. 35, 40-41, 45, 48-52, 57, 61-62 del P.A I a los CG; los art. 4, 13 PA II a los CG; y los art. 3-4, 13, 27-29, 31-34 del IV CG.

pelear sin ira para poder pelear sin emociones excesivas.¹⁹⁰ Lo cual no quiere decir que las emociones -y más la agresión- no tengan una utilidad militar.

Si bien la agresión puede ser muy destructiva, eso no quita que se pueda trabajar como estimulante o motivador racional ante una injusticia, indignación, resentimiento o ante un atropello moral. Pero si la ira no es bien encausada o correctamente comunicada a los beligerantes, no se podrá llevar a cabo un desempeño equilibrado durante el conflicto, lo cual como hemos visto, puede derivar en graves violaciones al DIH.

Otro claro ejemplo de cómo la agresión desarrollada por los combatientes afecta la manera proporcional y directa al respeto del DIH es el testimonio del General Romeo Dallaire, a cargo de las Fuerzas para Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas para el conflicto armado en Rwanda (o Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Rwanda, UNAMIR por sus iniciales en inglés) hacia finales de 1993.

El objetivo de UNAMIR era contribuir con el efectivo cumplimiento de los Acuerdos de Paz de Arusha tras años de conflicto entre tutsis y hutus en Rwanda, sin embargo la operación fue un completo fracaso y entre 1994 y 1995 los asesinatos, persecuciones, violaciones contra los tutsis llegaron a cifras espeluznantes. Más de 150.000 personas fueron desplazadas de sus hogares, aproximadamente 800.000 personas fueron asesinadas, y dado que casi la totalidad de las mujeres desplazadas fueron violadas se calcula que 5.000 niños nacieron de dichas violaciones y fueron asesinados.¹⁹¹

Según manifestó el General Dallaire casi diez años después de estos acontecimientos, los soldados locales estaban acostumbrados a utilizar a los niños como escudos cuando las fuerzas de UNAMIR se aproximaban y los niños sabían que serían asesinados si intentaban escapar. En este contexto, Dallaire explicó que sus fuerzas sabían que si no disparaban tendrían varias bajas y serían atacados al aproximarse, sin embargo, ya sea por moral o por mandato no aceptaría las reglas impuestas por los soldados rwandeses para combatir. Esto no significaba que todos sus combatientes pensarán de igual manera, muchos habían sido “dehumanizados” tras pasar tiempo en el territorio y experimentar repetidamente las atrocidades de la guerra, por lo que habían desarrollado *aphateia* o insensibilidad como método de supervivencia psicológica para sobreponerse ante semejante acontecimientos. Dallaire tuvo que hacer oídos sordos a mucho de los cuestionamientos de sus tropas, hasta que dos años después del comienzo de UNAMIR, se le diagnosticó estrés post-traumático y tuvo que volver a Canadá, donde declaró:

Hay momentos en los que ni la mejor medicación ni la misma terapia puede ayudar a un soldado a superar el sufrimiento de ser una fuerza de paz. La ira, la rabia, el dolor, la fría soledad que te separan de tu familia, amigos y la vida rutinaria en una sociedad normal, que hasta la

190 SHERMAN (2005: 71).

191 Ver publicaciones en la página web oficial de UNAMIR, disponible online http://web.archive.org/web/20090811054832/http://www.un.org/Depts/dpko/dpko/co_mission/unamir.htm (visitado el día 18 de octubre de 2015).

*idea de autodestrucción suena atractiva y real.*¹⁹²

Muchas veces, estos impulsos emocionales se encuentran acompañados por construcciones sociales respecto “del enemigo” que permiten justificar racionalmente determinadas atrocidades. Mediante técnicas enseñadas durante el enterramiento se busca inculcar la idea de que el objetivo militar es un destinatario legítimo de la agresión del combatiente. Esta línea de pensamiento es a su vez reforzada por Ahmed al considerar que “*una forma de examinar el papel de las emociones en la respuesta a una injusticia es tener en cuenta...que las emociones trabajan para identificar aquellos que pueden ser amados y los distingue de quienes se puede sentir pena... al constituir a estos como objeto legítimo de la emoción*”,¹⁹³ Algunos de los mecanismos de exhibición enseñadas consisten en:

a) La justificación de la agresión sobre la base de principios superiores: la soberanía nacional, el honor, la patria, etc. son algunos de los justificantes que suelen invocarse para generar el desplazamiento de la responsabilidad por la agresión cometida a una autoridad superior. Un ejemplo de esto resulta del testimonio de Paul Tibbets,¹⁹⁴ quien manifestó

...Pero yo no puedo sentirme culpable por ser un hombre frío, técnico diría, obsesionado por la perfección. Mi relato es el de un piloto profesional que arrojó una bomba y eso es exactamente lo que yo era en 1945...Creo que una de las cosas que más le molestaron a mucha gente durante años es que nunca me haya arrepentido. Pero nunca perdí una noche de sueño por la bomba de Hiroshima...¹⁹⁵

A pesar de los dichos de Pauls, el bombardeo nuclear en Hiroshima constituye al día de hoy uno de los crímenes de guerra más atroces de la historia en los el ataque indiscriminado dejó aproximadamente 140.000 muertos, entre ellos, niños, mujeres, ancianos, y cientos de civiles. Según Tibbets, su accionar fue determinante para finalizar la guerra y de hecho sirvió para prevenir la muerte de millones de soldados americanos si la guerra hubiera continuado.

b) La des-individualización al integrarse un guerrero a un pelotón o grupo de combate agresivo: en este caso se produce una pérdida de la individualidad y la responsabilidad queda diluida en el grupo, razón por la que se produce una desinhibición de la agresión. Este resultado ser el caso de Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic quienes pertenecieron a las fuerzas armadas serbo-bosnias

192 Traducción propia de SHERMAN (2004: 92-93). Ver publicación del día 21 de mayo de 2012 en el diario “Journal of Canada” disponible online en el sitio <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3338181/> (visitado el 19 de octubre de 2015).

193 Traducción propia de AHMED (2004:191) “One way of examining the role of emotions in responding to injustice is to consider the politics of grief In Chapters 6 and 7, I showed how emotions work to differentiate between others precisely by identifying those that can be loved, those that can be grieved, that is, by constituting some others as the legitimate objects of emotion...”.

194 Comandante del “Enola Gay”, aeronave responsable de trasladar y arrojar la bomba atómica o “Little Boy” sobre Hiroshima, Japón, en 1945.

195 Ver publicaciones del día 17 de julio de 1988, Diario La Nación artículo “Paul Tibbets: nunca perdí una noche de sueño por Hiroshima”.

durante el conflicto armado de 1992 en la región de Foca, oportunidad en la que, con la finalidad de eliminar y desplazar a grupos musulmanes, perpetraron ataques dirigidos contra la población civil, especialmente mujeres, en los llamados “campos de violación” donde se abusó sexualmente de cientos de mujeres con la finalidad de que estas resultaran como instrumento para generar terror sobre la población civil, inclusive muchas testigos manifestaron que Kunarac las había amenazado de muerte y les decía cuando las violaba que iban a tener bebés serbios.¹⁹⁶ Estos crímenes fueron realizadas por soldados de las fuerzas armadas contra mujeres de la población civil -en su mayoría de religión musulmana- con el encubrimiento y aval de los sus integrantes, quienes no solamente participaron de las hostilidades sino que a su vez convirtieron su agresión en crímenes de lesa humanidad por medio de violaciones, torturas, esclavitud y atentados contra la dignidad personal.

c) Deshumanización de la víctima y del otro contra quien se combate: cuanto menos similar a nosotros percibamos a la víctima más fácil es la agresión, si evitamos percibir su dolor y somos insensibles a todo sentimiento humano, la agresión será menos costosa emocionalmente. Esto se intenta inculcar en el combatiente desde su entrenamiento, por ejemplo al utilizar siluetas humanas en blanco para sus entrenamientos en las académicas militares buscan deshumanizar a la futura víctima al no tener un rostro ni expresar emociones, es decir, convertirlos en objetivos militares simbolizan una ventaja para el grupo de pertenencia. La finalidad de esto es que los combatientes puedan hacer uso de la fuerza durante los conflictos armados sin tener ningún tipo de conexión emocional que interfiera o paralice su accionar.

d) La atribución de la culpa al propio agredido: si se nos convence de la maldad del enemigo es más fácil agredirlo, “al fin y al cabo se lo merece”. Estos sentimientos de deshumanización y odio hacia los japoneses se vieron exacerbados en las tropas estadounidenses tras el ataque a Pearl Harbor. En dicha oportunidad la “propaganda anti-japonesa” logró una convicción por parte de los combatientes estadounidenses de que los japoneses eran sub-humanos y animales salvajes. Sumado a ello, el alarde por parte de los japoneses sobre las torturas a prisioneros de guerra americanos y su costumbre de explotar laboralmente a los mismos, contribuyó al hecho de que los estadounidenses reprimieran todo sentimiento de humanidad o empatía y mataran a cuanto soldado japonés pudieran. Para octubre de 1944, solo había 604 japoneses en campamentos de prisioneros de guerra de los Aliados, ya que la mayoría habían sido asesinados en combate.¹⁹⁷

e) Por último, el mecanismo de eliminación del factor moral: este es muy determinante al momento del combate, ya que los soldados van a la guerra convencidos de que pelean por una causa justa por la que están dispuestos no solo a morir sino también a matar.

Cualquier sea la técnica utilizada, un punto a mejorar en las instituciones académicas militares y de preparación militar en su generalidad, debemos cuestionar

196 Icty, Prosecutor V Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zorn Vukovic, 12 de junio de 2002, IT-96-23& IT-96-23/1, párr. 168-256.

197 WEINGARTNER (1992: 53-67).

las metodologías de entrenamiento hasta ahora conocidas y exigir la incorporación de mecanismos que busquen proteger no solo físicamente al soldado, sino también su estado psíquico o emocional.

2.2. Resiliencia y el DIH

Si bien el término “resiliencia” nace como un concepto dentro de la Ingeniería para hacer alusión a la capacidad de determinados materiales de ser flexibles ante fuerzas de deformación y recuperar su forma original, para el presente capítulo nos importa su analogía respecto de aquellas personas que han participado activamente de las hostilidades y han podido desarrollar con cierta flexibilidad ante situaciones límites, por lo que entenderemos a la resiliencia como *“la capacidad que poseen las personas para sobreponerse a situaciones de mucha adversidad, la cual se obtiene del proceso en el que interactuar factores psíquicos y ambientales, para así lograr una proyección hacia futuro”*.

Muchas veces no se consideran a los guerreros que quedan fuera de combate por sus lesiones psicológicas, o al estar detenidos bajo protección de la contraparte como prisioneros de guerra, susceptibles de recibir ningún tipo de protección, ya que sus lesiones no son físicas. Sin embargo, el mismo Protocolo Adicional I a los CG en su art. 8 establece que *“se entiende por heridos y enfermos las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad...”*. Por lo tanto, incluso en circunstancias donde los trastornos resulten de carácter psicológico o mental, se debe garantizar a todo herido un trato digno y humano que no ponga en riesgo su salud.¹⁹⁸ No olvidemos que en un principio el DIH fue formulado para proteger a los militares heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, y no a los civiles.¹⁹⁹

Ahora bien, ¿Por qué es tan importante considerar la relación entre la resiliencia y las emociones en un combatiente para el derecho internacional? Como vimos, el impacto que las emociones pueden tener en los conflictos armados es múltiple: ya sea condicionando su redacción, fomentando su extensión a nuevos escenarios conforme evolucionan las nuevas tecnologías, limitando el accionar agresivo impulsivo de aquellos que participan de las hostilidades o tendiendo a regular conductas para que resulten lo más humanamente ante dicho contexto extraordinario.

Al tratarse la guerra de una actividad humana llevada a cabo por seres humanos susceptibles de interpretar emociones o razonar acorde a ellas, muchas veces es la propia implementación del DIH la que regula estos comportamientos en los soldados antes, durante y después de las hostilidades. Los sucesos de gran impacto emocional no pueden ser anulados, pero si pueden ser “re-direccionados” y re-significados

198 Art. 13 y 14 del III Convenio de Ginebra, art. 43, 44 y 45 Protocolo adicional I a los CG, art. 4, 5 y 7 Protocolo adicional I a los CG.

199 Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1864.

de manera que sirvan de plataforma para que actúen de disparadores y logren la supervivencia del organismo ó la de su grupo de pertenencia.

Claramente, los modelos estoicos de perfeccionamiento militar han fracasado como metodología de combate y su precio es demasiado costoso, no solo en lo humano sino que también en lo económico. Por ejemplo, para el año 2011 cada soldado americano en Afganistan tenía un costo aproximado de U\$S 1.000.000 por año (entre capacitación, armamento, equipo, vehículo y transporte etc.); sumado a ello la cantidad de dinero invertida en tratamientos para enfermedades psicológicas por PTSD. De hecho el Instituto de Investigación de Armada “Walter Reed” en Washington pudo comprobar que solo en 2008 el 30% aproximadamente de los soldados que habían regresado de la guerra en Irak presentaban síntomas de estrés post traumático o falta de resiliencia y proyección a futuro.²⁰⁰

Ante esta realidad, el DIH busca garantizar un mínimo de humanidad ante un contexto que por su naturaleza no lo es. Ya sea exigiendo la protección de un grupo que no participa o ha dejado de participar activamente del conflicto -principios de distinción, humanidad, necesidad militar, limitación y proporcionalidad- o buscando la limitación de los medios y métodos en la conducción de las hostilidades, el DIH debe ser respetado.

3. Ideas finales

En un contexto donde los CG tienen una ratificación casi universal de protección y asistencia humanitaria, donde el sistema internacional ha demostrado incapacidad para mantener la paz y seguridad internacional, donde el número conflictos armados ha ido incrementando en las últimas décadas y con ellos la cantidad violaciones a las normas de DIH; parecería que muchos combatientes han olvidado respetar ciertos límites jurídicos y morales para estas situaciones, e inclusive han buscado reprimir sus respuestas emocionales ante dichas experiencias. Sin embargo, no son las emociones lo que destruyen el razonamiento jurídico, sino más bien que deberían complementarlo.

El DIH tiene por objetivo limitar los sufrimientos engendrados por la guerra y mitigar sus efectos de manera tal que se otorgue un trato humano en un contexto de crisis. Las normas que dicta son el resultado de un delicado equilibrio entre la necesidad militar que busca una ventaja estratégica significativa y la protección de aquellos que no se encuentran participando de las hostilidades, respetando los valores de humanidad y supervivencia. La empatía y compasión respecto “del otro” son herramientas fundamentales para la integración de las emociones y respeto del carácter humanitario previsto por el DIH.

Las causas de los conflictos son a menudo complejas, ya sean motivadas por nacionalismos exacerbados, diferencias de origen étnico o religioso, imposición de una ideología política sobre otros, entre otras. En la mayoría de los casos, el factor

200 SHERMAN (2010:173-174).

común en estos contextos es que los combatientes que participan de ellas lo hacen con la convicción de que pelean por una causa justa, en nombre de la que están dispuestos a cometer violaciones al derecho internacional humanitario y derechos humanos. Sin embargo, de los testimonios expuestos, hemos podido corroborar que las conductas de los soldados no exigen necesariamente la comisión de crímenes para lograr una ventaja militar, inclusive si han sido entrenados de manera contraria para justificarlos.

Ahora bien, si estas conductas contrarias al DIH son un producto de un accionar emotivo y psicológico, ¿Pueden ser las mismas corregidas o eliminadas de los combatientes? De los casos vistos en el presente, hemos podido corroborar que toda persona que participa de las hostilidades tiene la libertad de elección para alcanzar el balance entre las emociones y los razonamientos, y condicionar de manera directa y proporcional su desempeño durante el conflicto bélico.

A mayor estabilidad emocional mejor será su rendimiento militar y humanitario, reflejado en menores daños colaterales, mejor distinción de los objetivos militares, mayor protección de los civiles, menor número de muertes, menor producción de males superfluos o innecesarios, etc. Podrá “autogobernar” sus emociones ante situaciones extremas, desarrollando un mayor grado de resiliencia y proyección a futuro para su propio bienestar, previniendo diversos signos del PTSD.

Al fin y al cabo, son los mismos Estados los que han fallado al propagar metodologías de enseñanza que tienen por fin la descalificación de las emociones en sus soldados, generando experiencias y expectativas que bien direccionadas podrían ser un instrumento valioso y de suma utilidad. El salto cualitativo para la prevención de futuras violaciones a estos principios humanitarios por parte de combatientes, se logrará en la medida estos dejen de percibir a las emociones como un elemento amenazante y externo asimismo, y se los integre a su personalidad.

4. Bibliografía

Fuentes primarias

CBSNEWS “An American Hero. Vietnam Veteran speaks out about My Lai”, Edición 6 de Mayo de 2004. Disponible online: <http://www.cbsnews.com/news/an-american-hero/> (visitado el día 2 de abril de 2015).

DIARIO LA NACIÓN, “Malvinas: hay un principio de acuerdo para identificar a los soldados NN” de Nicolas Balinotti, del día 17 de junio de 2015, disponible online <http://www.lanacion.com.ar/1910093-malvinas-hay-un-principio-de-acuerdo-para-identificar-a-los-soldados-nn>

ICTY, PROSECUTOR V DRAGOJUB KUNARAC, RADOMIR KOVAC AND ZORN VUKOVIC, 12 de junio de 2002, IT-96-23& IT-96-23/1, disponible online: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>.

IV CONVENIO DE GINEBRA.

PROTOCOLO ADICIONAL I y II a los Convenios de Ginebra.

TIBBETS, P. (1988), “*Nunca perdí una noche de sueño por Hiroshima*”, Diario La Nación del día 17 de julio de 1988. Disponible online: <http://www.lanacion.com.ar/1629019-paul-tibbets-nunca-perdi-una-noche-de-sueno-por-hiroshima> (visitado el 6 de julio de 2015).

Bibliografía crítica (secundaria)

AHMED, S. (2004) *The Cultura Politics of Emotion*, Ed. Routledge.

ARONSON, E. (1975) *Introducción a la psicología social*, Ed. Alianza.

DEMASIO, A. (2013) *El Error de Descartes*, Ed. Paidós.

DUNANT, J.H. (1982) *Recuerdo de Solferino*, Ed. CICR.

FIERKE, K.N. (2015) *Make de war work. Emotion, Politics and War*, Ed. Routledge.

FRANKEL, V. (2015) *El hombre en busca del sentido*, Ed. Heder.

HENCKAERTS, J.M. & DOSVALD-BECK L. (2009), *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Ed. Cambridge. Disponible online en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>

HOWELL, A. (2015) *Make de war work. Emotion, Politics and War*, Ed. Routledge, Chapter 11.

LORENZO, R. (2010) *Resiliencia. Nuestra capacidad de recuperación ante los obstáculos*, Ed. Andromeda.

MOISI, D. (2009) *La Geopolítica de las Emociones, Cómo las culturas del miedo, la humillación y la esperanza están reconfigurando el mundo*, Ed. Grupo Norma.

MUÑOZ- ROJAS & FRESARD (2004) “The roots of behaviour in war: Understanding and preventing IHL violations”, CICR. Disponible Online en el link: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_853_fd_fresard_eng.pdf (visitado el día 20 de junio de 2015).

PERREAUX, L. (2011) ‘The Canadian war vet is no longer an old guy’, en *The Globe and Mail*, July 15. Disponible online en el link: <http://www.theglobeandmail.com/news/national/the-canadian-war-vet-is-no-longer-an-old-guy/article592852/?page=all>, (visitado el 5 de junio de 2015).

SHERMAN, N. (2005) *Stoic Warriors. The ancient philosophy behind the military mind*, Oxford.

WEINGARTNER, J.J. (1992) *Trophies of War: U.S. Troops and the Mutilation of Japanese War Dead. 1941-1945*, Ed. University of California Pacific Historical Review. Disponible online: <http://www.personal.psu.edu/faculty/c/a/caw43/behrendwriting/Weingartner,%20James%20J..pdf> (visitado el 6 de julio de 2015).

2015).

WELLAND, J. (2015) *Make de war work. Emotion, Politics and War*, Ed. Routledge, Chapter 9.

WHITWORTH, S. (2008) Cap. 'Militarized masculinity and post-traumatic stress disorder', del libro *Sex, Gender and Violence in International Relations, Parpart and Zalewski*. Ed. London: Zed Books, 109–126. Disponible online: <http://www.yorku.ca/sandraw/Whitworth%20for%20Parpart%20Zalewski%20Final.pdf> (visitado el 5 de junio de 2015).

WUKMIR V. J. *Emoción y Sufrimiento. Endoantropología elemental*, Barcelona. Disponible online: <http://www.biopsychology.org/wukmir/eyse/eyse2.htm> (visitado el día 10 de junio de 2015).

El discurso de los grupos armados y la construcción de otredad

MAYRA NUÑEZ PASTOR

Universidad de Buenos Aires

El lenguaje muchas veces se vuelve una estrategia para justificar la violencia hacia otros. HABERMAS indica que es un medio de dominación y de presión social; ello a través del reforzamiento de vínculos sociales o apelando a narrativas histórico-sociales.²⁰¹

Esta noción del lenguaje como herramienta cumple un rol fundamental en la narrativa de los grupos armados a través de los discursos que realizan tanto a sus miembros como a actores externos, como la comunidad, otros grupos armados, partidos políticos, el Gobierno o la comunidad internacional.

De acuerdo a BEETHAM para que una autoridad sea legítima debe ser capaz de establecer reglas; estas reglas deben ser justificables a la luz de las creencias de la población local y debe haber evidencia de consentimiento por parte de los subordinados.

Esto tiene un nivel de simbiosis: la percepción de legitimidad de la población estará influenciada por las justificaciones dadas por la autoridad y las justificaciones de la autoridad para su legitimidad a la vez estará influenciada por los cambios en las creencias de la población.²⁰²

Estos actores necesitan dirigirse a diferentes focos al mismo tiempo, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, cuanto más exitosas sean las prácticas sociales y estrategias políticas que les permitan satisfacer su necesidad de legitimarse, mayor será la complejidad que representarán los nuevos escenarios o audiencias en constante crecimiento.²⁰³

Al decir esto, no se niega los orígenes económicos de muchos de los conflictos armados — es claro que las disputas económicas juegan un rol preponderante en la política de los grupos armados— pero solamente a través de un profundo conocimiento social de las motivaciones de los actores, su contexto social y el ambiente político se pueden conseguir explicaciones acerca de la dinámica de los conflictos armados donde interactúan estos grupos.²⁰⁴ Asimismo, el adoctrinamiento ideológico prueba ser una herramienta eficiente en la creación de milicias y ayuda a sus líderes a desarrollar mecanismos de coerción y dominación, empujando a los individuos a

201 Cf. HART (2014: 3).

202 Cf. MCCULLOUGH (2015: 4).

203 Cf. SCHLICHTE & SCHNECKENER (2015: 410).

204 Cf. SCHLICHTE & SCHNECKENER (2015: 411).

un accionar violento y a establecer una mentalidad de aliado-enemigo.²⁰⁵ Lo que es más, muchas veces el nivel de legitimidad podría explicar la transformación exitosa de grupos armados en partidos políticos o un movimiento social después de conflicto armado.²⁰⁶ Comprender las motivaciones de los grupos armados y su discurso nos permite elaborar mejores políticas en los contextos post conflicto armado. Con esto, quiero remarcar la importancia del desarrollo de políticas diseñadas exclusivamente a nivel local, políticas con un enfoque desde abajo hacia arriba tendientes a atender las demandas económicas, políticas y sociales de la comunidad. Es posible utilizar los mecanismos de legitimación de los grupos armados para construir respuestas institucionalizadas a las carencias experimentadas por la población local y así, fomentar la estabilidad en la región.

En muchas ocasiones, es el mismo discurso de los grupos armados el que fomenta la cohesión social del grupo, ocupando espacios de validación de creencias comunes entre sus participantes y ofreciendo argumentos que crean lazos sociales que decantan en verdaderos grupos de pertenencia. En este sentido, el discurso valida al grupo y el grupo valida la representación de los líderes del grupo armado.²⁰⁷

En la construcción narrativa del grupo, el grupo armado recurre a una serie de herramientas discursivas que muchas veces se repiten en diferentes contextos: primero, el compartir un origen común con la población con quien quiere identificarse, que no es más que típica narrativa histórico- social que busca la identificación con otro a partir de experiencias en común y de una misma historia que los conforma como un grupo de pertenencia, reconociendo a quien habla como par. En segundo lugar, se recurre a poner de manifiesto necesidades económicas de la sociedad o demandas políticas con el fin de que las personas vean en el grupo armado a alguien que está escuchando sus necesidades. De esta forma, el grupo busca ser representativo de una porción de la población, multiplicando reclamos en varios escenarios y ganando la adhesión de quienes históricamente son ignorados. Ejemplos de este recurso se ve en la apelación a un mismo grupo étnico, a una clase social, etcétera. Ahora bien, la tercera opción para legitimarse —y la que más interesa a este trabajo— viene desde el exterior y es la construcción de la imagen de un enemigo, de una amenaza que es ajena a la comunidad. De esta forma, los grupos armados desarrollan un discurso donde expresan actuar en obligación de preservar el bienestar de la comunidad. De esta forma, su accionar no sólo está justificado ante los miembros del grupo, sino que la respuesta armada a la amenaza aparece como necesaria y justa.²⁰⁸

Estos grupos buscan ser reconocidos en primera instancia como un grupo político, de manera tal que su existencia traspasa el arco armado para abocarse en verdaderos representante de la sociedad ante el resto del mundo, reforzando de esta forma su legitimidad como representantes de una comunidad específica.

205 Cf. UGARRIZA & CRAIG (2013: 6).

206 Cf. SCHLICHTE & SCHNECKENER (2015: 411).

207 Ver CHILTON (2004: 127).

208 Cf. SCHLICHTE & SCHNECKENER (2015: 417-418).

1. FORMAS DE DESLEGITIMAR AL ADVERSARIO A TRAVÉS DEL DISCURSO

La deslegitimación del oponente se desarrolla en el discurso a través de la difusión de varias categorías lingüísticas, listados como criterios de deslegitimación: la proscripción, para caracterizar al adversario como infractor de normas sociales; la caracterización negativa de las acciones; el uso de rótulos políticos; la exaltación de rasgos físicos específicos del grupo adversario o características propias de su cultura; la deshumanización, y la comparación para categorizar al otro con valores que el grupo de pertenencia desapruueba. La preferencia por una u otra categoría depende de la naturaleza ideológica del actor del conflicto que construye el discurso.²⁰⁹ Ahora bien, los discursos también pueden producir una coerción emocional. El uso de ciertas palabras —destrucción, invasión, seguridad nacional, amenaza nacional o urgencia— provocan reacciones emocionales porque están unidas a una respuesta emotiva de manera neurológica.²¹⁰ De esta forma, al escuchar la frase “inminente amenaza a nivel nacional” se dispara una reacción emocional basada en el miedo y estrechamente relacionada con la protección de la familia, del grupo, del territorio, el miedo a la agresión foránea.²¹¹

En este sentido, el discurso tiene un propósito abiertamente relacionado a la fijación de una ideología en particular; ideología que asimismo afianza la dependencia de la comunidad al grupo armado para garantizar su bienestar y/o mejorar sus condiciones de vida o su posicionamiento político y social.²¹²

2. CASOS DE ESTUDIO

2.1. República Democrática del Congo (grupos armados Mai Mai y M23)

A lo largo de los años y teniendo en cuenta los conflictos armados que se han producido en la República Democrática del Congo (RDC), los grupos armados se han constituido como una parte intrínseca de las relaciones político-sociales en el país. Están íntimamente ligados no sólo a esferas de poder y de los partidos políticos, sino que interactúan de manera constante con la sociedad e influyen en ella. Sus objetivos políticos y sus accionares delimitan cómo son percibidos localmente, pero por sobre todo es su discurso el que los legitima ante las comunidades locales, la razón de ser de su constitución y constante permanencia en el orden socio-político local.

Los discursos de los diversos grupos apelan constantemente a la amenaza de otros como amenaza foránea, utilizando para ello herramientas narrativas que llaman

209 SABUCEDO et al (2004: 82); BAR-TAL (1998: 27-28).

210 Cf. CHILTON (2004:118).

211 CHILTON (2004: 119).

212 BORJA OROZCO et al (2008: 572).

a la diferencia de origen, a la diferencia étnica, a la diferencia de lenguaje, básicamente a plantear que el otro no tiene lugar en el mismo suelo que ellos. No son autóctonos, y por lo tanto, son “otros”. La apelación a la otredad es recurrente en los discursos de los grupos armados de la RDC, donde la pertenencia a la comunidad está fuertemente arraigada a los orígenes de las personas. Esta situación está agravada por la enorme cantidad de comunidades que llegaron a la RDC como refugiados generaciones atrás y se establecieron en el país. Las etnias locales les siguen negando el carácter de ciudadanos por no considerarlos verdaderamente originarios de ese suelo. Un claro ejemplo de ello es el trato históricamente despectivo hacia las comunidades provenientes de Ruanda. En la RDA son llamados desdeñosamente como *banyarwanda*, son otros.

“Autóctono” (*autochtonos*) significa etimológicamente hablando “emerger del suelo” y remite a la indiscutible conexión de una persona con un lugar específico. Se identifica a su vez con un discurso poderoso, por cuanto remite a las emociones de la población en relación a conceptos poderosos como la identidad, la pertenencia y los privilegios.²¹³

A modo de ejemplo, el presidente del Partido por la Acción y Reconstrucción de Congo (PARC), el ala política del grupo armado Mai Mai, que opera en gran medida en la región de Kivu, declaró en una entrevista en el año 2011:

*El problema más grande es que ellos, los ruandeses, quieren instalar otras entidades de gobierno local. No podemos aceptar que un jefe nativo esté subordinado de órdenes de un jefe banyarwanda. Tiene que poder ejercer su poder sobre toda su jurisdicción. Lo nativo (originaire) es muy importante para nosotros.*²¹⁴

Si bien gran parte de quienes siguen las ideas transmitidas por estos grupos no tienen una justificación unificada acerca de las razones por las cuales se identifican como miembros del grupo, esto es, no hay un reconocimiento específico de las ideas planteadas por el grupo armado, los discursos funcionan como disparadores para que las personas formulen argumentaciones propias afines a la ideología general pregonada. Estos discursos apelan con regularidad al lugar que ocupan en razón de un Estado ausente que no cumple con la función de proteger a las comunidades locales.²¹⁵ El descontento —muchas veces instalado de antemano en la población local— se refuerza con estas narrativas y legitima el resto del discurso, apareciendo fuertemente atractivo para quienes ya se sentían desesperanzados de encontrar a un líder que los representara. De esta forma, la mera apelación a la amenaza extranjera funciona como un catalizador de diversas argumentaciones para engrosar las filas de las milicias de los grupos armados, tales como la defensa de la propiedad de la comunidad, la defensa de las familias, la conservación de los recursos naturales, etcétera.

Por otra parte, la centralidad que posee la temática de la tierra en las sociedades

213 BØÅS & DUNN (2014: 142); JACKSON (2006: 98).

214 VERWEIJEN (2016: 54).

215 VERWEIJEN (2016: 55-60).

locales no ayuda a esta concepción. La mayoría de los Estados sigue siendo en gran parte dependiente de actividades de agricultura, la tierra sigue siendo el corazón de la vida social, política y económica de África.

Cuando la tierra cultivable empieza a ser escasa, la habilidad para empezar a declarar posiciones autóctonas, mientras que los demás son presentados como “intrusos”, “inmigrantes” o “extraños”. Lo autóctono es una estrategia, no un hecho. Hacer declaraciones sobre ser autóctono es tratar a la identidad como realidades concretas, y trazar una línea respecto de quienes pertenecen y quiénes no. Es un concepto vacío, por eso es políticamente tan útil y maleable en los discursos. El otro puede ser redefinido fácilmente.²¹⁶

En enero de 2008 un representante del grupo Mai Mai rechazó toda posibilidad de considerar a los banyamulengue a quienes se sigue refiriendo como refugiados y extranjeros y estableció como sus dos principales objetivos “defender el suelo y subsuelo de Fizi codiciado por los inmigrantes y defender la integridad territorial de la DRC contra intereses extranjeros”.²¹⁷

Estos discursos explican la popularidad de muchos de los grupos armados en DRC, aprovechando la sensación de abandono que tiene la sociedad o ciertos grupos en particular.

Otro de los casos a analizar en esta misma región es el del M23, creado en 2012, formado a partir de las milicias del Congreso Nacional para la Defensa del Pueblo (CNDP). La mayor parte de sus comandantes son *banyarwanda*. Éstos, al ser históricamente discriminados constituyeron focos de reclutamiento de varios grupos armados.

El M23 declaró en sus discursos pelear para poner presión al gobierno congoleño para implementar de manera integral el acuerdo de paz de Ihusi del 23 de marzo de 2009. Este grupo está conformado principalmente por milicias tutsis pertenecientes al CNDP.²¹⁸

Los dos objetivos principales del M23 fueron: la frágil situación de los ruandeses refugiados en Congo y la discriminación hacia los soldados del gobierno de origen ruandés. Luego estas demandas se expandieron y el M23 pasó en sus discursos a clamar que recurrían a las armas para garantizar un legítimo gobierno en DRC.²¹⁹ En Noviembre de 2013 esta milicia fue derrotada por las fuerzas armadas congoleñas. Pero al no haberse firmado ningún acuerdo de paz, este cese de actividades no descarta un nuevo llamamiento a las armas por parte de sus ex comandantes.

Es interesante ver cómo han sido receptados los discursos de este grupo armado por parte de la población local a quienes proclama estar protegiendo. Por ejemplo, los refugiados *banyarwanda* tutsis en Ruanda, como consecuencia del enfrentamiento entre el M23 y tropas del gobierno entre 2012 y 2013. Estos refugiados

216 BØÅS & DUNN (2014: 143-144).

217 VERWEIJEN (2015: 166).

218 ALIDA (2014: 72-73).

219 IBÍDEM (2014: 79-81).

permitieron identificar algunos puntos compartidos: sienten que el discurso del grupo armado fue variando desde su constitución, y esto fue causa para que varios de sus adeptos empezaran a sentirse defraudados.²²⁰

En este contexto particular, a medida que la situación económica y política se volvió más inestable, la cuestión étnica se utilizó como excusa el leitmotiv para afianzar objetivos políticos diferentes. De esta forma, a través de la manipulación de la etnicidad, el grupo armado trataron de desviar el foco de sus puntos de agenda originales.²²¹

Al mismo tiempo esta parte de la población fue marginalizada de la vida pública y política. Los movimientos políticos que se crearon lo fueron en un contexto de discriminación relacionado con exclusión política, derecho sobre las tierras, ciudadanía y la inseguridad.²²²

2.2. COLOMBIA

Se ha estudiado el caso colombiano, donde el análisis cuantitativo de los discursos de diferentes grupos enfrentados en el histórico conflicto armado entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y el Gobierno, entre otros, permite delinear algunas conclusiones sobre el uso de la herramienta narrativa como legitimadora de la existencia de los grupos en sí y de sus decisiones políticas.

En un primer análisis realizado por BORJA et al, se analizaron cuantitativamente 112 discursos del gobierno y 87 discursos de las AUC refiriéndose a las FARC. Posteriormente se presenta el vocabulario con el cual cada grupo construye las categorías de deslegitimación.²²³

220 IBÍDEM (2014: 84-85).

221 ÍDEM.

222 ALIDA (2014: 74).

223 BORJA OROZCO et al (2008: 578).

TABLA 4
Elementos de la categoría proscripción

| AUC | | | Gobierno | | | | |
|-----------------|-----|------------------|----------|-----------------|-----|-----------------|----|
| Asesinos | 4 | Narcoterroristas | 4 | Afectada | 4 | Guerrilleros | 32 |
| Bandidos | 10 | Subversión | 41 | Afectando | 2 | Ilegales | 88 |
| Bandido | 2 | Subversiva | 4 | Alzados | 9 | Insurgencia | 3 |
| Bandoleros | 4 | Subversivo | 3 | Autodefensa | 69 | Insurgente | 5 |
| Cuadrilla | 2 | Subversivo | 3 | Autodefensas | 76 | Insurgente | 5 |
| ELN | 63 | Subversivos | 3 | Bandos | 4 | Insurgentes | 11 |
| FARC | 288 | Terrorista | 36 | Criminales | 35 | Irregulares | 16 |
| Guerrilla | 101 | Terroristas | 60 | Delictiva | 7 | Paramilitares | 13 |
| Guerrillas | 61 | | | Delincuencial | 7 | Paramilitarismo | 2 |
| Guerrillera | 11 | | | Delincuenciales | 9 | Subversion | 24 |
| Guerrilleras | 12 | | | Delincuentes | 15 | Subversivos | 19 |
| Guerrillero | 6 | | | Eln | 52 | Terrorismo | 94 |
| Guerrilleros | 31 | | | Farc | 162 | Terrorista | 22 |
| Narcoguerrilla | 3 | | | Grupos | 217 | Terroristas | 51 |
| Narcoguerrillas | 6 | | | Guerrilla | 74 | | |

Fuente: BORJA OROZCO *et al* (2008) “Construcción del discurso deslegitimador del adversario: gobierno y paramilitarismo en Colombia”, en UNIVERSITAS PSYCHOLOGICA, Vol. 7, N°2, pág. 580.

En la comparación entre las palabras utilizadas por ambos actores, se observa que ambos presentan a las FARC con las mismas descripciones: guerrilla, guerrilleros, subversión, subversivos, terrorista, lo cual deja entrever que ambos presentan un enemigo en común. En este sentido se utiliza como criterio deslegitimante el de la proscripción.²²⁴ Por el contrario, entre las diferencias en ambas narrativas es remarcable como las AUP utilizan características ideológicas al denominar a las FARC como narcoguerrillas y narcoterroristas. Mientras que el Gobierno las clasifica —junto con las AUP— como grupos armados ilegales, exaltando de esta forma su posición de única autoridad que puede detentar el monopolio de la fuerza y la legitimidad que deriva de esta posición. Para ello, los caracteriza con palabras como criminales, delincuentes, grupos, ilegales, terrorismo. Sin embargo, es dable resaltar como el Gobierno marca en sus discursos una diferencia importante entre la naturaleza de defensa de las AUP y los caracteres negativos que atribuye a las FARC, aun cuando ambos son grupos armados. A las FARC las llama alzados, insurgencia, irregulares, mientras que a las AUC las denomina como autodefensas, paramilitares y paramilitarismo. Aquí se observa claramente la inclinación política del Gobierno respecto de los diferentes grupos que se enfrentan.²²⁵

Finalmente, mientras que el Gobierno deshumaniza a las FARC a través de adjetivos como desalmados, inhumana, inhumanos, las AUC utiliza un criterio de ideología para deslegitimarlos a través de una concepción negativa de la ideología

224 IBÍDEM (2008: 578).

225 IBÍDEM (2008: 580).

política de izquierda.²²⁶

TABLA 9
Elementos de la categoría deshumanización

| | AUC | | Gobierno | | |
|----------------|-----|------------|----------|--------------|---|
| Irracionalidad | 2 | Desalmados | 2 | Inhumanos | 2 |
| | | Inhumana | 6 | Irracionales | 2 |

Fuente: BORJA OROZCO *et al* (2008) “Construcción del discurso deslegitimador del adversario: gobierno y paramilitarismo en Colombia”, en UNIVERSITAS PSYCHOLOGICA, Vol. 7, N°2, pág. 581.

A través del análisis de SABUCEDO *et al* en el año 2006, se observa la evolución de la narrativa legitimadora de las FARC a través de un análisis cuantitativo de 280 discursos pronunciados entre 1997 y el año 2001. Entre estas fechas se observan numerosos cambios en las apelaciones argumentativas de la organización, así como también cambios en la longitud de los discursos.²²⁷

Al establecerse negociaciones de paz en el año 1999, el análisis inteligentemente logró captar dos modelos de discursos distintos frente a este espacio temporal quiebre. En los años 1997- 1998 aumentaba la cantidad de palabras referidas a paz, diálogo, canje, paz y reconciliación.²²⁸

TABLA II
Palabras características del primer período temático

| Grupo I : Primer periodo temático | |
|-----------------------------------|--|
| Sustantivos | <i>farç-ep, comisión, montañas, raul, caqueta, bloque, tropas, internacional, reyes, beridos, nacional, ejército, secretariado, mayo, brigada, velez, diciembre, mayor, granadas, batallón, maría, ramírez, boras, noviembre, enero, galil, córdoba, fusiles, unidades, opinión, manuel, samper, jose, despeje, resultados, gómez, municipios, estado, combate, población, julio, publico, marulanda, guerrilleras, negociación, agosto, policía, cinco, equipos, abril, sur, oriental, helicópteros, propósito, gobierno, soldado, antioquia, voluntad, san, republica, combatientes, día, central, carlos, agenda, comandante, numero, marzo, cartuchos, prisioneros, reconciliación, paz, canje, política, vicente, autoridades, guerrilleros, vista, publica, partes, hechos, pueblo, uribe, combates, comando, unidos, acciones, búsqueda, diálogos, estados, guerrillero, nombre, fin, departamento, municipio, campaña, representantes, internacionales, río, guerrillera, comisionado, comunidad, policías, decisión, general, cuatro, febrero, sede, operación.</i> |
| Adjetivos | <i>civil, voceros, militares, material, muertos, distintos, distintas, propias, integrantes, familiares, total, paramilitar, militar, verdadera, colombiano, próximo, civiles, señor, armada.</i> |
| Verbos | <i>recuperado, conocer, bemos.</i> |
| Pronombres | <i>usted, nosotros, ustedes, demás.</i> |

Fuente: SABUCEDO, J. *et al* (2006) *Legitimación de la violencia y contexto: análisis textual del discurso de las FARC-EP*, Estudios de Psicología: Studies in Psychology, 27:3, pág. 287.

226 BORJA OROZCO *et al* (2008: 581).

227 SABUCEDO *et al* (2006: 283-284).

228 IBÍDEM *et al* (2006: 286-288).

En el período 2000-2001 los discursos comienzan a ser más abarcativos, dirigiéndose a problemáticas de la vida política, social y económica colombiana. Las FARC en este período buscan consolidarse como una organización, ya no armada, sino política. Se destacan de sus discursos las palabras proyecto, realidad, comunidades, dólares, sociedad, económica, fumigaciones, demostrando el interés del grupo en orientarse a tratar temáticas relacionadas a problemáticas actuales de la sociedad colombiana.²²⁹

TABLA III
Palabras características del segundo período temático

| Grupo 1 : Segundo periodo temático | |
|------------------------------------|---|
| Sustantivos | <i>plan, años, forma, américa, intereses, glisofato, int mundial, millones, soluciones, paro, ministro, pr sistema, empresas, izquierda, realidad, comunidaa dólares, clase, parte, latina, sociedad, problemas, fu económica, pastrana, mujer, nariño, desempleo, medios, cuenta, mayoría, sociales, centro, partido, periodista</i> |
| Adjetivos | <i>su, trabajadores, grandes, sindicalistas, muchos, mas, ec otro, miles, todas, mucho, gringos, cada, colombianas, in</i> |
| Verbos | <i>es, dice, hay, dicen, va, son, pueden, tiene, decir, sabe, fu</i> |

Fuente: SABUCEDO, J. et al (2006) Legitimación de la violencia y contexto: análisis textual del discurso de las FARC-EP, Estudios de Psicología: Studies in Psychology, 27:3, pág. 288.

Como se ha mencionado anteriormente, queda en evidencia que la evolución discursiva del grupo tiende a mantener su legitimidad vigente a lo largo del tiempo, su objetivo es mantener y aumentar esta legitimidad en pos de construirse como grupo necesario para la sociedad colombiana. La constante referencia a términos como “ellos” y “nosotros” evidencia el recurso a la otredad al que se está haciendo uso, en última instancia para demostrar que al uso de la fuerza como necesario frente a una situación insostenible.

Es interesante en el caso de las FARC, como luego del proceso de negociaciones de 1999, el grupo busca consolidarse ya no a través de las armas, sino como sujeto enteramente de arena política. Esto no sólo para perseguir parte de sus objetivos ya no a través de las armas, sino como actor político. Al utilizar palabras como “trabajador”, o “sindicalistas” el grupo intenta ampliar la audiencia a la que se dirige, tratando de conquistar nuevos espacios para donde legitimarse.

Como menciona Sabucedo, cobra relevancia en el accionar político las

consecuencias del conflicto, la otredad cobra relevancia a la hora de determinar quién es responsable de que un grupo tome las armas. El discurso, en este sentido, está orientado en convencer que “los otros” son responsables del conflicto. Consecuentemente, trata de hacer una diferenciación —y una justificación— de la violencia. Porque deja entrever que estamos ante una violencia de origen y una violencia obligada como respuesta.²³⁰

3. CONCLUSIÓN

El análisis de la construcción discursiva del otro, del adversario en los conflictos armados es una herramienta sumamente útil en los contextos de post-conflicto armado a la hora de trazar políticas públicas de reconciliación y de paz social. En el caso de la RDC, atender las necesidades de la población originaria y/o descendiente de ruandeses se vuelve primordial a la hora de desarticular grupos armados y para fomentar la integración de esta parte de la población a nivel social y político. La discriminación sufrida por esta comunidad es fácilmente tomada por grupos radicales que tiene objetivos muchos más amplios que representar sus intereses. Como se ha visto, exacerbar las diferencias y potenciar la otredad constituye una de las principales narrativas con la que los grupos armados logran un doble objetivo: acrecentar sus tropas y justifican sus acciones. En muchas ocasiones, el accionar de gobiernos de transición están respaldados por la comunidad internacional, pero escasea su legitimidad a nivel local. Comprender las apelaciones argumentativas de los grupos armados —rápidos para captar los espacios donde el Estado ha descuidado a parte de la población— es esencial para el diseño de políticas públicas en contextos de transición, donde el fin último es evitar el surgimiento de nuevos conflictos.

4. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2017) 72º Período de Sesiones. Disponible en:<http://www.un.org/es/ga/72/agenda/>

CONVENCIÓN DE DUBLIN (1990:1997). Unión Europea.

FRANCE DIPLOMATIE. *United Nations General Assembly. Speech by M. Emmanuel Macron, President of the Republic (New York, 19 September 2017)*. Disponible en: [https://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/united-nations/events/united-nations-general-assembly-sessions/unga-s-72nd-session/article/united-nations-general-assembly-speech-by-m-emmanuel-macron-president-](https://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/united-nations/events/united-nations-general-assembly-sessions/unga-s-72nd-session/article/united-nations-general-assembly-speech-by-m-emmanuel-macron-president)

230 SABUCEDO et al (2006: 289).

of-the

Do They Fight for Us? Mixed Discourses of Conflict and the M23 Rebellion Among Congolese Rwandophone Refugees in Rwanda, en *African Security*, 7:2, 71-90.

Bibliografía crítica (secundaria)

- ALIDA, F. (2014) (2017). *Remarks by President Trump to the 72nd Session of the United Nations General Assembly. The White House*. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-72nd-session-united-nations-general-assembly/>
- (2017). *Speech by Sigmar Gabriel, Member of the German Bundestag and Federal Minister for Foreign Affairs at the 72nd session of the United Nations General Assembly New York, 21 September 2017*. Disponible en: https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/72/de_en.pdf
- BAR-TAL, D. (1998) *Societal beliefs in times of intractable conflict: The Israeli case*, en *International Journal of Conflict Management*, en *International Journal of Conflict Management*, 9:1, 22-50.
- BORJA OROZCO, H. et al (2008) *Construcción del discurso deslegitimador del adversario: gobierno y paramilitarismo en Colombia*, en *Universitas Psychologica*, 7:2, 571-583.
- BØÅS & DUNN (2014) *Peeling the onion: autochthony in North Kivu, DRC*, en *Peacebuilding*, 2:2, 141-156.
- CHILTON, P. (2004) *Analyzing Political Discourse. Theory and Practice*, Londres/Nueva York.
- HART, C. (2014) *Discourse, Grammar and Ideology Functional and Cognitive Perspectives*, Londres/Nueva York.
- JACKSON, S. (2006) *Sons of Which Soil? The Language and Politics of Autochthony in Eastern D.R. Congo*, en *African Studies Review*, 49:2, 95-124.
- MCCULLOUGH, A. (2015) *The legitimacy of states and armed non-state actors: Topic guide*, Birmingham: GSDRC, University of Birmingham.
- SABUCEDO, J. et al (2004) *Deslegitimación del adversario y violencia política: el caso de las FARC y las AUC en Colombia*, en *Acta Colombiana de Psicología Social*, 12:4, 69-85.
- SABUCEDO, J. et al (2006) *Legitimación de la violencia y contexto: análisis textual del discurso de las FARC-EP*, *Estudios de Psicología: Studies in Psychology*, 27:3, 279-291.
- SCHLICHTE, K. & SCHNECKENER, U. (2015) *Armed Groups and the Politics of Legitimacy*, en *Journal of Civil Wars*, 17:4, 409-424.
- UGARRIZA, J. & CRAIG, M. (2013) *The Relevance of Ideology to Contemporary Armed Conflicts: A Quantitative Analysis of Former Combatants in Colombia*, *Journal of Conflict Resolution*, 57:3, 445- 477.

- VERWEIJEN, J. (2015) *From Autochthony to Violence? Discursive and Coercive Social Practices of the Mai-Mai in Fizi, Eastern DR Congo*, en *African Studies Review*, 8:2, 157–180.
- VERWEIJEN, J. (2016) *Stable Instability: Political settlements and armed groups in the Congo*, Londres/Nairobi: Rift Valley Institute.

La semántica del terrorismo a partir de las comunidades del sujeto cognoscente: principios para su reelaboración

JULIO FRANCISCO VILLAREAL

Instituto A. Gioja / Universidad de Buenos Aires

Suscribiría tiempo atrás Nash que es la propia indeterminación de los significantes la que hace posible el desarrollo de la política.²³¹ En este orden de ideas, bien podría predicarse que, en la generalidad de los supuestos, el común de las instituciones que rigen el ejercicio de nuestra praxis política democrática han sido objeto de un tal iter semántico: si bien tal sistema es entendido hoy como ontológicamente necesario para el desarrollo de la autonomía moral y política de cada individuo, lo cual explica que el mismo sea, en términos de Franck²³² un “derecho universal” (“global entitlement”), el mismo era concebido otrora por filósofos de la talla de Kierkegaard como inmanentemente disvalioso, en la medida de que transformaba a cada sujeto en un integrante anómico de un colectivo, mutilándose de un tal modo la posibilidad de que el mismo lograra plasmar su propio sentido identitario en tal escenario.²³³

En tal orden de ideas, y en la medida de que se examine la evolución de los términos y prácticas discursivas que, como en el caso de la democracia han supuesto variaciones sociológicas y normativas de relevancia, la conclusión ha de ser que tal evolución no puede ser entendida como azarosa: la misma obedece a una tradición de significaciones mutuamente influenciadas y condicionadas por el propio contexto y desarrollo histórico-cultural de las sociedades en las cuales tal proceso se estructurara. En efecto,

*la realidad social es una construcción lingüística o discursiva (...) los significados de los hechos que constituyen la realidad no derivan de sus propios hechos, sino que son el resultado de la aplicación a los mismos de unos criterios de clasificación que son suministrados por el marco discursivo vigente en cada momento histórico.*²³⁴

En definitiva, las instituciones políticas y los derechos, como presupuestos normativos que explican la dialéctica de las mismas, no son sino una refracción de

Los códigos fundamentales de la cultura -los que rigen su lenguaje, sus esquemas perceptivos, sus cambios, sus técnicas- [los cuales a su vez] fijan de antemano para cada hombre los órdenes empíricos con los cuales

231 NASH (2000: 29).

232 FRANCK (1992: 46).

233 HAMPSON (2013: 169).

234 CABRERA (2002: 265-266).

*tendrá algo que ver.*²³⁵

En este sentido, el presente trabajo debatirá respecto a cómo se articula el lenguaje para la construcción de la alteridad relativa a aquellas sociedades y (por sobre toda ulterior consideración) sujetos no occidentales en el seno de la así mentada guerra “contra el terror”. Tal plan de trabajo se filiará en la idea de que la retórica (y la praxis a la que esta última da lugar) en virtud de la cual Occidente se ha abocado a combatir a los integrantes de la por demás ambigua categoría “terrorista” supone, lisa y llanamente una mutilación de, en términos de Foucault, los “códigos fundamentales culturales”.²³⁶ en el punto, el sentido retórico, heurístico y de reconocimiento de un presupuesto mínimo de derechos en virtud del cual tal sociedad entiende éticamente procedente relacionarse con la alteridad.

1. La condición ajena: como se entiende a la alteridad

Década y media atrás, Beck advertía sobre el carácter inherentemente anacrónico de las representaciones y conceptos a los cuales apelamos a los efectos de otorgar un sentido heurístico a aquellos acontecimientos social y políticamente relevante.²³⁷ Sobre tales representaciones anacrónicas, sostiene Beck, se erige la así llamada “sociedad de riesgo”. Tal carácter anacrónico supone, entre otras consecuencias, que la alteridad sea susceptible de ser entendida y construida en virtud de juicios intuitivos antes que en la propia empiria y experiencia histórica que subyace a los mismos. La manifestación de juicios hipotéticos no solo insusceptibles de ser felizmente contratados con la propia historicidad del material social a analizarse (en el caso, el “terrorismo”) no supone, en tal sentido, sino una mera presunción:

*el concepto de riesgo invierte las relaciones del pasado, presente y futuro. El pasado pierde su entidad a los efectos de determinar el presente. Su sentido a los efectos de determinar las causas de las experiencias contemporáneas es reemplazado por el del futuro, es decir, por una entelequia inexistente, artificialmente construida. Nos encontramos discutiendo y debatiendo respecto a un supuesto que no acaece efectivamente, sino que podría suceder de mantenerse el actual curso de acción.*²³⁸

En este sentido, bien podría sostenerse que, en definitiva, el recurso a la construcción ficcional del adversario (en este caso, el “terrorista”), no supone sino una manifestación más, tal y como acaeciera previamente en el decurso histórico occidental, de la tipificación o estigmatización de ciertos grupos como presupuesto para la construcción de la identidad (por oposición) del propio. Tal y como sostiene Umberto Eco en *Construir al Enemigo*, “Es importante no solamente definir la propia

235 FOUCAULT, (2002: XXIV).

236 ORELLANA (2009: 50).

237 BECK (2003: 256).

238 BECK (1999: 137).

naturaleza sino también proveernos de un obstáculo en virtud del cual mensurar nuestro sistema de valores y, en tanto se intente superarlo, demostrar el valor del mismo”.²³⁹ Sin embargo, podría alegarse que no solamente la sociedad occidental incurre en un tal proceder: en tanto los intercambios culturales supongan ser geográfica o históricamente imponderables, los mismos proveerán, en la medida de que expliciten o permitan avizorar las diferencias que se cristalizan en los mismos, a la propia identidad de cada uno de los grupos llamados a un tal encuentro. Como suscribiera otrora Jean Paul Sartre, incluso cuando la propia condición o entidad de un “otro” no suponga ser necesariamente hostil, la misma permitirá, en todo caso, el descubrimiento de la consciencia respecto a la propia idiosincrasia en primer lugar.²⁴⁰

De todos modos, debe de hacerse un reconocimiento expreso: las mentadas diferencias culturales fueron y serán una constante en el desarrollo de las relaciones entre distintas naciones o, en general, agregaciones humanas. En efecto, la preexistencia de las mismas pareciera ser, justamente, una de las premisas metodológicas que explica no solo la riqueza sino, más relevantemente, la propia necesidad de estudios culturales como la antropología o las relaciones internacionales. Es la posible emergencia de sentimientos como la confusión o la frustración²⁴¹ en el desarrollo de tales intercambios la que explica, en todo caso, la razón de razón de ser de tales disciplinas.

Llegados a este punto, es necesario abocarse a una -al menos tangencial- tipología de los usos de las mentadas diferencias culturales: de este modo, es plausible observar, por un lado, la utilización de tales diferencias en los modelos heurísticos que las expliquen y, por el otro, su articulación en el ethos del ejercicio y legitimación de las decisiones políticas tomadas por cada estado o administración dada. En este sentido, el universo de las manifestaciones o derivas políticas de las diferencias culturales no necesariamente ha de ser refractario del modo en el cual las mismas son recibidas o entendidas por la academia. En palabras de Kuper, si bien “los contrastes culturales pueden no afectar el status analítico de los fenómenos sociales como expresiones inherentes al pluralismo cultural, los mismos pueden ser extremadamente relevantes en lo relativo a sus consecuencias políticas”.²⁴²

En este orden de ideas, existen buenas razones para sostener que la multiplicidad de perspectivas en virtud de las cuales puédate en el mentado ethos político interpretarse o bien actuarse frente a las mentadas disímiles manifestaciones culturales no necesariamente ha de ser tolerante hacia las mismas. Por el contrario, los límites de la articulación de tales posibilidades políticas en tanto solidarias a tales diferencias se manifiestan en virtud de un campo de significación en el cual podría entenderse a

las identidades culturales individuales [como] penetrantes, profundas e inmutables. Según tal tesis, ciertas culturas se encuentran destinadas

239 ECO (2013: 2).

240 SARTRE (1978: 365).

241 ELMER (2009: 73).

242 BERDÚN (2010: 236).

*a estar en constante conflicto con aquellas que no comparten su ethos respecto a su vida material y espiritual. Por ello, una estrategia de supervivencia para aquellos con similares valores consistirá en agruparse y reafirmar conscientemente su propia identidad. Únicamente por medio de tal proceder podrán repeler los obstáculos que otras culturas opuestas les supongan, dominándolas. Para aquellos que suscriben a un tal paradigma (...) los conflictos inter-culturales son inevitables.*²⁴³

De este modo, tanto la condición de “inevitabilidad” de los conflictos interculturales como el desenlace esperado para los mismos (es decir, la “dominación” de la alteridad) son elementos que legitimizan el iter de una praxis política que no es en modo alguno horizontal: ciertamente existe una relación de jerarquías entre los elementos que permiten un tal proceder. En efecto, el acto de destrucción o dominación de la alteridad cultural no podría predicarse en términos moralmente irrelevantes (o, incluso, peor aún, forzosamente necesarios) si tal alteridad no fuese, como tal, inherentemente disvaliosa. Por lo tanto es necesario, para el ejercicio de una praxis determinada, la tipificación de la alteridad como inmanentemente inicua y culturalmente reprochable.

2. La deconstrucción de la semántica de la alteridad en el terrorismo: el mito barthesiano

Es en este punto en el cual el conjunto de presupuestos que explican el mentado proceder político frente a la alteridad del “terrorista” podría ser evaluado en los términos de *crítica como ideología*: ya sea como la reconstrucción genealógica de una serie de condiciones que hacen posible tal tipo de praxis política o, por el contrario, como un discurrir argumentativo que permita hacer visibles y por ende cuestionables las condiciones materiales que impiden la representación individual o colectiva de los intereses o percepciones subyacentes a las prácticas de referencia.²⁴⁴ En relación a la primera, podría sugerirse que tal y como sugiere Sartre, la propia percepción de la condición ajena es aquella que explica el sentido de la propia consciencia, tornándola hacia si misma al ser contrastada con la alteridad: el terrorista podría ser, simplemente, aquel que no comulga con un conjunto de valores sobre los cuales se reifica una tal identidad propia y cuyas adscripciones políticas definen, por exclusión, a las propias. En virtud de tal reconstrucción genealógica podría, liminalmente, sostenerse que el universo del “terrorista” no supone sino una manifestación más de aquello que Paul Ricoeur nominara otrora como un “superávit de sentido”.²⁴⁵ Por medio de tal superávit aquellos que articulan una tal construcción de sentido jamás poseerán pleno conocimiento o certeza del contenido y *telos* de los mensajes que en virtud del mismo se producen y reciben: tales sujetos únicamente se definen en función de la

243 IN-SUK (2012: 12-13).

244 HABERMAS Y LENHARDT (1973).

245 RICOEUR (1994).

conurrencia de un contenido semántico dado (aquel que se le endilga al terrorista), sin indagación alguna trascendente a los eventuales fines políticos que subyacen a tal operatoria.

Lamentablemente, tal heurística de la construcción de la identidad ajena peca de ser por demás nudamente descriptiva. Es en virtud de tal consideración que entendemos como más interesante al análisis relativo a la segunda posibilidad metodológica a la que refieran Habermas y Lenhardt. Aquella ciertamente filiada en la noción arquetípica de ideología, entendida tal vez no en los términos en los cuales iniciáticamente Marx la concibió en “Miseria de la filosofía” (es decir, como una mera falsa consciencia), sino, por el contrario, como una inferencia de que

la ideología no se trata de aquello que supone ser verdadero o falso, sino de aquello respecto a cómo los individuos se representan sus creencias respecto a sí mismos y el contexto social, ya sea verdadero o no. El criterio no es el de verdad sino el de relevancia (actitudes o actos auto-interesados, intereses). En otras palabras, y de modo algo ambiguo, podemos decir que necesitamos un uso pragmático de la ideología en lugar de una semántica de la verdad. Lo mismo es cierto respecto a la restricción relativa al uso de las ideologías para producir abuso de poder y dominación.²⁴⁶

En este sentido, el presente trabajo propende a rescatar un tal “uso pragmático de la ideología” por sobre la propia construcción de una verdad, no solo en virtud de presupuestos metodológicos (dudosamente pueda predicarse la concurrencia de una identidad de “verdad” relativa a un fenómeno como el terrorismo) sino, por sobre cualquier otra consideración, heurísticamente utilitaristas. Sin embargo, existen buenas razones para sostener que el universo de las categorías semánticas y de los usos de las mismas no conforman compartimentos estancos. De este modo, podría sostenerse que las implicancias semánticas de la imputación de sentido a la categoría del terrorista no pueden ser irrelevantes o bien inconducentes: por el contrario, es en función de las mismas que se articulan los mentados usos de la ideología. En tal inteligencia, tal y como sostuviera Luhmann (citado por Aketstrom Andersen), el estado no es sino la representación del sistema político. Ello importa, en definitiva, que es en un tal estado (junto a todos sus propios componentes, verbigracia la sociedad civil) en el cual la refracción de la semántica por medio del sistema político (y las decisiones que en el seno del mismo se tomen) se conforma.²⁴⁷

Llegados a este punto, y en tanto se considere heurísticamente relevante estudiarse la articulación semántica y discursiva del “terrorismo”, deviene en necesario indagarse en la génesis de la misma. Ciertamente, la propia indeterminación semántica del concepto del “terrorismo” implicará que la influencia de las percepciones en virtud de las cuales se construya el sentido del mismo no puedan ser, sin más, soslayables: a falta de definiciones certeras, las mentadas percepciones podrían ser entendidas como semánticamente valiosas. Tal y como sostuviese Wittgenstein, “las intuiciones semánticas

246 VAN DIJK (1998: 130).

247 AKETSTROM ANDERSEN (147: 2004).

pueden clarificar nuestros problemas filosóficos relativos a las significaciones del lenguaje, pudiendo poseer un extraordinario (incluso devastador) impacto crítico en nuestras teorías semánticas”.²⁴⁸ De este modo, los juicios de valor de carácter intuitivo relativos al sentido de ser del “terrorismo” delimitan un campo de significación en virtud del cual la propia ontología semántica del concepto podría definirse luego, a partir, justamente, de tales percepciones. Sin embargo, y en la medida de que se acepte que “las creencias o percepciones son por demás irregulares a los efectos de dar lugar a una teoría semántica [del objeto a ser definido]”,²⁴⁹ debería de reconocerse que tales percepciones son insuficientes a los efectos de connotar acabadamente un concepto dado. De este modo, las propias percepciones relativas a las implicancias y ponderación social del fenómeno terrorista dependerán, en última instancia, de como tal proceso sea inicialmente presentado por una comunidad epistémica que defina la ontología de un tal término (impermeable a tales adscripciones semánticas colectivas). En definitiva, puede que no sea conducente debatir en torno a si es la ontología o la epistemología “social” la primigenia premisa relativa a la construcción del concepto del terrorismo.

Es aquí donde la noción de “mito”, tal y como la define o explica Roland Barthes, adquiere fundamental trascendencia. Sostiene Barthes que la estructura básica del mito se construye a partir de que un signo de “primer orden”, el cual es utilizado a los efectos de connotar una segunda acepción que es independiente del sentido propio de este signo: como resultado de tal operatoria semántica, los discursos particulares pueden hacerse significar sin referencia al concepto de aquellos que están siendo significados. Ello supone dos procesos semánticos. El primero de ellos se basa en el hecho de que dado que el mito opera por medio de la connotación y es inconsciente, el mismo se transfiere entre los hablantes como un mensaje implícito, subyacente al símbolo o signo de primer orden al que está vinculado. Por esta causa, es “recibido” en lugar de “leído”.²⁵⁰ Esta es la razón por la cual tiende a ser visto o bien como autoevidente o bien como una inferencia del sentido común, soslayándose así la posibilidad de formularse interrogantes críticos respecto al mismo, siendo así inmune a la deconstrucción inmanente que a menudo opera en la vida cotidiana, a la que Barthes llama “lectura de escritor”. El segundo de tales procesos semánticos se erige en función de que tal mito construye una matriz de posiciones “ideológicas” susceptibles de transponerse estructuralmente a acontecimientos o hechos específicos, dando a los mismos un significado impuesto desde fuera de su propio *ethos*.²⁵¹

En el punto es relevante referir que en el propio estudio del mito de Barthes, no existen límites definidos para la puesta en práctica de la operación semántica en virtud de la cual se opera tal “transposición estructural”: incluso a decir de Foucault “las formas jurídicas en tanto que lugar de origen de un número determinado de formas de verdad”²⁵² podrían ser tributarias a la construcción

248 MEDINA (2006: 14).

249 BERG (2012: 3).

250 BARTHES (1985: 231).

251 BARTHES (1985: 231).

252 FOUCAULT (1974: 172).

de un tal mito. Verbigracia, a los efectos de estudiarse la mentada “transposición estructural” en el derecho es metodológicamente provechoso apelarse, tal y como lo hiciese en su momento Barthes, al “Affaire Dominici” (un proceso plagado de errores procesales en el cual se condenara por homicidio a un campesino francés sin mayores pruebas -sostiene cierta doctrina²⁵³- que el propio prejuizgamiento de los jueces del tribunal).

En tal caso, la figura del mito barthesiano permitió articular una representación espuriamente omnicompreensiva tanto de la *psique* como de las razones que el acusado (el campesino Dominici) en el proceso de referencia tuvo en aparente consideración para actuar, sin que al momento de desarrollarse tal proceso se apelara en momento alguno al propio sistema de significantes que debería de haber explicado, verdaderamente, al mismo: aquellos de naturaleza judicial.²⁵⁴ En definitiva, acaeció que en un tal proceso, y dado que la evidencia material era incierta y a menudo contradictoria, la corte “en el nombre de la psicología universal condenó al viejo Dominici: descendiendo del encantador empíreo de las novelas burguesas y la psicología del esencialismo, la literatura había condenado a un hombre a la guillotina”,²⁵⁵ demostrándose, así, que “La ley siempre está dispuesta a prestar una cuota de cabilación para penar sin remordimiento (...) representando [al sospechoso] como debería ser, y no como es”.²⁵⁶

Las propias palabras del fiscal del proceso grafican, en tal sentido, la relevancia que se le concede a la actividad especulativa en la reconstrucción de un acontecimiento que no debería estar sino filiado en la propia empiria de los hechos y las reglas del debido proceso, y que como “forma de verdad”, debería de encontrarse en las antípodas de cualquier proceder filiado en las entelequias de la imaginación:

*Sir Jack Drummond [una de las víctimas de homicidio del proceso], se los dije, tenía miedo. Pero él sabía que al final la mejor defensa es el ataque. Por lo tanto, se arroja sobre este hombre de aspecto feroz [se refiere a Dominici, el acusado] y toma al viejo [Dominici] por el cuello. No se habla una palabra. Pero para Gaston Dominici, el simple hecho de que alguien quiera abrazarlo por ambos hombros es impensable. Era físicamente imposible para él soportar esta fuerza que de repente se enfrentaba a él.*²⁵⁷

El lenguaje, un medio respecto al cual en un principio podría predicarse su aparente asepsia ideológica se revela, en el mito barthesiano, como el mecanismo ideal para la construcción del mito:

Barthes muestra que la “literatura” no está separada de la vida cotidiana y sus flujos de poder.

Por el contrario, analiza un caso en el que un trabajador rural poco instruido es condenado en términos de un discurso que es profundamente literario: los jueces describen los motivos de Dominici en función de clichés literarios; obtienen su sentido de superioridad porque hablan un “mejor”

253 Ver cita subsiguiente de During.

254 BARTHES (1957: 43)

255 BARTHES (1957: 43).

256 BARTHES (1957: 43).

257 BARTHES (1957: 43).

*francés que él, en la medida de que “mejor” suponga ser más similar a la prosa escrita. Y, al informar sobre el desarrollo del proceso, los periodistas lo transmutan en más literatura, donde la “literatura” no solo abarca los principios del canon literario, sino el sistema convencional de redacción y presentación en el que tal canon permanece sin oposición.*²⁵⁸

3. La comunidad de recipiens como presupuesto del mito

La refracción o imposición de un segundo significante, propendiente a reemplazar o modificar la estructuración semántica del signo de “primer orden” no solamente puede dirigirse tanto hacia el propio contenido de aquello que de ordinario puede constituir un “mensaje” (verbigracia, la propia relación de hechos en virtud de la cual Dominici alega su inocencia, la cual es ostensiblemente ignorada por el fiscal en el proceso) sino hacia las propias estructuras respecto de las cuales el mito depende a los efectos de manifestarse verosímilmente como tal. Se encuentra entre ellas, naturalmente, la propia comunidad a la cual se dirige el nuevo significante trastocado por el mito. En este sentido, y contra intuitivamente a lo que podría inicialmente asumirse, en la medida de que tal mito suponga la incorporación de un significante que provea a seducir emotivamente a una comunidad, el mismo no requiere de la afirmación de un sentido de pertenencia o solidaridad de esta última, sino, por el contrario, de la negación o distorsión de los presupuestos de socialización que la constituyen. Cual paradoja de autosugestión, a los efectos de que una comunidad determinada comulgue con la racionalidad inmanente del mito, debe permitir que el propio sentido que determina su existencia como tal sea, también, objeto de un tal proceso de resignificación.

En síntesis, la razón de ser de la propia articulación de la “comunidad-recipiens” del mito obedece al hecho de que la axiología del mismo (en la medida de que sea una abstracción idealizada -parcial o totalmente- de una realidad más intrincadamente compleja o ciertamente menos inocente que aquella representada por el propio mito) requiere de una comunidad que pueda aceptar la verosimilitud de este último, en virtud de identificarse con el universo axiológico y simbólico que el mismo supone. Tal y como suscribiera Balibar en *Nombres y lugares de la verdad*, “El consensus es la condición del sensus”.²⁵⁹ La incorporación de tal “comunidad” a la materialidad del mito barthesiano supone, por lo tanto, un procedimiento de estructuración conceptual cuya teleología no se agota y mucho menos se explica únicamente en función de consideraciones meramente semánticas. Por el contrario, si bien es cierto que tal proceder supone “un proceso de regulación de las significaciones”,²⁶⁰ el mismo propende a la delimitación material de una “verdad trascendental [a la] que precede

258 DURING (1999: 43).

259 BALIBAR (1995: 22).

260 BALIBAR (1995: 26).

(...) y que está basada en un cierto esquematismo de la imaginación”.²⁶¹ El carácter trascendental de una tal verdad se manifiesta, en definitiva, en tanto tal “verdad [sea de aquellas] que no se cuestione a cada momento bajo la aparente continuidad de las palabras”.²⁶²

Es aquí donde emerge, nuevamente, la “lectura de escritor” a la que Barthes refiriera. La articulación y amalgama de la propia “comunidad” dentro del mito permite la consolidación de tal “verdad trascendente”, insusceptible de ser cuestionada bajo la “continuidad de las palabras” por parte de una tal comunidad en tanto la misma sea un recipiente simbólico del propio mito. De este modo, en la medida de que la comunidad se identifique con un mito legatario de un conjunto de valores trascendentes que la constituyen y la definen como tal, todo cuestionamiento al sentido u ontología de ese mito sería impracticable en tanto tal proceder supondría un cuestionamiento a la propia comunidad. Es una tal “verdad trascendente” la que obsta, por lo tanto, al debate de la verosimilitud o consistencia de los mentados valores y la que explica, en última instancia, la propia filiación de una tal “comunidad” al mito.

El sentido de ser de la pertenencia al mentado “mito” no se filia, por lo tanto, en el contenido de las significaciones, sino en la trascendencia de sus implicancias: un desplazamiento semántico del “primer signo” de Barthes por aquel que no pueda ser objetado ideológica ni normativamente por una tal comunidad. A los efectos de evitar un tal cuestionamiento, tal nuevo universo de significantes debe proveer a la consolidación de un cierto consenso comunitario, estructurado sobre un ficcional o bien impostado ideario que defina el sentido de ser de una tal comunidad y, en función del mismo, obste a que aquello que pueda seguirse o inferirse de la puesta en práctica del mito sea cuestionado. Verbigracia: si se “conceptualiza a una sociedad como absolutamente distinta y separada de otras sociedades [resaltando] las características únicas de cada grupo social respecto al resto de la humanidad”,²⁶³ dudosamente pueda inferirse, de ello, consecuencia alguna: el propio mito, relativo al carácter o condición radicalmente unívoca y particular de tal grupo no tendría, al menos en principio, ulterior consecuencia que la de reafirmar el carácter particular del mismo. Sin embargo, la articulación de un mito puede, ciertamente, no revestir tal irrelevante condición ética. Según refiere Piekalkiewicz, y en referencia a experiencias totalitarias pasadas, bien podría sostenerse que, en el seno de las mismas

*la comunidad propia [era concebida] como superior a otras comunidades, [teniendo la primera] una misión histórica innegable que cumplir, en el mejor de los casos defender su propia identidad o, en el peor de ellos, conducir a la humanidad hacia la salvación, tal y como tal sociedad la entiende.*²⁶⁴

4. Alcances del mito barthesiano en la construcción del “terrorista” como categoría desprovista de derechos

Tal retórica, que podría revelarse como tributaria o afín únicamente a la construcción teórica relativa a qué ha de entenderse por “comunidad” cual producto de un mito ya fenecido, y por lo tanto relativo al estudio de experiencias históricas pasadas, constituye, antes que un supuesto de indagación doctrinaria pretérita, una advertencia respecto a los fundamentos y fines de las prácticas discursivas actuales,

261 BALIBAR (1995: 26).

262 BALIBAR (1995: 26).

263 PIEKALKIEWICZ (1995: 38).

264 PIEKALKIEWICZ (1995: 38).

particularmente aquellas relativas al fenómeno del así mentado “terrorismo”. En efecto, suscribiría el otrora Primer Ministro británico Blair no mucho tiempo atrás, en el clímax de la así mentada “guerra al terror”:

*Los nuestros no son valores occidentales. Son los valores universales del espíritu humano y en cualquier lugar, en cualquier momento, la generalidad de las personas tienen la oportunidad de elegir [tales valores]. Libertad, no tiranía. Democracia, no dictadura. La vigencia del estado de derecho, y no la de la policía secreta (...) Del mismo modo que el terrorista busca dividir a la humanidad en odio, nosotros debemos unificarlo en torno a una idea, y esa idea es la libertad. Debemos encontrar la fuerza para luchar por esta idea; y la compasión para hacerla universal.*²⁶⁵

La propia naturaleza maniquea de una tal representación del modo de entender tanto a las restantes como a la propia comunidad se manifiesta, asimismo, en un discurso que el mentado profiriera ante “The Economic Club of Chicago”, en el cual suscribiría que

*[Estados Unidos] es el país más poderoso del mundo y el más rico. Es una gran nación. Tiene tanto para dar y enseñar el mundo; y sé que se diría, con toda modestia, un poco para aprender del resto también... [Aquel] las naciones que tienen el poder, tienen la responsabilidad. Necesitamos un Estados Unidos comprometido. Necesitamos el diálogo con Estados Unidos.*²⁶⁶

Se evidencia, por lo tanto, no solo la conformación de un especial *ethos* respecto a la disímil condición de la propia comunidad y la o las ajenas (“occidental” y “no occidental”), sino, asimismo, la existencia de una “verdad trascendente” en virtud de la cual ideas que son ciertamente producto de un desarrollo histórico-cultural específico y naturalmente no universal (léase: la democracia liberal) se representan como tales. De este modo, tal “verdad trascendente” no solo descansa en la operatoria de soslayarse groseramente cualquier consideración relativa a la historicidad y derecho a la autonomía política de la alteridad de una comunidad, sino a su vez, en entender que una tal alteridad es inherentemente disvaliosa, y objetable política y éticamente, en virtud de un estructuralismo que no deja margen a reflexiones superadoras a la dicotomía que el mismo presenta: “Democracia o dictadura, estado de derecho o policía secreta”. La retórica del *ethos* de la propia comunidad apela a la retórica del *pathos*.

En definitiva, es sobre tal “esquematismo de la imaginación” que el mito del terrorismo se construye: la caracterización en términos estructuralistas como una “diferencia por oposición respecto a otros grupos”²⁶⁷ logra “validar y reforzar el miedo y aversión que tales grupos extienden hacia otros”.²⁶⁸ En este sentido, la construcción en tales términos estructuralistas de la alteridad de aquella entidad dada en llamar “comunidad” soslaya el hecho de que es en el propio seno de una tal agrupación social en el que se constituyen y manifiestan toda serie de plasmaciones

265 BLAIR (2003).

266 BLAIR (1999).

267 YOUNG (1990: 234-235).

268 YOUNG (1990: 234-235).

culturales, intelectuales y retóricas, cuya pluralidad e incluso contradictorio carácter en muchos supuestos deviene en elemento inconducente sino ilusorio en el marco de la matriz analítica practicada en función del mentado estructuralismo. Es tal construcción estructuralista la que fundamenta tal exclusión, en tanto los extremos que la explican y legitiman obstan a un análisis ulterior del sentido de tal construcción arbitrariamente artificiosa, desde que

*ningún contenido particular [lleva] inscripto, en su especificidad óptica, su significado en el seno de una formación discursiva, todo depende del sistema de articulaciones diferenciales y equivalenciales dentro del cual [tal contenido particular] está situado. Un signifiante como “trabajadores”, por ejemplo, puede, en ciertas configuraciones discursivas, agotarse en un significado particularista, sectorial, mientras que en otros discursos (...) puede convertirse en la denominación par excellence del pueblo.*²⁶⁹

Llegados a este punto, bien podría argüirse que es en virtud de tal consideración que deviene en mítica la naturalización o positivización del carácter disvalioso de aquellas instituciones ajenas a la aludida “comunidad”. Ello desde que en la medida de que se asuma como inmanente a una comunidad de sentido una condición que de modo artificioso le sea orgánicamente constitutiva (verbigracia, su carácter “occidental”) no solo se establecerá un sentido trascendente a la misma que evitará o mutilará todo sincretismo, sino que, a su vez, se condenará como inherentemente extraña y objetable toda práctica o manifestación cultural que no le sea propia a la mentada condición definitoria y orgánica a una tal comunidad.

De todos modos, la mentada consideración requiere de un paso lógico hasta ahora implícito: la condena a la alteridad (ya sea *ex ante* o *ex post*: en función de objetársela *in abstracto* o en función de abjurar una síntesis con la misma) no solamente obedece al carácter disvalioso de aquellas condiciones que artificiosamente se invoquen como disímiles a las que por exclusión y orgánicamente definan a una tal comunidad, sino que subyacen, en definitiva, a ser una tal comunidad un bien en sí mismo, en la medida de que se practique por la misma la construcción de un “deseo de comunidad”:

*[E] l ideal de comunidad niega la diferencia entre los sujetos y la diferenciación social del distanciamiento temporal y espacial. La consecuencia política más seria del deseo de comunidad (...) es que a menudo opera para excluir u oprimir a los experimentados como diferentes. El compromiso con un ideal de comunidad tiende a valorar e imponer la homogeneidad.*²⁷⁰

No debe, por lo tanto, apelarse a tautologías: la construcción de un sentido de “comunidad” como presupuesto para el cuestionamiento y exclusión de aquellos grupos que no se identifican con la misma no solo principia o requiere de entender a ciertas condiciones (propias) como inherentemente superadoras de aquellas que dicese representar otro grupo, sino del asumir que son justamente tales condiciones las que constituyen orgánicamente a tal comunidad. En ciertos supuestos, incluso, la condición mitológicamente orgánica puede ser la propia causante de la responsabilidad que una

269 LACLAU (2010: 118).

270 YOUNG (1990: 234–235).

comunidad dada asuma para sí frente al decurso de la historia. En este sentido, en la medida de que se entienda que tal condición es radicalmente disímil y ónticamente superior a la de otros grupos o asociaciones, puede resultar predicable asumir, para una tal comunidad, que la misma se encuentra llamada a promover tales valores. Tómese, por caso, la defensa de una entelequia laudable como la libertad, en los términos en los cuales Blair la esbozara: lo suficientemente amplios como para entenderla como ajena o inconexa al desarrollo histórico-cultural específico y particular que la misma históricamente supone. Es tal constitución orgánica la que impide el debate y mutuo reconocimiento de los valores que subyacen a manifestaciones culturales diversas y la que obsta, en definitiva, a asumir que la identidad histórica comunitaria propia no posee ningún atributo o condición a los efectos de invocar, para sí, una misión histórica única o superior frente a terceros colectivos.

5. Conclusión

Ciertamente, el hecho de que una comunidad dada pueda aprehender un campo de significaciones que haga de sus propios derechos y manifestaciones políticas una referencia no solo necesaria sino metodológicamente insoslayable constituye, per se, una consideración valiosa en tanto se comulgue con una genealogía afín al propio sentido de tal comunidad. Sin embargo, la mera invocación de una monolítica idea de comunidad debe ser objeto de un oversight político, en tanto su estructuración semántica es susceptible de prestarse a toda suerte de usos, tal y como acaece con la construcción del ideario del “terrorista”. Es en virtud de tal consideración que, incluso de filiarse tal fenomenología comunitaria en una idea “política”, la misma debe ser lo necesariamente consciente de la articulación política de tales usos, desde que, tal y como sostuviera otrora Saborido, *La eficacia social de las ideas y representaciones de la realidad, su capacidad para influir sobre el comportamiento de los individuos, no depende de su “realidad” u objetividad científica, sino del grado de consenso social existente sobre ellas*.²⁷¹

6. Bibliografía

Fuentes primarias

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA, *Propuesta de Decisión Marco del Consejo sobre la Lucha contra el Terrorismo de la Comisión de la Comunidad Europea* (COM/2001/0521 final - CNS 2001/0217, consultada el 3 de setiembre de 2017 en <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001PC0521&from=ES>

ICTR, Kambala, Trial Judgement, Caso Número ICTR-97-23, párrafo 14.

Bibliografía crítica (secundaria)

271 SAVORIDO (2004: 78).

- ABBAS, T. (2001) *Islamic radicalism and multicultural politics: the British experience*, Londres.
- AKETSTROM ANDERSEN, N. “Political Administration”, en HOWARTH, D. y TORFING, J. (Eds.), *Discourse theory in European politics: identity, policy and governance*, Londres Springer, p. 139-169.
- ALLEN, C. (2010) *Islamophobia*, Farnham, Ashgate Publishing.
- AYAZ, G. (2017) “US Drone Strike Kills 3 Suspected Terrorists in Pakistan”, VOA News, consultado el 17 de octubre de 2017 en <https://www.voanews.com/a/us-drone-strike-kills-3-suspected-terrorists-in-pakistan/4030389.html>
- BALIBAR, E. (1995) *Nombres y lugares de la verdad*, Buenos Aires.
- BARHES, R. (1985) *The Fashion System*, Londres.
- BARTHES, R. (1972) *Mythologies*, Nueva York.
- BECK, U. (2003) “The silence of words: on terror and war”, *Security Dialogue*, 34, p. 255-267.
- BERG, J. (2012) *Direct belief: An essay on the semantics, pragmatics, and metaphysics of belief*, Berlin.
- BLAIR, T. (1999) “Prime Minister’s speech: Doctrine of International Community at the Economic Club”, Chicago, consultada el 26 de octubre de 2017 en www.number10.gov.uk/output/Page1297.asp
- BLAIR, T. (2003) “Prime Minister’s speech to the US Congress”, Londres, consultada el 22 de agosto de 2017 en www.americanrhetoric.com/speeches/tblaircongressionalgoldmedal.
- CABRERA, M. A. (2002) “Historia y teoría de la sociedad: del giro estructuralista al giro lingüístico”, en FORCADELL, C. y PERIÓ MARTÍN, I. (Coords.), *Lecturas de la historia: nueve reflexiones sobre la historia de la historiografía*, Zaragoza, p. 255-272.
- CALVO, J. (1996) *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona.
- CICERO, M. T. (1997) *De la invención retórica*, Ciudad de México.
- CLARK, I. (2007) *International legitimacy and world society*, Oxford.
- DE SWAAN, A. (2015) *The killing compartments: The mentality of mass murder*, New Heaven.
- DERRIDA, J. (2001) “Jean-François Lyotard”, en Brault, P. y Nass, M. (eds.), *The Work of Mourning*, Chicago.
- DURING, S. (1999) *The Cultural Studies Reader*, Londres.
- ECO, U. (2013) *Inventing the Enemy*, Boston.
- ELMER, D. (2009) *Cross-cultural connections: Stepping out and fitting in around the world*,

Westmont.

- FAGAN, M. (2013) *Ethics and Politics after Poststructuralism: Levinas, Derrida and Nancy*, Edimburgo.
- FERNÁNDEZ, J. F. (2010) *Foucault y Rorty: Presente, resistencia y deserción*, Zaragoza.
- FOCAULT, M. (1999) *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona.
- Focault, M. (2002) *The Order of Things: An Archaeology of the Human, Hove*, Psychology Press.
- GONZÁLEZ, C. (2011) “Elocuencia estoica y persuasión ciceroniana: discurso veraz vs discurso inverosímil”, *Episteme*, 31, p. 171-191.
- HABERMAS, J. Y LENHANDT, C. (1973) “A postscript to knowledge and human interests. Philosophy of the social sciences”, 3, p.157-189.
- HAMPSON, D. (2013) *Kierkegaard: Exposition & Critique*, Oxford.
- HIRTS, P. (1979) *On Law and Ideology*, Londres.
- HUSSERL, E. (1991) *Cartesian Meditations: An Introduction to Phenomenology*, Boston.
- IN-SUK, C., *The Mundialization of Home in the Age of Globalization: Towards a Transcultural Ethics*, LIT Verlag, Münster, p. 12-13.
- KUPER, L. (2010) “Plural societies”, en I BERDÚN, M. M. G., GUIBERNAU, M., y REX, J. (Eds.), *The ethnicity reader: Nationalism, multiculturalism and migration*, Cambridge: Polity, p. 230-237.
- LACLAU, E. (2010) *La razón populista*, Buenos Aires.
- LEVINAS, E. (1969) *Totality and Infinity: An Essay on Exteriority*, Pittsburgh.
- LEVINAS, E. (1985) *Ethics and Infinity: Conversations with Phillipe Nemo*, Pittsburgh.
- LEVINAS, E. (1985) *Otherwise than Being or Beyond Essence*, Pittsburgh.
- MARCUSE, H. (1969) *Essay on Liberation*, Harmondsworth: Penguin.
- MEDINA, J. (2006) *Speaking from elsewhere*, Albany: SUNY Press.
- MORGAN, K. A. (2000) *Myth and Philosophy from the Presocratics to Plato*, Cambridge.
- NASH, K. (2000) *Contemporary Political Sociology: Globalization, Politics and Power*, Oxford, Blackwell.
- OLIVER, K. (2009) “Technologies of Violence and Vulnerability”, en GAON, S. (Ed.), *Democracy in crisis: Violence, alterity, community*, Oxford, p. 90-109.
- ORELLANA, R. C. (2008) *Foucault y el cuidado de la libertad*, Santiago de Chile, Lom Ediciones
- PIEKALKIEWICZ, J. (1995) *Politics of ideocracy*, Albany, SUNY Press.

- REHMAN, J. y BREAU, S. C. (2007) *Religion, Human Rights and International Law. A Critical Examination of Islamic State Practices*, Leiden, Brill.
- RICOEUR, P. (1976) *Interpretation Theory: Discourse and the Surplus of Meaning*, Fort Worth, Texas.
- SABORIDO, J. (2004) *Sociedad, Estado, Nación: una aproximación conceptual*, Buenos Aires.
- SARTRE, J. P. (1978) *Being and Nothingness: A Phenomenological Essay on Ontology*, Nueva York, Pocket Books.
- SKRIMSHIRE, S. (2008) *Politics of fear, practices of hope*, Londres.
- STEEL, C. (2013) *End of the Roman Republic 146 to 44 BC: Conquest and Crisis: Conquest and Crisis*, Edimburgo.
- TCHUMKAM, H. (2015) *State Power, Stigmatization, and Youth Resistance Culture in the French Banlieues: Uncanny Citizenship*, Lanham.
- VAN DIJK, T. A. (1998) *Ideology: A multidisciplinary approach*, Thousand Oaks, SAGE.
- Venzke, I. (2012) *How interpretation makes international law: on semantic change and normative twists*, Oxford.
- VILLALVA, M. B. (2000) *Perspectivas sociales y conocimiento*, Barcelona.
- WALKLATE, S. Y MYTHEN, G. (2014) *Contradictions of terrorism: Security, risk and resilience*, Londres.
- WULF, C. (Ed.) (2016) *Exploring Alterity in a Globalized World*, Londres.
- YOUNG, I.M. (1990) *Justice and the Politics of Difference*, Princeton.

“Romance” y afecto: el lenguaje emotivo como recurso para abordar la relación entre organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales en el DIH y el DIDH

MARCOS DAVID KOTLIK

Universidad de Buenos Aires / CONICET

El rol de las organizaciones no gubernamentales (ONGs)²⁷² en el ámbito jurídico internacional ha sido objeto de análisis desde comienzos del siglo XX.²⁷³ Desde entonces, las ONGs han proliferado en distintas regiones del mundo, han formado redes entre sí y han desarrollado un importante grado de participación en foros provistos por las organizaciones internacionales intergubernamentales (OIs).²⁷⁴

Las estructuras internacionales de cooperación de las OIs han provisto a las ONGs un espacio para hacerse escuchar, al punto tal que muchas veces sus acciones son definidas con referencia a las políticas de las OIs.²⁷⁵ A su vez, en la medida en que las OIs se han abierto a la intervención de distintos actores no estatales, han sido entendidas como espacios en los que participantes gubernamentales y no gubernamentales compiten y cooperan, o incluso como comunidades.²⁷⁶

La creciente convergencia de intereses entre ONGs y OIs ha dado lugar a

272 No se discutirá aquí la noción de ONG, adoptando una definición amplia que resulta funcional a los fines de este trabajo, que engloba a aquellas entidades establecidas por iniciativa privada y que tienen una existencia formal, con un estatuto y una estructura representativa y democrática. Asimismo, se trata de entidades libres de influencia gubernamental y que no desarrollan funciones de autoridad pública, no tienen fines de lucro, no promueven o emplean la violencia, ni tienen vínculos criminales. Lindblom (2005: 52). No obstante, la caracterización de las ONGs es materia de discusión en la doctrina. Ver al respecto BAKKER & VIERUCCI (2008: 15); BENNOUNE (2012: 125-126); WILLETS (2011: 6-10); ROSSI (2010: 1-10).

273 Ver, por ejemplo, REINISCH (1911); CROMWELL WHITE, L. (1933) y CROMWELL WHITE (1951). Ver al respecto CHARNOVITZ (2006: 348-350); CHARNOVITZ (1996-1997: 189) y BEN-ARI (2012: 105-159).

274 CHARNOVITZ (1996-1997: 265); CHARNOVITZ (2006: 348-350) y TALLBERG et al. (2013: 5). Las OIs son entendidas aquí como sujetos de derecho internacional constituidos predominantemente a través de la asociación Estados, creadas usualmente a través de tratados internacionales que les atribuyen funciones y capacidades explícita o implícitamente, de acuerdo a los objetivos específicos de cada una. Ver, por ejemplo, ARMAS PFIRTER, BARBERIS & QUEROL (1998: 55-61); BARBOZA (2004: 536-538); BROWNLIE (2003: 648-656); GONZÁLEZ NAPOLITANO & FELLAY (2015: 27-32) y MALANCZUK (1997: 91-96). Los textos citados dan cuenta también de algunas divergencias en cuanto a los elementos que definen a una OI, cuyo tratamiento excedería el objeto de esta investigación. Esta dificultad también ha sido señalada por KLABBERS (2003: 352).

275 REBASTI (2008: 21).

276 CHARNOVITZ (2006: 362-363) y SUZUKI (2015: 34).

diferentes tipos de esquemas. En algunos casos, las formas de cooperación se han institucionalizado, por ejemplo, a través del reconocimiento de estatus consultivos a las ONGs.²⁷⁷ El ejemplo paradigmático lo constituye el Artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas,²⁷⁸ que dio lugar al desarrollo de una reglamentación específica en el marco del Consejo Económico y Social de la ONU.²⁷⁹ Este modelo de ha sido seguido por los organismos especializados que funcionan en el sistema de la ONU,²⁸⁰ mientras que también se implementaron esquemas similares en el Consejo de Europa²⁸¹ y en la Organización de Estados Americanos.²⁸² En muchos otros supuestos, los arreglos institucionales no reflejan las relaciones establecidas en la práctica, que continúan desarrollándose por canales informales.²⁸³

A pesar de estos desarrollos, es innegable que la creciente intervención de actores no estatales –incluyendo a las ONGs– en el plano internacional no se refleja fielmente en el sistema jurídico internacional.²⁸⁴ Asimismo, no existe un examen teórico del término actores no estatales que explique acabadamente el rol que juegan actualmente en el plano internacional²⁸⁵ y, en definitiva, estas entidades siguen siendo estructuralmente excluidas en los estudios y discursos del derecho internacional.²⁸⁶

Sin embargo, es posible encontrar ciertas excepciones en la doctrina, puesto que algunos/as autores/as han comenzado a brindar espacios significativos al tema en sus obras.²⁸⁷ En particular, diferentes trabajos han destacado las actividades de diversa naturaleza desarrolladas por las ONGs en el plano internacional,²⁸⁸ así como su influencia en áreas como la protección del medio ambiente, los derechos de los pueblos originarios e incluso el derecho internacional del comercio y el ámbito de la

277 REBASTI (2008: 22).

278 El artículo 71 de la Carta de la ONU establece: “El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos para que representantes de los organismos especializados participen, sin derecho a voto, en sus deliberaciones y en las de las comisiones que establezca, y para que sus propios representantes participen en las deliberaciones de aquellos organismos”.

279 Ver ECOSOC, E/RES/1996/31, 25 de julio de 1996.

280 BEN-ARI (2012: 71-72) y CHARNOVITZ (1996-1997: 253-256).

281 Consejo de Europa, Comité de Ministros, Resolución Res(2003)8, “Participatory Status for International Non-Governmental Organisations with the Council of Europe”, 19 de noviembre de 2003; Consejo de Europa, Comité de Ministros, Resolución Res(2003)9, “Status of Partnership between the Council of Europe and National Non-Governmental Organisations”, 19 de noviembre de 2003.

282 Consejo Permanente de la OEA, CP/RES. 759 (1217/99), 15 de diciembre de 1999.

283 Ver ROSSI (2010: 70) y REBASTI (2008: 27-37).

284 WOODWARD (2010: 2) y NOORTMANN, RYNGAERT & REINISCH (2015: 1).

285 BIANCHI (2009: xiv).

286 NOORTMANN (2010: 154).

287 BOYLE & CHINKIN (2007: 46-52); THÜRER (1999); MCCORQUODALE (2006: 324-326); CUTLER (2001: 133-150); ARTS (1998); RAUSTIALA (1997) y OSOFSKY (2012); BARRAT (2014); CAMERON et al.(1998); PAUST (2015) y SIVAKUMARAN (2011).

288 Ver, por ejemplo, THÜRER (1999: 44-45); ROSSI (2010: 10-24); TOMUSCHAT (1999: 156-157) y MCCORQUODALE (2006: 324-326).

paz y seguridad internacionales.²⁸⁹ También se ha reconocido su relevancia en el campo del derecho internacional humanitario (DIH)²⁹⁰ y su rol particularmente prominente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).²⁹¹

En este marco, este artículo se concentra en dos aproximaciones a la relación entre las ONGs y las OIs, que han sido seleccionadas por emplear referencias lingüísticas que remiten a las emociones. De esta manera, se pretenden presentar algunas reflexiones acerca de la finalidad que tiene la utilización del lenguaje emotivo para describir algunas dinámicas propias del sistema jurídico internacional contemporáneo.

1. Referencias lingüísticas emotivas en el abordaje de la relación entre organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales intergubernamentales

En este apartado se presentan dos abordajes doctrinarios que, al describir las relaciones entabladas entre las ONGs y las OIs en el ámbito del DIH y el DIDH, emplean referencias lingüísticas que remiten a las emociones. En primer término se examina un texto de Kenneth ANDERSON –profesor de American University y previamente director de la división armas de la ONG Human Rights Watch–, acerca del rol de las ONGs internacionales en el proceso de negociación de la Convención de Ottawa sobre Minas Antipersonales. En segundo lugar, se analiza el modo en el que la Escuela de New Haven, a través de una concepción política del derecho, caracteriza el rol de las ONGs en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales de las personas. Ambas visiones comparten la utilización de cierto lenguaje relacionado con el establecimiento de relaciones afectuosas, aunque podrá observarse que lo hacen con objetivos disímiles.

1.1. El “romance” entre las ONGs y las OIs

En forma de lecciones aprendidas, ANDERSON examina el rol de las ONGs en el marco de la campaña para lograr un tratado internacional destinado a prohibir las minas antipersonales.²⁹² Esto le permite destacar la rápida expansión de las ONGs involucradas, así como el particular modo de negociación adoptado merced a la presión de estas entidades: para no comprometer los objetivos de la campaña, sólo se entablaron diálogos entre Estados “afines”. Explica, asimismo, que la campaña llegó a percibirse como una sociedad genuina entre ONGs, OIs y esos Estados, relación

289 MERON (2006: 344-345).

290 BARRAT (2014); CAMERON et al. (1998) y ANDERSON (2000).

291 BAILLIET (2012: 97, 102); BIANCHI (1997: 185-190); BREEN (2003); MERON (2006: 344-348 y 390-391); SIMMONS (2009); VAN BOVEN (1989-1990); VAN BOVEN et al. (1997: 169-184) y LEARY (1979).

292 ANDERSON (2000: 104-109).

que aparece descripta como un “romance”.²⁹³

Esta referencia, a primera vista, podría ser connotada positivamente mediante una lectura tradicional de lo que implica la presencia de un elemento romántico. Sin embargo, ANDERSON emplea este lenguaje para desarticular la creencia de que uno de los principales legados de la campaña para la prohibición de minas antipersonales fue un modelo nuevo para la creación de derecho internacional, basado en la existencia de la sociedad ONGs-OIs-Estados afines.

En efecto, este autor señala que dicha creencia esta fundada en la equiparación entre ONGs internacionales y una “sociedad civil internacional”, cuya participación vendría a democratizar los procesos de creación de normas internacionales y, por lo tanto, a conferirles legitimidad.²⁹⁴ De tal modo, las OIs han adoptado como propio el discurso acerca de la sociedad civil porque necesitan, para cumplir con las tareas a su cargo, aumentar su propia legitimidad.²⁹⁵ Para ello, las elites de las OIs recurren a las ONGs internacionales, en tanto integrantes de la comunidad internacional que parecen tener una conexión con “la población”, para argumentar que han superado el déficit democrático, puesto que tienen la aprobación moral y política de “la voz de la ‘opinión mundial’”.²⁹⁶

Sin embargo, el proceso de legitimación es simbiótico, ya que las ONGs internacionales son pequeñas, profesionalizadas, y generalmente financiadas por pequeños grupos usualmente occidentales, sin una base fuera de las elites internacionales.²⁹⁷ De esta manera, aceptan de buena gana el mote de “sociedad civil internacional”, ya que esto también aumenta su poder y autoridad al interior de las OIs, así como entre las elites internacionales.²⁹⁸

En síntesis:

Las organizaciones internacionales y las ONGs internacionales pueden verse como atrapadas en un romance, un recepción mutua apasionada, ofreciéndose mutuamente demostraciones de amor mediante confirmaciones de legitimidad y lealtad eterna, pero, como sucede con los amantes en cualquier lado, ajeno al mundo exterior e ignorante de si alguien más piensa si esta legitimación mutua efectivamente los legitima.²⁹⁹

En definitiva, incluso cuando esta dinámica de diálogo entre elites puede tener potenciales consecuencias positivas,³⁰⁰ las ONGs quedan sujetas al rol de legitimar democráticamente a un sistema internacional que ya sufre de un déficit democrático

293 ANDERSON (2000: 95-104).

294 ANDERSON (2000: 110-112).

295 ANDERSON (2000: 113).

296 ANDERSON (2000: 116).

297 ANDERSON (2000: 117-118).

298 ANDERSON (2000: 117).

299 ANDERSON (2000: 117).

300 ANDERSON (2000: 118).

incurable.³⁰¹ La referencia al “romance” describe un escenario negativo o, por lo menos, cuestionable.

1.2. Las manifestaciones del valor “afecto” en las relaciones entre las ONGs y las OIs

La concepción política del derecho, también conocida como Escuela de New Haven,³⁰² tiene como objetivo último lograr un orden mundial de la dignidad humana, definido como aquel que mejor se aproxime al acceso óptimo por parte de todos los seres humanos a aquello que más desean, representado por ocho valores: poder, riqueza, ilustración, habilidades, bienestar, afecto, respeto y rectitud.³⁰³

En este artículo no se profundizará en las discusiones metodológicas o sustantivas acerca de la pertinencia o conveniencia de identificar valores universales,³⁰⁴ bastando señalar que los valores mencionados son tomados de la filosofía ética y especialidades afines, considerándolos aceptables para diferentes culturas³⁰⁵ y como un reflejo de los derechos humanos que la humanidad en su conjunto protege o deja de proteger.³⁰⁶ Debe notarse que el afecto aparece como el único valor que puede identificarse de manera directa con algún significado emotivo, pues es entendido en términos de intimidad, amistad, lealtad y sentimientos positivos.³⁰⁷

Para esta visión, entonces, el derecho es un proceso dinámico en el que hay una variedad de participantes que, con el objeto de maximizar los valores mencionados, presentan diferentes demandas sobre las cuales se toman decisiones “autoritativas”.³⁰⁸ Dichos participantes son individuos o entidades que tienen, por lo menos, un acceso mínimo al proceso de autoridad, siendo capaces de presentar demandas (*claims*) o quedar sujetos a demandas presentadas por otros.³⁰⁹ De esta manera, se trata de un

301 ANDERSON (2000: 95).

302 Se denomina así a la construcción teórica concebida por McDougal y Lasswell en la Universidad de Yale a través de la adaptación de métodos analíticos de las ciencias sociales a los objetivos prescriptivos del derecho. REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 575-576).

303 REISMAN, WIESSNER & WILLARD (2007: 576).

304 Sobre las complejidades que implica la identificación de valores o intereses comunitarios, ver PAULUS (2012) y CASSESE (2012).

305 Chen (2015: 16).

306 Ver McDUGAL, REISMAN & WILLARD (1988: 837) y McDUGAL, LASSWELL & CHEN (1977: 477).

307 Los valores son definidos del siguiente modo: i) respeto: libertad de elección, igualdad y reconocimiento; ii) poder: tomar e influenciar las decisiones comunitarias; iii) ilustración: reunir, procesar y diseminar información y conocimiento; iv) bienestar: seguridad, salud y comodidad; v) riqueza: producción, distribución y consumo de bienes y servicios, así como control de los recursos; vi) habilidades: adquisición y puesta en práctica de capacidades (vocacionales, profesionales, artísticas); vii) afecto: intimidad, amistad, lealtad, sentimientos positivos; viii) rectitud: participación en la formación y aplicación de normas de conducta responsable. CHEN (2015: 16).

308 HIGGINS (1991: 81).

309 McDUGAL, LASSWELL & REISMAN (1967: 262).

concepto inclusivo y no discriminatorio,³¹⁰ que engloba a Estados, OIs, ONGs y otras asociaciones, partidos políticos, grupos de presión, individuos, e incluso grupos constituidos con fines criminales.³¹¹

Por lo tanto, desde esta perspectiva teórica es posible dar cuenta de una variedad de actividades desarrolladas por las ONGs en el plano internacional,³¹² que pueden identificarse con la búsqueda de los valores universales mencionados.³¹³ CHEN ha propuesto que sus acciones suelen vincularse al valor “respeto”³¹⁴ (entendido como igualdad, libertad, reconocimiento) y al valor “poder”³¹⁵ (tomar e influenciar decisiones de la comunidad). A pesar de que en esta construcción teórica el valor “afecto” se encuentra relacionado esencialmente con la familia (derecho al matrimonio, a tener una familia, la protección especial de la maternidad y niñez, los derechos parentales en cuanto a la educación de niños y niñas, etc.),³¹⁶ esto no obsta que las ONGs efectivamente desarrollen actividades vinculadas a este valor. Basta notar, por ejemplo, la intervención de estas entidades en el desarrollo de tratados internacionales en materia de DIH y DIDH.³¹⁷ En efecto, al interactuar con OIs e intervenir en otras arenas laxas de institucionalización, como las conferencias internacionales, las ONGs han influido en la generación y desarrollo de normas sobre el tema: por ejemplo, la protección de vínculos familiares y reunificación de familias en el caso del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949; el rol logrado para familiares de víctimas en los sistemas de protección de los derechos humanos en el plano universal y regional; así como sus particulares aportes en procesos de negociación de tratados internacionales que contemplan los derechos de familiares de las víctimas, como el Estatuto de Roma y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

En este caso, entonces, la referencia al afecto permite dimensionar el rol de las ONGs, en el marco de su interacción con OIs y otros arreglos institucionales, en el fomento de valores deseados por la comunidad internacional. El lenguaje emotivo se presenta como un recurso para destacar elementos positivos, favoreciendo ese tipo de vínculos.

2. Reflexiones finales sobre el empleo de lenguaje emotivo

En la sección anterior se ha observado cómo el lenguaje emotivo puede emplearse para destacar aspectos positivos acerca del rol de las ONGs al interactuar

310 NOORTMANN (2010: 162).

311 CHEN (2015: 23) y McDUGAL, REISMAN & WILLARD (1988: 818-830).

312 CHEN (2015: 77-90); CHARNOVITZ (1996-1997: 271) y SUZUKI (2015).

313 CHEN (2015: 79).

314 CHEN (2015: 80).

315 CHEN (2015: 80-82).

316 CHEN (2015: 252).

317 CHEN (2015: 83-84).

con OIs, o bien para remarcar dinámicas que pueden considerarse negativas o cuestionables. En este sentido, la utilización del lenguaje emotivo parece operar en el plano de la legitimidad.

Desde luego, existen diferentes interpretaciones acerca de la noción de legitimidad. Mientras un enfoque clásico entiende a la legitimidad en función de la actuación de las instituciones fundada en la autoridad, aceptada como apropiada, moral y justa, una visión amplia pone el énfasis en la necesidad de existencia de una percepción de legitimidad por parte de aquellos sobre los que se ejerce autoridad.³¹⁸ Al respecto, VAUGHAN LOWE ha explicado que existen factores extra-jurídicos de central importancia en la construcción de la percepción de legitimidad. Sin restarle importancia a los conceptos jurídicos, debe reconocerse que nadie puede razonar de forma puramente jurídica o puramente no jurídica. En aquellos espacios de conflicto, en los que no hay soluciones jurídicas claras, la influencia de factores extra-jurídicos es aún mayor.³¹⁹

Desde el constructivismo social, en el campo de la sociología, DOYLEMcCARTHY advirtió hace más de veinte años que los estudios sobre emociones iban a mutar desde el enfoque en las emociones en sí mismas al estudio de las operaciones discursivas que constituyen nuestras vidas emocionales, las prácticas culturales a través de las cuales las emociones son conocidas, controladas, liberadas, cultivadas y trabajadas.³²⁰ Entonces, entiende a las emociones como construcciones sociales, articuladas por el individuo con el discurso y otras prácticas culturales.³²¹

En este sentido, el empleo del lenguaje emotivo en las aproximaciones teóricas reseñadas, por un lado, sirve para dar cuenta de los factores extra-jurídicos en torno de la relación entre las ONGs y las OIs. Por el otro, sin embargo, cobra relevancia al constituirse en un dispositivo discursivo capaz de influir sobre el proceso de construcción de la percepción de legitimidad. La doctrina pretende enfatizar aspectos positivos o negativos acerca de las dinámicas que caracterizan actualmente al sistema jurídico internacional y, a tal fin, el lenguaje emotivo sirve para convencer.

3. Bibliografía

Bibliografía crítica (secundaria)

ANDERSON, K. (2000) “The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society”, *European Journal of International Law* 11, pp. 91-120.

ARMAS PFIRTER, F., BARBERIS, J. & QUEROL, M. (1998) *Sujetos del derecho de gentes*, Buenos Aires.

318 ANDERSON (2000: 113).

319 VAUGHAN LOWE (2001: 220-221).

320 DOYLEMcCARTHY (1994: 271).

321 DOYLEMcCARTHY (1994: 276).

- ARTS (1998) *The Political Influence of Global NGOs: Case Studies on the Biodiversity Conventions*, Utrecht: International Books.
- BAILLIET, C. (2012) “What is to become of the human rights international order in an age of neo-medievalism?”, en BAILLIET, C. (ed.) *Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes. From the Margins*, Cambridge, pp. 95-124.
- BAKKER, C.&VIERUCCI, L. (2008) “Introduction: a normative or pragmatic definition of NGOs?”, en DUPUY, P.-M. &VIERUCCI, L. (eds.) *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility?*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 1-17.
- BARBOZA, J. (2004) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires.
- BARRAT, C. (2014) *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, Leiden/Boston.
- BEN-ARI, R. (2012) *The Normative Position of International Non-Governmental Organizations under International Law. An Analytical Framework*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- BENNOUNE, K. (2012) “Productive tensions: women’s rights NGOs, the ‘mainstream’ human rights movement, and international lawmaking”, en BAILLIET, C. (ed.) *Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes. From the Margins*, Cambridge, pp. 125-150.
- BIANCHI, A. (1997) “Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors”, en TEUBNER, G. (ed.) *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth, pp. 179-211.
- BIANCHI, A. (2009) “Introduction: Relativizing the Subjects or Subjectivizing the Actors: Is That the Question?”, en BIANCHI, A. (ed.) *Non-state actors in international law*, Farnham/Burlington: Ashgate, p. xi-xxx.
- BOYLE, A. & CHINKIN, C. (2007) *The Making of International Law*, Oxford.
- BREEN, C. (2003) “The Role of NGOs in the Formulation of and Compliance with the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on Involvement of Children in Armed Conflict”, *Human Rights Quarterly* 25, pp. 453-481.
- BROWNLIE, I. (2003) *Principles of Public International Law*, 6^a ed., Oxford.
- CAMERON, M., LAWSON, R. & TOMLIN, B. (eds.) (1998) *To Walk Without Fear: The Global Movement to Ban Landmines*, Oxford.
- CASSESE, A. (2012) “A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights”, en CASSESE, A. (ed.) *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, pp. 136-143.
- CHARNOVITZ, S. (1996-1997) “Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance”, *Michigan Journal of International Law* 18, pp. 183-286.

- CHARNOVITZ, S. (2006) “Nongovernmental Organizations and International Law”, *American Journal of International Law* 100, pp. 348-372.
- CHEN, L. (2015) *An Introduction to Contemporary International Law. A Policy-Oriented Perspective*, 3rd ed., Nueva York.
- CROMWELLWHITE, L. (1933) *The Structure of Private International Organizations*, Filadelfia: George S. Ferguson Company.
- CROMWELLWHITE, L. (1951) *International non-governmental organizations: their purposes, methods, and accomplishments*, New Brunswick.
- CUTLER, A. (2001) “Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organizations: A Crisis of Legitimacy”, *Review of International Studies* 27, pp. 133-150.
- DOYLE MCCARTHY (1994) “The Social Construction of Emotions: New Directions from Culture Theory”, en WENTWORTH, W. & RYAN, J. (eds.) *Social Perspectives on Emotion*, Vol. 2, Bingley: Emerald, pp. 267-279.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. & FELLAY, M. (2015) “Sujetos del Derecho Internacional”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, pp. 23-52.
- HIGGINS, R. (1991) “International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes: General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours de la Academie de Droit International* 230, pp. 9-342.
- KLABBERS, J. (2003) “(I Can’t Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors”, en PETMAN, J. & KLABBERS, J. (eds.) *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, pp. 351-369.
- LEARY, V. (1979) “A New Role for Non-Governmental Organizations in Human Rights: A Case Study of NGO Participation in the Development of International Norms on Torture”, en CASSESE, A. (ed.) *UN Law/Fundamental Rights*, Alpen aan den Rijn: Sijthoff & Nordhoff, pp. 197-209.
- LINDBLOM, A.-K. (2005) *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge.
- MALANCZUK, P. (1997) *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7^a ed. revisada, Londres/Nueva York.
- MCCORQUODALE (2006) “The Individual and the International Legal System”, en Evans, M. (ed.) *International Law*, 2^a ed., Oxford, pp. 312-328.
- MCDUGAL, M., LASSWELL, H. & CHEN, L. (1977) “The Social Setting of Human Rights: The Process of Deprivation and Non-Fulfillment of Values”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 46, pp. 477-554.
- MCDUGAL, M., LASSWELL, H. & REISMAN, W. (1967) “The World Constitutive Process

- of Authoritative Decision”, *Journal of Legal Education* 19(3), pp. 253-300.
- MCDUGAL, M., REISMAN, W. & WILLARD, A. (1988) “The World Community: A Planetary Social Process”, *University of California, Davis Law Review* 21, pp. 807-972.
- MERON, T. (2006) *The Humanization of International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.
- NOORTMANN, M. (2010) “Understanding Non-State Actors in the Contemporary World Society: Transcending the International, Mainstreaming the Transnational, or Bringing the Participants Back In?”, en NOORTMANN, M. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actor Dynamics in International Law. From Law-Takers to Law-Makers*, Farnham/Burlington:, pp. 153-170.
- NOORTMANN, M., RYNGAERT, C. & REINISCH, A. (2015) “Introduction”, en NOORTMANN, M., REINISCH, A. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors in International Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 1-8.
- OSOFSKY, H. (2012) “The creation of the international law of climate change: complexities of sub-state actors”, en BAILLIET, C. (ed.) *Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes: From the Margins*, Cambridge, pp. 179-199.
- PAULUS, A. (2012) “Whether Universal Values can Prevail over Bilateralism and Reciprocity”, en CASSESE, A. (ed.) *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, pp. 89-104.
- PAUST, J. (2015) “Armed Opposition Groups”, en NOORTMANN, M., REINISCH, A. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors in International Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 273-292.
- RAUSTIALA, K. (1997) “States, NGOs, and International Environmental Institutions”, *International Studies Quarterly* 41, pp. 719-740.
- REBASTI, E. (2008) “Beyond consultative status: which legal framework for enhanced interaction between NGOs and intergovernmental organizations?”, en DUPUY, P.-M. & VIERUCCI, L. (eds.) *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility?*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 21-70.
- REINISCH, P. (1911) *Public International Unions. Their Work and Organization. A Study in International Administrative Law*, Boston/Londres.
- REISMAN, M. WIESSNER, S. & WILLARD, A. (2007) “The New Haven School: A Brief Introduction”, *Yale Journal of International Law* 32, pp. 575-582.
- ROSSI, I. (2010) *Legal Status of Non-Governmental Organizations in International Law*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia.
- SIMMONS, B. (2009) *Mobilizing for Human Rights. International Law in Domestic Politics*, Cambridge,

- SIVAKUMARAN, S. (2011) "Lessons for the Law of Armed Conflict from Commitments of Armed Groups: Identification of Legitimate Targets and Prisoners of War", *International Review of the Red Cross* 93(882), pp. 463-482.
- SUZUKI, E. (2015) "Non-State Actors in International Law in Policy Perspective", en NOORTMANN, M., REINISCH, A. & RYNGAERT, C. (eds.) *Non-State Actors in International Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 33-56.
- TALLBERG, J. ET AL. (2013) *The Opening Up of International Organizations. Transnational Access in Global Governance*, Cambridge.
- THÜRER, D. (1999) "The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State", en HOFMANN, R. (ed.) *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Berlin, pp. 37-58.
- TOMUSCHAT, C. (1999) "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law", *Recueil des Cours de la Academie de Droit International* 281, pp. 1-441.
- VAN BOVEN, T. (1989-1990) "The Role of Non-Governmental Organizations in International Human Rights Standard Setting: A Prerequisite of Democracy", *California Western International Law Journal* 20, pp. 207-225.
- VAN BOVEN, T. et al. (1997) *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non-State Actors*, Utrecht: Netherlands Institute of Human Rights.
- VAUGHAN LOWE, A. (2001) "The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?", en BYERS, M. (ed.) *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford, pp. 207-226.
- WILLETS, P. (2011) *Non-Governmental Organizations in World Politics. The construction of global governance*, Londres/Nueva York.
- WOODWARD, B. (2010) *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance*, Leiden/Boston.

¿*Alea iacta est*? El empleo de las armas autónomas y su adecuación jurídica

DOMINIQUE STEINBRECHER

Universidad de Buenos Aires

IRINA ZILBERMANN

Universidad de Buenos Aires

MARÍA ROSARIO TEJADA

Universidad de Buenos Aires

In short, all predictions agree that if man does not master technology, but allow it to master him; he will be destroyed by technology. (CICR 2006-1476)

Proveniente del latín, *alea iacta est* es una frase que puede traducirse como “la suerte está echada”, dando a entender que algo es inevitable, irreversible por lo que sólo resta ir hacia ello. La historia ha sido testigo de numerosos enfrentamientos armados y de cómo estos han mutado a través de los años. Han variado no sólo en su denominación y calificación, sino también han cambiado los partícipes y los medios y métodos empleados en el campo de batalla.

El desarrollo de la tecnología avanza sobre todos los campos de la actuación humana y los medios y métodos de guerra no han quedado exentos de ello, extendiéndose a espacios antes reservados exclusivamente a operadores humanos.³²² Como resultado, la tecnología militar y por ende el uso de la fuerza, ha incrementado su autonomía frente al control humano directo e inmediato, en una perspectiva que pareciera orientarse cada vez hacia un mayor incremento en la autonomía de sus sistemas, especialmente de las “funciones críticas” de seleccionar y atacar objetivos.³²³

La temática relacionada con los Sistemas de Armas Autónomas (en adelante, “SAA”), como se han denominado a los sistemas que trataremos en el presente trabajo, ha sido ya materia de arduo debate en los últimos años. Muestra de ello han sido los debates llevados a cabo en el marco de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales,³²⁴ en el cual partes contratantes establecieron, en el marco de la 5ta

322 Cf. McFARLAND, (2015: 1314).

323 CICR (2015: 1479).

324 Se han llevado a cabo encuentros informales de expertos en el marco de dicha convención

Conferencia de Revisión de las Altas Partes Contratantes a la Convención en el año 2016, un grupo de expertos gubernamentales en tecnologías emergentes en el área de los SAA.³²⁵ Dicho grupo ha tenido su primera reunión en noviembre del año 2017.³²⁶ Por su parte el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, el “CICR”), ha organizado desde el año 2014³²⁷ discusiones de expertos en la materia, aportando al debate las diversas visiones y posturas de especialistas. No han dejado de involucrarse en el debate de la presente temática tan controversiales diversos actores de la sociedad civil, desde reconocidas Organizaciones No Gubernamentales,³²⁸ hasta campañas internacionales integradas por variados actores.³²⁹

Lo cierto es que la discusión que plantea el desarrollo de los SAA es muy amplia y diverso, abarcando distintas aristas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, el “DIH”), el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante el “DIDH”) y el Derecho Internacional Público en general, entre otras ramas del Derecho. Con motivo de los 40 años de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante, “PA”), nos proponemos evaluar en el presente trabajo, principalmente a la luz del DIH y las obligaciones que poseen los Estados respecto del desarrollo de nuevas tecnologías en materia de medios y métodos de guerra,³³⁰ si los SAA se ajustan, o podrían ajustarse en un futuro, a la normativa vigente en la materia, o si resulta necesario expandir la regulación en pos de un marco jurídico particular –con las diferentes opciones que se han planteado– que se encargue de dichos sistemas.

1. **Regulación de nuevas Armas. Artículo 36 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra**

Como es sabido, la elección de medios y métodos para hacer la guerra no es irrestricta. Una primera barrera esta impuesta por el artículo 35 del PA I que establece: “Los derechos de los combatientes de elegir los medios y métodos de guerra no es ilimitado”.³³¹ Por su parte, y de notable importancia en la materia que nos compete, el

en mayo de 2014, abril de 2015 y abril de 2016.

325 Ver en: [[https://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/7C335E71DFCB29D-1C1258243003E8724](https://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/7C335E71DFCB29D-1C1258243003E8724)] consultado el 05/07/2018.

326 IBID.

327 La primera Reunión de Expertos ha tenido lugar en Ginebra, Suiza, en marzo del año 2014. La segunda edición de dicha reunión se ha llevado a cabo en Versoix, Suiza, en marzo del año 2016.

328 Ver al respecto: HRW y IHRC (2012). HRW y IHRC, (2014). HRW y IHRC (2015). HRW y IHRC (2016). HRW (2018). AMNESTY INTERNATIONAL (2015).

329 Ver al respecto de la campaña de “Stop Killer Robots”: [<https://www.stopkillerrobots.org/>].

330 Dichos instrumentos prevén en su articulado, más precisamente en el art. 36 del Protocolo Adicional I, las condiciones a contemplar en caso de estudio, desarrollo, adquisición o adopción de nuevas armas y sistemas de armas, nuevos medios o nuevos métodos de guerra.

331 Antecedentes de este principio receptado por el PA I pueden encontrarse en la Declaración

artículo 36 del PA I, establece que

cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable... (el destacado es propio).

El objetivo de incluir una cláusula de estas características en el articulado del PA I fue el de regular el empleo de armas no sólo durante la fase de adquisición, sino también extendiendo la aplicación de las disposiciones a una etapa previa. De este modo, la Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos³³² del CICR considera que el proceso de aprovisionamiento de armas abarca: “las etapas iniciales de investigación (es decir, diseño, estudio), desarrollo (desarrollo y prueba de los prototipos), y adquisición (incluida la compra de armas en existencia)”.³³³

De esta manera, el estadio de estudio y desarrollo de dispositivos bélicos también se encuentra condicionado por los principios contenidos en el PAI o cualquier otra norma de Derecho Internacional. Es así como el PA I previene y restringe el uso de armas que vulneren la normativa internacional, imponiendo la obligación a los Estados Partes, de efectuar un control de legalidad previo al desarrollo, adquisición o incorporación de cualquier arma nueva.³³⁴

La realización de exámenes de legalidad constantes de las nuevas armas en desarrollo o de las modificaciones a las existentes, es de particular relevancia en una época teñida por la vorágine del desarrollo de las nuevas tecnologías que puede poner a disposición, de forma rápida y sencilla, armamentos de dudosa compatibilidad con la normativa humanitaria existente. Esta obligación es de vital importancia para asegurar que las fuerzas armadas de un Estado sean capaces de conducir las hostilidades en concordancia con las obligaciones internacionales.³³⁵

Una cláusula de estas características, amplia y flexible, permite que cualquier desarrollo o modificación sustancial de armamento sea instantáneamente sometido al control de legalidad que impone. Esto facilita la supervisión, dado que no es necesaria

de San Petersburgo (1868), el artículo 22 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 1907), la Resolución XXVIII de la XX Conferencia de la Cruz Roja (1965), la Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas (1969), Ver en este sentido: CICR (2006).

332 Ante la ausencia de directrices normativas en instrumentos internacionales, tras una reunión de expertos, el CICR elaboró esta Guía, adoptada por los Estados Partes de los Convenios de Ginebra en el marco de la 28ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.

333 CICR (2006: 22).

334 La presente exposición se centra en el desarrollo de nuevos sistemas de armas, como los sistemas de armas autónomas. Sin perjuicio de esto, se hace saber que el artículo bajo estudio también incluye en su ámbito de aplicación nuevos o métodos de guerra, análisis que excede la presente.

335 Cf. DAVISON (2017:9).

una normativa posterior que regule específicamente —o prohíba— cada arma que exceda los límites impuestos por el DIH, ya que bajo estas condiciones nunca sería admitido el desarrollo o modificación en contravención en un primer momento. Asimismo, se interpreta que la obligación mencionada incluye la de examinar la legalidad de las armas aun cuando éstas tienen como destino simplemente la exportación.³³⁶ De esta manera, el artículo 36 no solo regula el desarrollo de armas nuevas sino que asegura la atemporalidad y el dinamismo del DIH.³³⁷

En cuanto al mecanismo de revisión, el artículo 36 se limita a establecer la obligación de realizar el análisis legal. Dado que el PA I no impone un procedimiento específico para la determinación de la legalidad de las nuevas armas, se deja librada a la discrecionalidad de los Estados Partes el modo en que se corroborará la adecuación a los parámetros de la normativa internacional de las nuevas armas.³³⁸ Es decir que, es responsabilidad de los Estados Partes adoptar un procedimiento formal, pudiendo optar por mecanismos de carácter administrativo, legislativo, reglamentario o de otra índole³³⁹ según consideren correspondiente (por ejemplo, constitución de un comité de revisión conformado por expertos, el análisis de un único funcionario o el ejercicio de control por un departamento gubernamental u entidades interdepartamentales).³⁴⁰ Cualesquiera sean las medidas adoptadas, se considera oportuna la implementación de un criterio interdisciplinario; es decir, militar, jurídico, médico, tecnológico y ambiental, al momento de realizar el estudio de legalidad.³⁴¹ En su Comentario al PA I, el CICR recomienda que los estudios de legalidad sean efectuados en las etapas más tempranas posibles: antes del uso, durante el estudio o desarrollo, o al momento de su adquisición.³⁴² Además, no debe perderse de vista que la implementación de estos mecanismos debe ser efectuada en concordancia con el artículo 84 del PA I, que impone a los Estados la obligación de poner en conocimiento de la comunidad internacional los mecanismos de revisión legal que haya adoptado.³⁴³ Es notable

336 Dicha obligación se encontraría enmarcada en la de “respetar y hacer respetar”, del artículo 1 de los Convenios de Ginebra y el PA I. Ver al respecto: CICR (2001).

337 Se ha registrado una creciente preocupación por darle mayor importancia a esta disposición, la que fue objeto de discusión en la XXVII Conferencia de la Cruz Roja y Media Luna Roja (1999) y la XXVIII (2003) así como en la Segunda Conferencia de Revisión de la Convención CCW (2001).

338 Cf. CICR (1987: 1470).

339 CICR (2006: 19). Por procedimiento formal se entiende un mecanismo permanente que se encuentre a disposición para realizar.

340 CICR (2006: 19-20): se conocen los procedimientos de examen de armas de seis Estados. Las modalidades adoptadas varían entre mecanismos de examen según ordenanzas de gobierno (ej. Suecia) o instrucciones, directivas u órdenes del Ministerio Competente (ej. Holanda, Noruega, Estados Unidos, Bélgica, Australia).

341 Cf. CICR (2001); CICR (2006: 21).

342 Cf. CICR (2006).

343 Artículo 84, PA I: “Las Altas Partes contratantes se comunicarán, lo más pronto posible, por mediación del depositario y, en su caso, por mediación de las Potencias protectoras, (...) las leyes y reglamentos que adopten para garantizar su aplicación”. Ver también: LAWAND (2006: 927). CICR (2006: 19).

destacar que incluso Estados no parte del PA I han adoptado procedimientos para asegurar que sus armas sean sometidas a los estándares de revisión fijados por el Protocolo. Esto puede claramente evidenciarse con la práctica del Departamento de Defensa de los Estados Unidos que ha establecido parámetros adicionales para las propuestas de desarrollo de SAA.³⁴⁴

Tanto los Estados que se encuentren invirtiendo en el desarrollo y el perfeccionamiento de armas, como el que busque la adquisición de armamento, se ven comprendidos entre los sujetos obligados.³⁴⁵ Para aquellos Estados que sean compradores de armas, el examen deberá realizarse previo a efectuar transacciones o acuerdos de compra para el aprovisionamiento de equipamiento armamentístico, es decir, la palabra del sujeto de quien adquiere las armas no es suficiente para considerar cumplida su obligación de examen previo.³⁴⁶ Si en lugar de desarrollo o adquisición de armas, el caso es el de modificación o perfeccionamiento de armas existentes, también es imprescindible la evaluación de legalidad en la etapa más temprana posible.³⁴⁷

De todas maneras, dicha exigencia tiene un límite y es que el análisis se efectúe considerando los parámetros de uso normal y esperado del arma, que sean posibles de anticipar al momento del examen.³⁴⁸ Esto debido a que implicaría una imposición irrazonable exigir a los Estados que prevean y estudien todos y cada uno de los potenciales usos indebidos, ya que cualquier arma puede, inevitablemente, ser manipulada de algún modo prohibido.³⁴⁹

Asimismo, el artículo 36 debe leerse en conjunto con el artículo 82 del PA I que establece que

las Altas Partes contratantes en todo tiempo (...) cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las fuerzas armadas.

La obligación³⁵⁰ de poner a disposición de los comandantes, asesores legales que los instruyan en las obligaciones humanitarias abarca el control de legalidad de las armas contenido en el artículo 36, siendo una obligación a cumplirse, especialmente, en tiempos de paz.

Ahora bien, al momento de estudiar si un arma se adecua o no a los parámetros internacionales de legalidad, el análisis debe seguir ciertas etapas concatenadas. En

344 Ver al respecto: Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica (2012).

345 CICR (1987: 1470).

346 IBID.

347 CICR (2006: 23).

348 CICR (1987: 1466-1480).

349 CICR (1987: 1460).

350 De acuerdo al comentario al artículo 82 del API, el hecho de que el artículo esté redactado en términos flexibles, no quita que se trate de una obligación para los Estados Partes. Ver: CICR (1987: 3344).

primer lugar se debe determinar si el arma se encuentra ya prohibida o restringida por alguna norma internacional específica³⁵¹ o por la costumbre internacional.³⁵² Si no existe ninguna regulación expresa se debe analizar el arma –o sistema– a la luz de las reglas generales sobre medios y métodos de guerra aplicable a todas las armas y sistemas de armas.³⁵³ Esto incluye el análisis del arma o sistema *per se* (su naturaleza intrínseca)³⁵⁴ y el análisis de su uso normal o esperado.³⁵⁵

Por último se debe analizar si las mismas se ajustan a la cláusula *Martens*.³⁵⁶ Cabe destacar que dicha cláusula, contenida en el artículo 1.2 del PA I, impone que el estudio e investigación deban efectuarse de conformidad con los principios básicos de humanidad y los dictados de la conciencia pública. La relevancia de esta disposición y su carácter consuetudinario fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o empleo de Armas Nucleares*.³⁵⁷ En dicha oportunidad se afirmó la importancia de dicha cláusula, sosteniendo que la misma ha demostrado ser **un medio efectivo para abordar la rápida evolución de la tecnología militar**.³⁵⁸

Adicionalmente, se alienta a los Estados a considerar otros factores que pueden tener relevancia al momento de analizar las armas como la necesidad militar y el uso esperado, los efectos en la salud y la información disponible sobre la naturaleza de la lesión causada, o si se puede lograr el mismo propósito por otros medios o métodos menos lesivos.³⁵⁹

En este sentido, el hecho de que no exista un marco normativo específico

351 Por ejemplo: Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, 1972; Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD), 1976; Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Uso de Armas Químicas y sobre su Destrucción ; Convenio sobre Ciertas Armas Convencionales, 1908 y sus Protocolos; Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (“Tratado de Ottawa”), 1997, entre otras. Ver en este sentido: SCHMITT (2013: 31).

352 CICR (2006: 10).

353 Tal y como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, “Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares”, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, p. 34 y ss.

354 A saber, que las armas no causen daños superfluos o sufrimiento innecesario (art. 35.2, PAI), que no causen daño de largo plazo, extenso y severo al medio ambiente natural (art. 35.3 y 55, PAI), la prohibición de armas que no puedan ser dirigidas a un objetivo militar específico o si son armas de una naturaleza que atacarán o golpearán indistintamente objetivos militares o civiles, u objetos civiles (art. 51.4.b API) y la prohibición de medios o métodos cuyos efectos no puedan ser controlados (art. 51.4.c PA I).

355 CICR (2006: 10). Principalmente los principios de distinción (art. 48 y 51.2, PAI); principio de proporcionalidad (art.51.5.b y 57.2.a.iii PA I) y principio de precaución en el ataque (art. 57 PA I).

356 Cf. CICR (2006: 16).

357 Corte Internacional de Justicia, “Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares”, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, p. 35.

358 IBÍD.

359 CICR (2001).

aplicable a un arma o sistema determinado, no lo exime de quedar comprendido bajo las normas respectivas a la legalidad de las armas *per se*, o de su uso esperado, ya que toda nueva arma o sistema debe ser evaluado a la luz de dicho principios.³⁶⁰

2. Definición de Sistemas de Armas Autónomas y sus implicancias jurídicas

Si bien no se cuenta con una definición única y consensuada en la comunidad internacional respecto de los SAA, hay ciertas definiciones que han sido utilizadas de referencia por los diversos expertos y doctrinarios que se han dedicado a estudiar la materia. El CICR ha definido a los SAA en el año 2014, como armas que pueden seleccionar y atacar objetivos de manera independiente, como sistemas de armas con autonomía en sus funciones críticas.³⁶¹ Dicha definición fue posteriormente adaptada en la Reunión de expertos llevada a cabo en el año 2016, refiriéndose a los SAA como “todo sistema de armas con autonomía en sus funciones críticas. Esto es, un sistema de armas que pueda seleccionar (i.e. buscar o detectar, identificar, rastrear, seleccionar) y atacar (i.e. usar fuerza contra, neutralizar, dañar o destruir) objetivos, sin intervención humana”.³⁶² De este modo, se trata de un término “paraguas” que agrupa cualquier tipo de sistema que una vez activado, a través de sus programas, sensores y las armas con las que es equipado, lleva adelante el procedimiento de ataque.³⁶³

Por su parte, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica, ha definido a los SAA como “un sistema de armas que, una vez activado, puede seleccionar y atacar objetivos sin intervención posterior de un operador humano...”.³⁶⁴ Asimismo, podemos citar algunas definiciones brindadas por la doctrina, como “cualquier sistema que es capaz de seleccionar un objetivo e iniciar el uso potencial de fuerza letal, sin supervisión humana directa ni intervención en la decisión letal”.³⁶⁵

Algunos expertos dividen el análisis dependiendo el nivel de automaticidad que posea el sistema,³⁶⁶ diferenciando así entre sistemas de armas “altamente automáticas” o “semi-autómas” (“*man in the loop*”),³⁶⁷ armas autónomas supervisadas

360 LIU (2012: 639).

361 CIRC (2014: 5) (la traducción es propia).

362 CIRC (2016: 8) (la traducción es propia).

363 CICR (2015: 1480).

364 Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica, (2012). (la traducción es propia).

365 ASARO (2012: 690).

366 Ver al respecto: HRW (2012: 2); SCHARRE (2016: 9).

367 “Aquellas que una vez activadas solo están programadas para atacar objetivos individuales o grupos específicos seleccionados por el operador humano”, ver CIRC (2014: 14).

(“*man on the loop*”)³⁶⁸ y armas autónomas propiamente dichas (“*man out of the loop*”, siendo estas últimas las que poseen –o podrían poseer– autonomía completa, es decir que una vez activadas actúan en el campo de batalla sin intervención humana alguna).³⁶⁹ Sin embargo, otra parte de la doctrina, incluyendo al CICR, prefiere afirmar que no puede establecerse una diferencia categórica desde una perspectiva técnica y que las principales implicancias jurídicas y éticas aplicarían por igual.³⁷⁰ En este sentido, se ha sostenido que dicha distinción es algo artificial, ya que las aptitudes particulares de sistemas individuales no se ciñen claramente en distintas categorías, sino que aparecen en un continuo de diversas dimensiones.³⁷¹ Siguiendo a dicha doctrina, el presente trabajo se referirá de manera genérica a todo sistema de armas diseñado y programado para desempeñar ciertas acciones que de otro modo serían desempeñadas por operadores humanos.³⁷²

Es de gran importancia remarcar que, los SAA son plataformas que utilizan un software o hardware para operar aquello con el que se lo equipa (es decir el arma propiamente dicha), de acuerdo a la programación pre-establecida.³⁷³ En ese sentido, cabe destacar que los SAA no pueden ser categorizados directamente como “armas”, sino como “plataformas intermediarias desde donde las verdaderas armas son operadas”,³⁷⁴ reemplazando –en ciertas acciones- al operador humano. En este sentido, se remarca la diferencia existente entre “armas” y “sistema de armas”, siendo las primeras las que producen un daño de manera directa,³⁷⁵ y los segundos, los que están cargados y en control de las armas propiamente dichas³⁷⁶ y que en este caso están dotados de autonomía. Es por ello, que el análisis de este medio de guerra, que a su vez engloba las más variadas configuraciones y potenciales inciertos, presenta ciertas particularidades.³⁷⁷

Como vimos, el análisis de la legalidad de las armas a la luz del DIH, sigue dos caminos concatenados. En primer lugar se analiza en la legalidad del arma *per se*,³⁷⁸ mientras que aquellas que logren superar este primer filtro, deben ser analizadas a la luz de ciertos principios que regulan sus usos en particular.

368 “Aquellos que proveen a los operadores humanos la posibilidad de intervenir y dar por terminado el ataque antes que ocurran niveles inaceptables de daño. Un humano retiene la supervisión de la operación llevada a cabo por el sistema de armas y puede interactuar con el sistema de ser necesario.” Ver: CIRC (2014: 14).

369 CIRC (2014: 14).

370 Cf. CICR (2016: 1). Ver también: ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 397): “given the great practical difficulty to distinguish between autonomous and highly automated systems...”.

371 MCFARLAND (2015: 1316).

372 Siguiendo la postura metodológica propuesta por MCFARLAND (2015: 1316).

373 Ver al respecto MCFARLAND (2015: 1318).

374 LIU (2012: 629).

375 IBID.

376 ASARO (2012: 694).

377 IBID.

378 Cf. SCHMITT (2013: 8).

En cuanto a la aplicación de dicho análisis legal a los SAA en particular, podemos en primer lugar afirmar que no existe hoy en día ni una prohibición expresa de dichos sistemas, ni una restricción o regulación relativa a su uso *per se*.³⁷⁹ Sin embargo, y como hemos visto *ut supra*, ello no quita que sea necesario analizar la legalidad de las mismas —o su uso normal o esperado— a la luz de la normativa y los principios generales aplicables a todos los medios y métodos de guerra.

Comenzando por el análisis de la legalidad del sistema de armas en sí misma, sabemos que ello depende de tres reglas principales: el sistema de armas (i) no puede ser indiscriminada por su naturaleza.³⁸⁰ Esto no significa que el arma pueda ser deliberadamente utilizada para otros fines, sino que la regla se orienta a la naturaleza del arma y para el uso para el que fue diseñada, es decir su uso “normal”;³⁸¹ por otro lado (ii) no puede ser de una naturaleza que cause sufrimiento innecesario o daño superfluo;³⁸² y por último (iii) no puede producir efectos nocivos que no sean capaces de ser controlados,³⁸³ ni ser plausibles de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.³⁸⁴

Ahora bien, el análisis propio de la naturaleza del arma, se ve fuertemente influenciado por el hecho de que lo que se analiza en el presente caso es un **sistema de armas** en particular y no el arma *per se*. Son las segundas (las armas o municiones con las cuales se carga a la plataforma autónoma) las que en principio deberían atravesar “el filtro” de legalidad provisto por dichos principios básicos³⁸⁵ relativos a la inherencia del arma. Dichas reglas han sido históricamente diseñadas para abordar los efectos propios de un arma y no el modo de ejecución o interacción.³⁸⁶ En este sentido, “ninguna de estas reglas vuelve a un sistema de armas ilegal *per se*, solo por el hecho de ser autónomo”,³⁸⁷ ya que si dicho sistema sirviese de plataforma para armas que cumplan con dicho marco legal, en principio no violaría ninguna de las mismas. Por ello, los SAA no violarían inherentemente dichas reglas,³⁸⁸ no serían ilegales *per se* y como una categoría.³⁸⁹

Ahora bien, es importante remarcar que aun cuando un arma o un sistema de armas no sean ilegales por su naturaleza, su uso podría estar prohibido en ciertos

379 LIU (2012: 638).

380 Artículo 51.4.b PA I. Ver además regla 71 del Estudio sobre El derecho internacional humanitario consuetudinario realizado por el CICR (en adelante el “CIHL” por sus siglas en inglés).

381 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 399).

382 Artículo 35.2, PA I. Ver además regla 70 CIHL.

383 Artículo 51.4.c PA I. Ver además regla 12 CIHL.

384 Artículo 35.3, Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. Ver además regla 45 CIHL.

385 Ver al respecto: LIU (2012: 639).

386 SCHMITT (2013: 9).

387 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 400-402).

388 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 406).

389 SCHMITT (2013: 35).

entornos o tipos de campos de batalla.³⁹⁰ Sí resulta de gran importancia que los SAA sean suministrados con parámetros suficientemente confiables,³⁹¹ para que puedan cumplir con las reglas relativas **a su uso**, o las comúnmente llamadas “*reglas del targeting*”. En este sentido, sabemos que “la legalidad de un arma no depende solamente de su diseño o su fin previsto, pero también de la manera en que se espera que sea usada en el campo de batalla”,³⁹² y esto es algo en lo que sí tiene un gran impacto la incorporación de autonomía en los sistemas de empleo de las armas.³⁹³ Los principios fundamentales que rigen el *targeting* son principalmente el principio de distinción, el de proporcionalidad y el principio de precauciones en el ataque.³⁹⁴

En cuanto al primero, regulado principalmente en el artículo 48 del PA I, establece que “las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y [dirigirán] sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.³⁹⁵ En ese sentido, un arma o un sistema de armas violarían dicho principio si no es posible, dentro de su uso previsto, de ser dirigido solamente a objetivos militares determinados (de manera discriminada), en **ninguna circunstancia**.³⁹⁶

Lo cierto es que, en primer lugar dentro de los SAA podrían englobarse diversos tipos de sistemas de armas con diferentes capacidades militares, tecnológicas y dotados de diversos sensores y mecanismos de ataque,³⁹⁷ por lo cual sería prematuro hacer una afirmación categórica estableciendo que los mismos –como categoría– serían incapaces de cumplir con el principio cardinal del DIH. Por otro lado, si bien es cierto que resulta inimaginable un SAA con capacidad de diferenciar entre categorías de personas tan específicas como aquellos *hors de combat*, o aquellos participando directamente en las hostilidades,³⁹⁸ es fundamental recordar que el cumplimiento del principio de distinción es sumamente contextual y depende en gran medida del ámbito en el cual se decida llevar adelante el ataque.³⁹⁹ No es lo mismo un ataque a una ciudad

390 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 401).

391 Ver a respecto: ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 400-402).

392 LIU (2012: 639).

393 IBID.

394 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 401).

395 Artículo 48 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. Dicho principio se encuentra regulado además en el artículo 51.2 de dicho Protocolo y ha sido incorporado en las reglas 1 y 7 del CIHL. Dicho principio, ha sido además históricamente incorporado en el Preámbulo de la Declaración de St. Petersburgo de 1868.

396 SCHMITT (2013: 13).

397 Ver al respecto: ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 403).

398 Ver al respecto CICR (2015: 1481). Ver también: McFARLAND (2015: 1337). En este sentido, se ha afirmado que “no existing robotic system can reliably distinguish between a combatant and a civilian (...) to the inability of controller software to understand context and human behavior sufficiently well, and the difficulty of sorting relevant information in complex situations...”.

399 SCHMITT (2013: 17).

densamente poblada, que uno en alta mar o en un espacio aéreo delimitado,⁴⁰⁰ es decir en ambientes en dónde los civiles no sean expuestos a dicho peligro,⁴⁰¹ en los cuales el principio de distinción no presentaría grandes dificultades en su aplicación.

Por su parte, el principio de proporcionalidad establece que las partes en un conflicto armado deberán “abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.⁴⁰² Este principio es el que presenta mayores dificultades a la hora de analizar el cumplimiento del marco normativo por los SAA. Y esto se debe a que la determinación de criterios como “ventaja militar concreta y directa prevista” conlleva grandes cuotas de subjetividad y de análisis situacional, las cuales –hasta hoy y probablemente en el futuro próximo– no pueden ser incorporadas en el análisis propio de un *software* de manera anticipada,⁴⁰³ máxime cuando resulta desde ya complejo su conceptualización por seres humanos en el campo de batalla. En este sentido, se ha afirmado que los SAA serían incapaces de lidiar con el “*fog of war*”,⁴⁰⁴ y que “no existe ninguna capacidad sensorial o computacional que pueda permitir a un robot dicha determinación (...) [la misma] requiere del juzgamiento humano”.⁴⁰⁵

Ahora bien, retomando el argumento contextual –que juega un rol significativo–, el uso de SAA y su legalidad depende enormemente del entorno en el cual opere.⁴⁰⁶ Un análisis razonable de proporcionalidad depende sumamente del ámbito operacional en el cual se desarrolle.⁴⁰⁷ Existen ciertos campos de batalla en los cuales la cuota de duda en la aplicación de la proporcionalidad es mínima y aceptable dentro de los parámetros del DIH.⁴⁰⁸

Lo cierto es que hoy en día existen sistemas de armas con cierta autonomía en sus “funciones críticas”,⁴⁰⁹ pero su uso en general se encuentra restringido no solo a ambientes predecibles y simples (en los cuales el posible daño colateral es muy remoto), sino también a tareas más de tipo defensivas, con objetivos claramente delimitados y exclusivamente dirigidos a objetos en lugar de a personas.⁴¹⁰ Ello indicaría que tampoco podría afirmarse en abstracto y de forma genérica que los SAA son incapaces de cumplir con dicho principio y en consecuencia se deberían prohibir.

400 Cf. ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 388).

401 SASSÓLI (2014: 327-328).

402 Artículo 57.2.a.iii Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. Ver también artículo 51.5.b de dicho Protocolo y la regla 14 del CIHL.

403 Cf. SASSÓLI (2014: 331).

404 ASARO (2012: 692).

405 LIU (2012: 642-643) (citando a Noel Sharkey) (la traducción es propia).

406 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 403).

407 IBID.

408 Cf. SCHMITT (2013: 18).

409 Por ejemplo el Iron Dome utilizado por las fuerzas armadas de Israel.

410 CICR (2015: 1480).

Por último, el principio de precaución en el ataque establece principalmente que las operaciones deben preservar constantemente a las personas y bienes protegidos y que

quienes preparen o decidan un ataque deberán hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial (...) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque (...) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que [será desproporcionado]

y que un ataque deberá ser suspendido o anulado si se advierte que no se cumplen con dichos requisitos.⁴¹¹

Se ha sostenido que este principio opera generalmente en un nivel superior al de un arma –o sistema– individual (la opere un humano o una plataforma), y que depende de “la pre-planificación y la información obtenida de ante mano” al momento de planificar una operación.⁴¹² En ese sentido, “la gran parte del análisis legal requerido sería realizado por decisiones humanas que eligen si usar o no dichas armas en situaciones específicas”.⁴¹³ Pareciera que el mayor problema lo representaría la obligación de cancelar el ataque en caso de advertirse que no sería acorde a las exigencias del DIH.⁴¹⁴ Ahora bien, en relación al análisis situacional, se ha destacado que los SAA, por sus características particulares, podrían incorporar ciertas precauciones adicionales a las de los seres humanos (ya que sus vidas no corren peligro) antes de llevar adelante un ataque, retrasando el uso de la fuerza hasta el momento más apropiado.⁴¹⁵ Ello significaría mayor certeza en cuanto a la legitimidad del objetivo seleccionado,⁴¹⁶ e incluso suspender el ataque en caso de no cumplirse los requisitos pre-pautados.

Lo cierto es que el presente principio depende, no solo de la complejidad del entorno –donde aplicarían los mismos argumentos esgrimidos anteriormente–, sino también de la predictibilidad y precisión sistema del que se trate. En este sentido “si un comandante humano no pudiese verificar independientemente su precisión antes de activar un arma [o sistema], esto podría conllevar a la violación de la obligación de tomar precauciones en relación al ataque”.⁴¹⁷ Por ello mientras más simples y/o delimitadas sean funciones del SAA, mayor posibilidad de que su uso pueda encontrarse dentro de los parámetros de precaución exigidos a quienes planeen un ataque.

411 Cf. Artículo 57 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. Ver también regla 15 CIHL.

412 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 404-405).

413 IBID.

414 CICR (2015: 1481).

415 SASSÓLI (2014: 310).

416 SASSÓLI (2014: 336-337).

417 MCFARLAND (2015: 1336).

Como resultado de lo expuesto, cabe decir que no sería correcto afirmar que los SAA no pueden –o podrían– cumplir con los principios fundamentales relativos a su uso, sino que dicho cumplimiento y en gran medida como sucede con todo medio o método de combate, depende de las circunstancias, el entorno y la predictibilidad en su uso.⁴¹⁸ Como ha afirmado el CIRC “la pregunta crucial no pareciera ser si las nuevas tecnologías son buenas o malas en sí mismas, sino cuales son las circunstancias de su uso”.⁴¹⁹

3. **Pros y contras de los SAA. La problemática particular de la responsabilidad y la noción de “control humano”**

Diversos argumentos de tipo jurídico y éticos se han esgrimido en relación a los SAA. Principalmente se ha sostenido, como se ha visto en el apartado anterior, que dichos sistemas presentan un gran obstáculo para el cumplimiento de los principios fundamentales del DIH, principalmente en cuanto al análisis de elementos subjetivos como la necesidad militar⁴²⁰ o el daño colateral⁴²¹ y/o el estatus de las diferentes personas que participan –o no– en un conflicto armado, que son factores sumamente contextuales. Además se ha aseverado que “la ausencia de métodos estándar y protocolos para la prueba y evaluación de la performance de dichas armas”,⁴²² es otro factor que podría dificultar el acabado cumplimiento de la obligación de análisis legal de dichos sistemas.⁴²³ En este orden de ideas, se esgrime también que existe un peligro de un mal funcionamiento o falla en los sistemas, que podría conllevar a un mal desempeño en alguna tarea esencial desde el punto de vista legal, produciendo efectos impredecibles⁴²⁴ y no ajustados al derecho de los conflictos armados. Asimismo, se sostiene que existe un claro riesgo de manipulación o *hackeo* de los sistemas por la fuerzas enemigas o incluso por grupos no-estatales.⁴²⁵ Lo cierto es que, como ha replicado otra parte de la doctrina, la posibilidad de un mal funcionamiento “no es única para los sistemas autónomos, sino que es una preocupación que debe ser analizada en relación con cualquier sistema militar que dependa de una computadora en alguna parte de su operación”.⁴²⁶

Por otro lado, se han sostenido algunas preocupaciones de tipo políticas, diciendo que existe el riesgo de que aquellos Estados armados con SAA sean propensos al uso de la fuerza militar, ya que dichos sistemas “podrían reducir los

418 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 406).

419 CICR (2011: 40).

420 SCHMITT (2013: 20).

421 CICR (2015: 1481).

422 CICR (2016: 4).

423 Ver al respecto: CICR (2015: 1482).

424 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 392).

425 SCHMITT (2013: 7).

426 MCFARLAND (2015: 1338).

riesgos percibidos para las fuerzas armadas propias o los civiles”.⁴²⁷ Ahora bien, uno de los cuestionamientos más amplios que han recibido los SAA, principalmente la posibilidad del desarrollo de algún tipo de inteligencia artificial acabada, es de tipo moral o ético. En este sentido, se ha afirmado que la delegación de decisiones respectivas a la vida humana –principalmente de la decisión de inicial fuerza letal– a SAA (sin supervisión alguna) representa el problema moral y jurídico principal,⁴²⁸ ya que se vería afectada la dignidad humana.⁴²⁹ Incluso se ha cuestionado si “los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública permitirán que armas, como las autónomas, puedan tomar decisiones sobre la vida humana, durante un conflicto armado y sin intervención del hombre”.⁴³⁰

Acorde con dicha doctrina, todo ataque requiere de un razonamiento moral previo por parte de quién comanda la operación, razonamiento que un sistema de sensores y algoritmos sería incapaz de realizar, ya que no poseen entendimiento social, cultural, situacional y más precisamente moral.⁴³¹ Otros autores desestiman dichas preocupaciones, principalmente por encontrarse fuera de un análisis puramente legal,⁴³² y en contraposición se ha afirmado que “solo los seres humanos pueden ser inhumanos, y solo [ellos] pueden elegir deliberadamente no cumplir con las reglas con las que fueron instruidos (...) un robot no puede odiar, no puede temer, no puede tener hambre (...) y no tiene instinto de supervivencia...”.⁴³³ Además se ha sostenido que, el principio de humanidad, refiere “no a la idea de que los humanos deben operar a las armas, sino más bien a la promoción de medio y métodos (...) que protejan a la humanidad de mejor manera...”.⁴³⁴

Otra de las ventajas que se proponen es que los SAA podrían percibir más información y procesarla de manera simultánea y con mayor rapidez de una persona.⁴³⁵ Asimismo, se ha sostenido que dichos sistemas podrían incluso actuar de manera más precisa no solo porque podrían dotarse de sofisticados sensores que proporcionen capacidades que ni los humanos poseen,⁴³⁶ sino que por su rapidez

427 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 392).

428 ASARO (2012: 696).

429 ASARO (2014: 52).

430 CICR (2015: 1483) (la traducción es propia).

431 ASARO (2014: 50).

432 Ver al respecto: SASSÓLI (2014: 313).

433 SASSÓLI (2014: 310). (la traducción es propia). Ver también: SCHMITT (2013: 13), dónde se ha afirmado que “while it is certainly correct that emotions can restrain humans, it is equally true that emotions can unleash the basest of instincts”.

434 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 410).

435 IBÍD.

436 ARKIN (2014: 33-35). En este sentido, ha afirmado que “the eventual development and use of a broad range of robotic sensors better equipped for battlefield observations than humans currently possess (...) electro optics, synthetic aperture or wall-penetrating radars, acoustics, seismic sensing, infra-red cameras, etc. (...) intelligent electronic systems can integrate more information from more sources far faster before responding with lethal force than a human possibly could in real time...”.

en la respuesta disminuiría el lapso de tiempo desde la identificación de un objetivo legítimo y el ataque, evitando que la situación se modifique.⁴³⁷ Por otro lado, se esgrime el argumento de que los SAA podrían reducir los riesgos y la exposición de las fuerzas armadas, como de los costos operacionales,⁴³⁸ lo que podría conllevar a una disminución en la necesidad de recurrir a mayor uso de la fuerza contra ciertas amenazas.⁴³⁹ Además, cabe destacar que los SAA podrían incluso significar una mayor transparencia, al ser equipados con sistemas de comunicación, rastreo y grabación, reteniendo información fundamental de las operaciones llevadas a cabo.⁴⁴⁰

La cuestión relativa a la responsabilidad merece una mención especial. Es vasta la doctrina que ha manifestado su preocupación por el posible “*accountability gap*” que podría conllevar el desarrollo y uso de SAA. En este sentido, se afirma que “la potencial impunidad derivada del uso de dichos sistemas de armas es aparente”,⁴⁴¹ ya que al estar desvinculados de la intervención humana en sus operaciones, podrían eliminar la posibilidad de establecer responsabilidad penal, que requiere “un agente moral y la determinación de la *mens rea*”.⁴⁴² Así, se ha sostenido que la atribución de responsabilidad en caso de actos impredecibles llevados a cabo por un SAA es incierta, ya que aquellos individuos involucrados en su diseño, programación y uso, pueden no contar con el conocimiento o la intención requerida.⁴⁴³

Frente a estos cuestionamientos, otra parte de la biblioteca ha afirmado que no existe tal vacío de responsabilidad, ya que siempre habrá una persona detrás pasible de responsabilidad, sea el diseñador o programador en caso de llevar adelante un sistema con la capacidad de cometer crímenes de guerra, o el comandante por tomar la decisión de usar dichos sistemas de armas de manera ilegal o a sabiendas de que su desempeño no es predecible (no cumpliendo con las precauciones debidas).⁴⁴⁴ Asimismo, un Estado podría ser responsable por las violaciones producidas por un SAA que ha sido probado o evaluado de manera inadecuada previo a su desarrollo y uso.⁴⁴⁵

Consideramos que la pregunta central en el análisis de la presente cuestión es ¿pueden los SAA ser completamente libres de toda intervención humana? Y la respuesta pareciera ser “no”. Como bien ha afirmado SCHMITT

el mero hecho de que un humano pueda no estar en control de un ataque particular no significa que ningún humano pueda ser responsable por las acciones del SAA. Un humano debe decidir cómo programar el

437 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 390).

438 TOSCANO (2015: 191).

439 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 393).

440 CIRC (2014: 22).

441 LIU (2012: 650).

442 ASARO (2012: 693).

443 CICR (2015: 1482).

444 Ver al respecto: CICR (2015: 1482).

445 IBID.

*sistema (...) el comandante o el supervisor civil serán responsables por aquellos crímenes si sabían o debían haber sabido (...) las personas que autorizaron su uso, dirigieron su uso o las operaron deben hacerlo de acuerdo a las leyes de la guerra.*⁴⁴⁶

En este sentido, siempre va a haber un ser humano obligado por las normas en el punto de partida, delimitando los límites de la autonomía, dentro de los cuales pueda operar el sistema.⁴⁴⁷ Incluso algunos autores sostienen que lo que verdaderamente sucede con los SAA es una transferencia en la toma de decisiones, pero desde la persona en el campo de batalla (decisión situacional) a las personas que definen el comportamiento de los sistemas y aquellos responsables por su uso,⁴⁴⁸ quienes podrán ser eventualmente responsables.

4. ¿Es necesaria una regulación específica? Diversas posturas en la comunidad internacional

Como hemos visto, el (potencial) desarrollo de los SAA ha generado diversos planteos en la comunidad internacional respecto a su adecuación legal y ha dado lugar a diferentes posturas relativas a su regulación en particular. Por su parte el CICR ha sostenido que dadas las particularidades propias de dichos sistemas es necesario mantener **control humanodignificativo, apropiado y efectivo** sobre las funciones críticas de los sistemas de armas y el uso de fuerza en vistas de las obligaciones legales, políticas, los requerimientos militares y las consideraciones éticas.⁴⁴⁹ Ahora bien, ha afirmado que el grado y tipo de control dependerá del tipo de SAA, del ambiente en que se lo use y las tareas que se le encomienden.⁴⁵⁰ Similar ha sido la postura adoptada por el Gobierno de Estados Unidos, que establece que “los sistemas de armas autónomos y semi-autónomos deben ser diseñados para permitir a los comandantes y operadores el ejercicio de niveles apropiados de apreciación humana sobre el uso de la fuerza”.⁴⁵¹

Por su parte, el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, ha recomendado en su Informe del año 2013, que los Estados establezcan una **moratoria** sobre las pruebas, producción, ensamble, transferencia, adquisición, despliegue y uso de los SAA letales, hasta tanto se acuerde un marco regulatorio internacional al respecto.⁴⁵²

Por último, cabe mencionar la postura de algunos actores de la sociedad civil

446 SCHMITT (2013: 33-34).

447 Cf. SASSÓLI (2014: 323-325).

448 MCFARLAND (2015: 1333).

449 Cf. CICR (2016: 6) y CICR (2015: 1483-1484).

450 CICR (2015: 1481).

451 CIRC (2014: 19) (cita al U.S. Department of Defense, *Autonomy in Weapon Systems*, DoD 3000.09, noviembre, 2012). (la traducción es propia).

452 HUMAN RIGHTS COUNCIL (2013: 21).

que se han pronunciado al respecto. Es conocida la postura adoptada por Human Rights Watch en conjunto con la Clínica Internacional de Derechos Humanos de la Universidad de Harvard, a través de diversos informes emitidos desde el año 2012 en adelante.⁴⁵³ Dichas organizaciones han llamado sistemáticamente a una **prohibición preventiva** de los SAA (su desarrollo, producción y uso), a la luz de los riesgos que representan.⁴⁵⁴ Asimismo, dicha organización, en conjunto con otro grupo de ONGs nacionales e internacionales han iniciado la “Campana para frenar a los Robots Asesinos”, como plataforma de participación de la sociedad civil impulsando también la prohibición preventiva de los sistemas bajo análisis.⁴⁵⁵ Dichas posturas extremas, han sido criticadas por ciertos autores arguyendo que una prohibición general sobre dichos sistemas, podría significar consecuencias desfavorables, incluso la pérdida de avances tecnológicos que podrían significar potenciales mejoras operativas limitando la pérdida de vidas de ambas partes.⁴⁵⁶

5. A modo de conclusión

Luego del análisis desarrollado en el presente trabajo volvemos sobre la principal pregunta planteada: ¿es necesario el desarrollo de un nuevo marco normativo para regular a los SAA –ya sea restrictivo o prohibitivo- o las normas existentes relativas a medios y métodos de guerra son suficientes para abordar la legalidad e imponer límites a dichos desarrollos tecnológicos?

Consideramos que existen elementos suficientes en el DIH para abordar las problemáticas propias que plantean los SAA. El marco regulatorio esbozado principalmente por los artículos mencionados del PA I, principalmente la obligación de los Estados bajo el artículo 36, contienen la necesidad de adecuar las nuevas tecnologías a los principios básicos y fundantes del derecho de los conflictos armados. Asimismo, y dada la gran variedad de sistemas que son pasibles de ser desarrollados, no sería conveniente impulsar una regulación “por categoría”, ya que la legalidad de cada sistema dependerá de diversos factores. Debemos recordar que sin necesidad de un nuevo tratado, “todo sistema de armas nuevo debe igualmente cumplir en su diseño y uso con el derecho...”.⁴⁵⁷ Algo que podemos aseverar es que existen ciertos parámetros que influirán determinadamente en la legalidad de dichos sistemas y su adecuación a los principios generales del *targeting*, tales como las tareas que lleve adelante, el tipo de objetivos que ataque, el contexto en el cual opere, la predictibilidad que tengan y el nivel de intervención humana con el que cuenten. Dichos factores serán cruciales para su análisis durante el desarrollo, diseño, programación y para

453 Ver al respecto: HRW Y IHRC (2012). HRW Y IHRC (2014). HRW Y IHRC (2015). HRW Y IHRC (2016).

454 Cf. HRW Y IHRC (2016: 3). Ver asimismo: HRW (2018).

455 Ver al respecto: [<https://www.stopkillerrobots.org>], consultado el 09/07/2018.

456 ANDERSON, REISNER Y WAXMAN (2014: 398).

457 IBID.

determinar si su uso puede ser acorde al DIH.⁴⁵⁸

Concluimos entonces que la suerte no está echada al azar. Si bien el desarrollo tecnológico es inevitable, consideramos que el entramado normativo se encuentra preparado para amortiguar y guiar dichos cambios dentro de la legalidad.

6. Bibliografía

Fuentes primarias

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares”, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996.

DEPARTAMENTO DE DEFENSA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (2012) “Autonomía en sistemas de armas”, Directiva 3000.09, 21 de noviembre.

HUMAN RIGHTS COUNCIL (2013) “Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heynes”, 9 de abril.

Bibliografía crítica (secundaria)

ANDERSON, K., REISNER, D. y WAXMAN, M. (2014) “Adapting the law of armed conflict to Autonomous Weapon Systems”, en *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 90.

ARKIN, R. (2014) “Ethical restraint of lethal autonomous robotic systems: requirements, research and implications”, en CIRC, *Sistemas de armas autónomas: aspectos técnicos, militares, legales y humanitarios*, Informe de la Reunión de expertos, Ginebra, Suiza.

ASARO, P. (2012) “On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 94. No. 886.

ASARO, P. (2014) “Ethical issues raised by autonomous weapon systems”, en CIRC, *Sistemas de armas autónomas: aspectos técnicos, militares, legales y humanitarios*, Informe de la Reunión de expertos, Ginebra, Suiza.

CICR (1987) “Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”.

CICR (2001) “New Weapons”, Fact Sheet of the Advisory service on International Humanitarian Law.

CICR (2011) “International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts”, Informe de la 31ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Medialuna Roja, Ginebra, Suiza.

458 Cf. CICR (2016: 3).

- CICR (2015) “International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts”, Informe de la 32^o Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Medialuna Roja, Ginebra, Suiza.
- CICR (2016) “Views of the International Committee of the Red Cross on autonomous weapon system”, Reunión de expertos en sistemas de armas autónomas letales en el marco de la Convención sobre ciertas armas convencionales (CCW), Ginebra.
- CICR (2006) “Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos. Medidas para aplicar el artículo 36 del protocolo adicional de 1977”, Ginebra.
- CIRC (2014) “Sistemas de armas autónomas: aspectos técnicos, militares, legales y humanitarios”, Informe de la Reunión de expertos, Ginebra, Suiza.
- CIRC (2016) “Sistemas de armas autónomas: Implicancias de la creciente autonomía en las funciones críticas de las armas”, Informe de la Reunión de expertos, Versoix, Suiza.
- DAVISON, N. (2017) “A legal perspective: Autonomous weapon systems under international humanitarian law”, en *UNODA Occasional Papers*, No. 30.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2018) “Statement on Meaningful Human Control in Lethal Autonomous Weapons Systems”, Convention on Conventional Weapons Group of Governmental Experts, Ginebra.
- HUMAN RIGHTS WATCH E INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC OF HARVARD LAW SCHOOL, (2012) “Losing Humanity. The Case against Killer Robots”.
- , (2014) “Shaking the Foundations. The Human Rights Implications of Killer Robots”.
- , (2015) “Mind the Gap. The Lack of Accountability for Killer Robots”.
- , (2016) “Making the Case. The Dangers of Killer Robots and the Need for a Preemptive Ban”.
- INTERNATIONAL AMNESTY (2015) “Autonomous weapons systems: five key human rights issues for consideration”, Londres.
- LAWAND, K. (2006) “Reviewing the legality of new weapons, means and methods of warfare”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 88 No. 864.
- LIU, H. (2012) “Categorization and legality of autonomous and remote weapons systems”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886.
- McFARLAND, T. (2015) “Factors shaping the legal implications of increasingly autonomous military systems”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, No. 900.

- SASSÓLI, M. (2014) “Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to Be Clarified”, en *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 90.
- SCHARRE, P. (2016) *Autonomous Weapons and Operational Risk*, Center for a New American Security.
- SCHMITT, M. (2013) “Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A reply to the critics”, *Harvard National Security Journal*, Features.
- TOSCANO, C. (2015) “Friend of Humans: An Argument for Developing Autonomous Weapons Systems”, en *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 8.

El Tratado de Comercio de Armas del 2013: un tibio aporte al derecho internacional humanitario

ALAN MATÍAS FELER

Universidad de Buenos Aires

JIMENA POSLEMAN

Universidad de Buenos Aires

JUAN FRANCISCO PADIN

Universidad de Buenos Aires

Adoptado en 2013 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, AGNU),⁴⁵⁹ el Tratado de Comercio de Armas (en adelante, TCA) fue producto de un sinuoso recorrido con intereses contrapuestos en el plano internacional. Como se desarrollará a continuación, el instrumento procura hallar un adecuado balance entre las necesidades comerciales y armamentísticas de los Estados soberanos, por un lado; y las consecuencias que el uso de ciertas armas puede generar en la población civil, cuando estas son empleadas para violar disposiciones de Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH) y/o Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH).

Entre 1995 y 1997, un grupo de laureados de los Premios Nobel promovió la iniciativa de un acuerdo internacional en materia de comercio de armas. Hacia 2003, tres organizaciones no gubernamentales de renombre formaron una coalición destinada a lograr el apoyo de los gobiernos en el eventual instrumento a adoptarse.⁴⁶⁰ Recién en 2006 la AGNU acogió la iniciativa de implementar un tratado que regulara el comercio de armas convencionales⁴⁶¹ y, en 2007, estableció un grupo de expertos gubernamentales a fin de examinar su factibilidad, ámbito y parámetros de aplicación. En este sentido, la primera conferencia de negociación del TCA se reunió en 2012, con el propósito de alcanzar un consenso, cuyo intento resultó infructuoso. Finalmente, la segunda reunión, celebrada en Marzo de 2013, logró acordar el texto final del tratado; que fue adoptado por la AGNU en Abril de 2013 y entró en vigor a fines de Diciembre de 2014.

459 Resolución A/RES/67/234 (B), aprobada por la Asamblea General el 02/04/2013.

460 Amnistía Internacional, International Action Network on Small Arms (IANSA) y OXFAM.

461 Resolución A/RES/61/89, aprobada por la Asamblea General el 06/12/2006.

Con 130 Estados signatarios y 85 Estados partes,⁴⁶² puede decirse que el convenio encontró una recepción favorable por la comunidad internacional. A nivel regional, el continente asiático exhibe, en proporción, el menor nivel de adherencia; seguido por África; y, en orden ascendente, la región de Latinoamérica y el Caribe, luego Europa oriental; siendo la zona de Europa occidental y otros Estados⁴⁶³ aquella que indica el mayor porcentaje de Estados partes y signatarios. No obstante, cabe destacar que entre los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, sólo el Reino Unido y Francia lo ratificaron, en tanto Estados Unidos lo firmó pero no lo ha ratificado; y, por su parte, China y Rusia ni siquiera lo han firmado. Dichas circunstancias deben ser especialmente consideradas, a la luz de que estos Estados acaparan alrededor de la mitad del comercio global total de armas.⁴⁶⁴

El objeto del tratado, conforme lo estipula su artículo primero, consiste en el establecimiento de normativa internacional estricta, a fin de lograr la regulación más adecuada en el comercio internacional de armas convencionales; procurando además la prevención y eliminación del tráfico ilícito y desvío de éstas, con el propósito de contribuir a la paz, seguridad y estabilidad regional e internacional, reducir el sufrimiento humano y promover la cooperación, transparencia y responsabilidad estatal en el desarrollo de la mencionada actividad comercial. Lo enunciado resulta el contenido mínimo de obligaciones que deben verificar aquellos Estados signatarios que no han ratificado el instrumento.⁴⁶⁵

En cuanto a la similitud con la materia regulada, el TCA halla sus principales antecedentes en determinados instrumentos universales y regionales, algunos de ellos con carácter *soft law*. Por una parte, se encuentra el Protocolo de la Organización de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.⁴⁶⁶ Además, sin perjuicio de su carácter no vinculante, existe el Programa de Acción de las Naciones Unidas para prevenir, combatir y erradicar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos, del año 2001. A nivel regional, cabe mencionar la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados,⁴⁶⁷ del cual Estados Unidos fue sólo signatario. Asimismo, en Agosto de 2011 vio la luz la Convención de África Central para el control de las armas

462 A la fecha del 04/09/2017.

463 Entre los que se encuentran Estados Unidos, Israel, Australia, Nueva Zelanda, Turquía y Chipre, entre otros.

464 Amnistía Internacional, “Los ‘cinco grandes’ en las negociaciones del Tratado sobre Comercio de Armas”, Información para los Medios de Comunicación, 30/01/2013 (disponible en <https://www.amnesty.org/en/documents/act30/017/2013/es>; consultado en fecha 04/09/2017).

465 Cf. Artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscripta el 23/05/1969 y entrada en vigor el 27/01/1980 (en adelante, CDV).

466 Resolución A/RES/55/255, aprobada por la Asamblea General el 08/06//2001. La entrada en vigor del instrumento ocurrió en fecha 03/06/2005.

467 Adoptada en el 24º Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de los Estados Americanos, celebrada el 14/11/1997; cuya entrada en vigor fue en fecha 01/07/1998.

pequeñas y las armas ligeras, sus municiones y todas las piezas y componentes que puedan servir para su fabricación, reparación y ensamblaje.

Más allá de las diferencias técnicas y relativas al contenido de las obligaciones contenidas en los instrumentos precitados – que no serán objeto del presente trabajo –, lo expuesto permite afirmar que existía cierto grado de voluntad, por parte de la comunidad internacional, de coordinar esfuerzos destinados a atender la problemática del comercio de armas. En ese sentido, el TCA, trajo además como novedad la incorporación, en una norma de derecho internacional, de la innegable relación entre el tráfico de armas y su impacto en el DIH y DIDH.

1. Contenido del Tratado

El TCA se aplica primordialmente a armas convencionales sentando, para su definición, un principio de interpretación amplia. De acuerdo al Art. 5.3: “se alienta a cada Estado parte a que aplique lo dispuesto en el presente Tratado a la mayor variedad posible de armas convencionales”. Sin embargo el ámbito de aplicación del tratado se encuentra subsumido a las categorías determinadas en el Art. 2, excluyendo las armas convencionales de última tecnología, aquellas que puedan desarrollarse en el futuro y otros nuevos medios de combate. A los fines de establecer un “contenido mínimo” de aplicación el Art. 5.3 establece que: “las definiciones nacionales...no abarcarán menos que las descripciones utilizadas en el Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas”.

Respecto a las armas pequeñas y armas ligeras, incluidas en el Art. 2.1.h, se establece como estándar mínimo de interpretación: “las descripciones utilizadas en los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas”. Respecto a este punto la doctrina ha interpretado que el TCA se refiere particularmente a dos instrumentos, el Protocolo sobre Armas de Fuego (2001) y el Instrumento Internacional de Rastreo de Armas Pequeñas y Ligeras o ITI (2005).⁴⁶⁸ Sin embargo estos dos tratados tienen acercamientos diferentes a la visión de armas pequeñas o ligeras, mientras que el protocolo utiliza una definición amplia que se enfoca en el procedimiento de disparo (el método de propulsión del proyectil),⁴⁶⁹ el ITI utiliza una definición basada en la letalidad del arma y categorías enunciativas de armas pequeñas y de armas ligeras.⁴⁷⁰ En este sentido el Protocolo incluirá armas menos letales que no son cubiertas por el ITI. Algunos autores consideran que las discrepancias entre los diferentes instrumentos podrían perjudicar el sistema internacional de comercio de armas, ya

468 Ver, por ejemplo, CASEY-MASLEN & GIACCA & VESTNER (2013: 19-20).

469 Art. 3.a: “Por “arma de fuego” se entenderá toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas”.

470 Art. 4: “A los efectos del presente instrumento, por “armas pequeñas y ligeras” se entenderá toda arma portátil y letal que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas pequeñas y ligeras antiguas o sus réplicas”.

que los diferentes niveles de compromiso podrían hacer que los Estados utilicen la interpretación más conveniente a sus intereses en el caso concreto.⁴⁷¹

El TCA incorpora las municiones y los componentes de las armas como parte del sistema nacional de control que cada Estado debe instaurar (Arts. 3 y 4). Estos sistemas tienen como fundamento establecer un mecanismo de control para determinar prohibiciones a operaciones de transferencia (Art. 6). Estas prohibiciones incluyen violaciones a medidas ordenadas por el Consejo de Seguridad o la prohibición de realizar transferencias que puedan ser utilizadas para violar el DIH o el DIDH, entre otras. En este sentido todos los Estados deben crear un registro de exportaciones/importaciones como otra herramienta de control (Art. 12). El tratado no incluye regalos, préstamos u otros tipos de asistencia, lo cual ha sido visto por ciertos especialistas como un punto débil del instrumento que podría ser utilizado para evadir el sistema de control.⁴⁷²

Por su parte el Art. 13.3 establece como obligación a los Estados Parte la presentación anual de informes anuales a la Secretaría de aplicación del tratado. Esta obligación implica que los Estados tendrán acceso a la información de sus pares, sin embargo dichos informes no han sido presentados por todos los Estados.⁴⁷³ En las 3 conferencias celebradas por los Estados hasta el momento no surgen constancias claras de como el tratado está siendo implementado. La convención permite que los Estados excluyan información comercialmente sensible o datos relativos a la seguridad nacional (Art. 13.3), lo cual puede desnaturalizar la naturaleza de esta obligación. —

El tratado también prevé un sistema inclusivo de todos los Estados en los cuales se realicen actividades de transbordo y/o corretaje de este tipo de armas, teniendo estos la obligación de realizar los controles pertinentes (Arts. 9 y 10). La obligación de prevenir el desvío de estas armas incluye a todos los actores de la cadena. Sin embargo el instrumento coloca la mayoría de las cargas en el Estado exportador. Sin embargo el instrumento no estipula ningún tipo de sanción por incumplimientos.

El TCA fue recibido con agrado por el CICR, que participo en los trabajos preparatorios, quien considera que debería incluirse a todas las armas convencionales sin distinción.⁴⁷⁴ En este sentido el CICR considera que la obligación de respetar y hacer respetar el DIH, contenida en el artículo 1 común a las cuatro convenciones de Ginebra, incluye las transferencias de armamento.⁴⁷⁵

Aunque muchas organizaciones de la sociedad civil han hablado a favor de la existencia de este acuerdo,⁴⁷⁶ otras organizaciones y especialistas han recibido el tratado con cautela. Muchos consideran que el tratado será inefectivo para controlar

471 KYTOMAKI (2015: 18).

472 WATT (2013).

473 Ver resumen en AMNESTY INTERNATIONAL (2017).

474 ICRC (2013).

475 ICRC (2015).

476 Ver, por ejemplo, The International Arms Trade Treaty: A Win-Win for the Defense Industry, Center for International Trade and Security, University of Georgia, EEUU, 2013.

el comercio internacional de armas o creo un sistema vinculante mucho más permisivo que el establecido en tratados anteriores, como el Protocolo de Armas de Fuego.⁴⁷⁷ Amnistía Internacional recibió con satisfacción la creación de un acuerdo que pusiera un límite a las transferencias de armas que son utilizadas para violar el DIH o el DIDH.⁴⁷⁸ Sin embargo esta organización ha advertido numerosos casos de Estados Parte que continúan transmitiendo armas/componentes/municiones a otros Estados con notorias y conocidas violaciones a los derechos humanos.⁴⁷⁹

2. Aportes y cuestionamientos al TCA desde el DIH

Habiendo detallado el contenido del tratado, el objetivo de esta instancia es evaluar, a criterio de los coautores sus mayores deudas pendientes; para concluir que si bien lo consideramos un aporte al Derecho Internacional Humanitario, se trata de uno tibio.

Como ya fuera explicado, el artículo 7 de este instrumento legal resulta su núcleo duro. El tratado hace mención a que los Estados, de acuerdo a su régimen nacional de exportaciones, serán los únicos encargados de evaluar el riesgo que puede conllevar o no una exportación de armas, sin ningún control posterior que devenga directamente de la implementación de este instrumento. Para efectuar esta decisión, la letra del tratado habla de tomar en cuenta los “factores pertinentes” a los fines de determinar si las armas serán utilizadas para cometer una serie de violaciones a normas internacionales de las que nos ocuparemos más adelante.

Ahora bien, a la hora de saber qué factores son los que el Estado debería tomar en cuenta, el tratado es silencioso; dejando este significativo factor a exclusivo criterio de cada Estado exportador. Esto implica, que cada Estado parte tendrá un régimen distinto de control de exportaciones de acuerdo a su legislación nacional -que podrá ser más o menos flexible- Ello, sumado a que serán ellos mismos quienes decidan qué factores resultan relevantes para tomar una decisión acerca de la conveniencia de la transacción; resulta en que los criterios a adoptar serán diferentes dependiendo de qué actor se trate. A su vez, una idéntica exportación podría eventualmente ser permitida o prohibida al mismo Estado importador, sin ningún parámetro objetivo en común.

En adición a lo antedicho, este tipo de decisiones no tendrá ningún contralor a nivel internacional estipulado por el tratado o autoridad reconocida, sino que dependerá exclusivamente del criterio de los Estados; criterio que además siempre podrá ser justificado haciendo referencia a una decisión fundada en factores

477 Ver “The Arms Trade Treaty: A historic and momentous failure”, *Ceasefire*, 29/04/2013. Ver también *Arms Trade Treaty, Campaign Against Arms Trade* (Disponible en: <https://www.caat.org.uk/issues/att>, Consultado el 28/09/2017). “What Happened to the Arms Trade Treaty?”, *Foreign Policy in Focus*, 18/09/2017.

478 Arms Control, Amnesty International: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/arms-control/>

479 Ver UN (2016). Ver también AMNESTY INTERNATIONAL (2017).

cuidadosamente elegidos por el exportador y valorados -subjetivamente- por éste.

Teniendo lo anterior en cuenta y advirtiendo esta falencia, el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR) ha hecho una serie de recomendaciones en lo relativo a los factores, indicadores o documentos que un Estado debería considerar al momento de autorizar o no una transacción; a la luz del TCA y en miras a su objetivo humanitario. Entre las fuentes recomendadas, se incluyen los *records* de violaciones presentes y pasadas al DIH y DIDH de los Estados; así como también medidas que puedan haber tomado al respecto, tratados firmados en relación y cómo estos fueron o no incorporados a su legislación interna, entre otros.⁴⁸⁰ Por supuesto que estas recomendaciones son simplemente eso: sugerencias. En definitiva, los Estados podrán decidir si tomarlas o no.

En todo caso, si lo hicieran, cabría preguntarse cuáles son las fuentes de las que extraerían esta información; puede pensarse en pronunciamientos de tribunales internacionales, informes de distintos órganos de Naciones Unidas, análisis efectuados por Organizaciones No Gubernamentales especializadas en la materia, entre otros. Incluso, podrían requerir este tipo de información del mismo Estado receptor, lo cual está específicamente previsto en el TCA. Debe tenerse siempre presente, que se trata de dos Estados que *quieren* concretar la transacción, por lo que dicho propósito guiará indudablemente la selección de fuentes.

Como última observación respecto del relevamiento de antecedentes del Estado receptor, cabe aclarar que el tratado no especifica un límite temporal; esto es: no es posible identificar cuán atrás en el tiempo tendría que abarcar el análisis del riesgo. Con ello surgen interrogantes tales como: ¿Es posible autorizar una transacción a un Estado que recientemente ha firmado un alto al fuego? ¿Y si este acuerdo fue firmado hace 5 años? ¿Qué tan factible sería transferir armas a un Estado con seria inestabilidad política y amenazas a la democracia constantes, aunque no se hayan producido hasta la fecha violaciones significativas al DIH o DIDH?

En relación a los factores que determinarían suspender, o no autorizar una transacción, al artículo refiere a cometer o facilitar la comisión de una grave violación al derecho internacional humanitario o al derecho internacional de los derechos humanos, entre otras. Respecto de las primeras, no suscitan demasiadas controversias, puesto que existe consenso internacional sobre qué pueden considerarse graves violaciones al DIH.⁴⁸¹

Por el contrario, las graves violaciones a los derechos humanos no han sido definidas como tales, hasta el momento, en ningún instrumento internacional. El CICR ha sugerido que se trata de casos de detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, uso excesivo de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes, violaciones y violencia sexual, etc.⁴⁸² Si

480 CICR (2017: 37); CICR (2016).

481 Ver los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, Arts. 50, 51, 130 y 147, respectivamente. Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra (1977), artículos 11 y 85.

482 CICR (2017: 35).

bien a simple vista pareciera que el Comité se refiere a violaciones de derechos civiles y políticos, también ha sido entendido que podría tratarse de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo: destrucción de propiedades como violación grave al derecho a la vivienda).⁴⁸³

En adición a lo expuesto, cabe decir que se han suscitado discusiones en torno al umbral que debe superar una violación al DIDH para considerarse grave. En este sentido, en opinión de los suscriptos, aquél previsto en el TCA resulta bajo, por cuanto no se exige que sean generalizadas o sistemáticas. Específicamente, el uso del singular *-grave violación-* implica que no debe probarse un contexto generalizado de violaciones sino simplemente la posibilidad de que sólo una ocurra en el futuro próximo.⁴⁸⁴

Todo lo anterior nuevamente implica que no existe un único parámetro objetivo para determinar si una situación sería o no una grave violación a los derechos humanos, dejando este análisis esencial a criterio de los Estados y su legislación interna. Cabría hacer la salvedad de que, por su carácter imperativo, sería imposible que un Estado sostuviera que una violación a una norma de *ius cogens* como la prohibición de la tortura- no resulta una grave violación al DIDH.

Por otro lado, resulta importante destacar, que como fuera explicado anteriormente, el TCA no detalla las fuentes de dónde los Estados exportadores pueden obtener la información necesaria para tomar la decisión de autorizar o no una transacción. Por lo tanto, cabe plantearse hasta qué punto podría llegar la investigación que realiza ese Estado sobre lo que estaría sucediendo en otro, sin que ello implique transgredir la norma que prohíbe interferir en los asuntos internos de los Estados. Evidentemente, debería limitarse a la información que sea de público conocimiento y accesible para la comunidad internacional en general, sumada a la que el Estado importador esté dispuesto a proporcionar.

De todas maneras, resulta necesario destacar dos avances del tratado, considerando su objetivo humanitario. Por un lado, el Estado exportador deberá evaluar no solamente la posibilidad de que las armas sean usadas para *cometer* una violación al DIH o al DIDH sino también para *facilitar* su comisión. De este modo, se reduce el umbral, ya que a pesar de que las violaciones pueden no ser cometidas con las armas vendidas, éstas podrían constituir ser el medio que facilite su comisión. Asimismo debe evaluarse el *potencial* de que las armas *podrían utilizarse* para cometer estas violaciones, por lo que pareciera ser que el riesgo no necesariamente debe ser cierto o inmediato sino simplemente posible. Por otro lado, es loable la incorporación de la temática de género a este tratado, por cuanto los Estados deberán evaluar el riesgo de que las armas transferidas puedan ser usadas para cometer “actos graves de violencia por motivos de género o actos graves de violencia contra las mujeres y los niños” (Art. 7, inc. 4); reconociendo de esta manera la importancia de erradicar la violencia de género y destacando también el papel que este tipo de violencia -en

483 KARIMOVA (2014: 6).

484 KARIMOVA (2014: 6-7).

particular la sexual- juega hoy en día en los conflictos contemporáneos.⁴⁸⁵

A su vez, incluso en el caso de que fuera evidente el riesgo de transferir armas a un determinado Estado, el tratado le concede al exportador una última opción para aun así autorizar la transacción: las medidas para mitigar el riesgo (Art. 7, inc. 2). El TCA nombra posibilidades como “(...) medidas de fomento de la confianza o programas elaborados y acordados conjuntamente por los Estados exportador e importador (...)”, aunque no detalla mayores precisiones al respecto. Entonces, cabe cuestionarse qué medidas -incluyendo un acuerdo- pueden llegar a ser realmente efectivas, para aplicar en el territorio de un Estado en que existe el potencial de que las armas sean usadas para cometer o facilitar la comisión de graves violaciones al DIH o al DIDH. Al intentar elaborar una respuesta para este interrogante, el CICR ha considerado que estas medidas deberían tomarse con atención a los fines de que resulten realistas para mitigar el riesgo; sugiriendo por ejemplo, el entrenamiento, a cargo del Estado exportador, de las fuerzas armadas y de seguridad del importador.⁴⁸⁶ También, han sugerido otras medidas, como certificados que avalen que el Estado importador no exportará las armas a otros actores o Estados sin el consentimiento del Estado exportador.⁴⁸⁷

Desde la perspectiva de estos autores, esta posibilidad deja abierta la puerta para que un Estado pueda justificar como válida casi cualquier importación, siendo que -nuevamente- no existirá ningún contralor sobre estas medidas, más allá de la buena fe de los Estados involucrados.

Por último, una vez que el Estado evalúe tanto el potencial de violaciones al derecho internacional, como así también las posibles medidas para mitigar el riesgo, debe decidir si existe riesgo *preponderante* de que se produzcan esas consecuencias negativas. Entonces, cabe interrogarse sobre el significado del término “preponderante”, que no se encuentra definido ni en el tratado, ni en otro instrumento de derecho internacional. Al recurrir a las declaraciones interpretativas que realizaron ciertos Estados al ratificar el tratado, se verifica la existencia de discrepancias acerca del significado del término. Por ejemplo, Nueva Zelanda lo ha interpretado como riesgo claro o sustancial, mientras que Suiza y Lichtenstein declararon que, en su perspectiva, el riesgo es preponderante cuando las consecuencias negativas de los potenciales hechos son más propensas a materializarse que a no hacerlo. En consecuencia, nos encontramos nuevamente con una falta de criterio uniforme para la interpretación del tratado, que podría tener como consecuencia su aplicación flexible, en mayor o menor medida, dependiendo del Estado que se trate.

Resulta además curioso cuestionarse cuáles serían las consecuencias de que un Estado parte de los Convenios de Ginebra -y por ende bajo la obligación, de respetar y hacer respetar el DIH, conforme el artículo 1 común- decida no transferir armas a otros Estados porque, estima que existe un riesgo preponderante de que

485 IRRC (2015).

486 CICR (2017: 38).

487 CASEY-MASLEN, GIACCA & VESTNER (2013: 29).

allí se comentan violaciones de DIH o DIDH, a partir de la información de que ha podido recabar. Si estas fueran sospechas fundadas, ¿estaría bajo la obligación de reportarlo o de tomar alguna otra medida? De la letra del tratado no surge ninguna indicación sobre cómo accionar, más allá de rechazar la transferencia de armas. En este sentido, debe soslayarse que se trata de un tratado sobre comercio de armas, no sobre protección de las personas afectadas por los conflictos armados u otras situaciones de violencia.

A nivel general, cabe añadir dos críticas al instrumento. En primer lugar, la constante reiteración en su articulado (particularmente en los artículos: 5, 7, 8, 10, 11, 12 y 15) de que la implementación del tratado se hará de conformidad con las leyes nacionales de cada Estado, atenta una vez más contra el propósito de crear parámetros objetivos comunes para el comercio internacionales de armas. Ello, en atención a que las leyes nacionales naturalmente difieren según cada Estado; por consiguiente los procedimientos de comercio establecidos por ellos, también. En segundo término, no fue hallada en el tratado ninguna referencia a la transferencia de armas hacia actores no estatales;⁴⁸⁸ por lo que únicamente ha sido regulando el comercio de armas entre Estados.

3. Conclusiones

Como se ha expuesto, las ventajas de contar con un instrumento de derecho internacional que regule el comercio de armas convencionales, resultan indiscutibles. El TCA es el resultado de un arduo proceso de negociaciones, que ha permitido demostrar que el equilibrio entre intereses aparentemente contrapuestos es posible. En tal sentido, logró establecer con éxito ciertas obligaciones de los Estados, respecto de las calamidades que el comercio no regulado de armas convenciones puede tener cuando estas son empleadas para cometer violaciones al DIH y al DIDH, sin desatender las ventajas económicas propias de un negocio de esta magnitud.

Sin embargo, los argumentos vertidos a lo largo del presente trabajo también permiten inferir la existencia de ciertas debilidades en cuanto al contenido de las obligaciones contraídas, el modo de implementación del tratado y el empleo de ciertos términos; todo lo cual sugiere que la norma no ha sido del todo clara, facultando de este modo a los Estados a adoptar aquella interpretación que resulte más favorable a sus intereses.

En particular, la ausencia de ciertas armas, el silencio sobre transferencia a grupos armados no estatales, la vaguedad de conceptos tales como riesgo preponderante y medidas para mitigarlo y la falta de indicadores a los que recurrir a fin de determinar la factibilidad del empleo de las armas para cometer violaciones al DIH y DIDH; representan factores que estimulan la crítica sobre las genuinas contribuciones del TCA a la ley de los conflictos armados y la protección de los derechos humanos.

488 Sobre esta discusión ver: HOLTOM (2012).

Por lo tanto, el verdadero éxito del tratado depende de la uniformidad en que sea ejecutado. Cabría esperar que las debilidades señaladas para el DIH se vean opacadas por la interpretación de buena fe y de acuerdo al sentido corriente de los términos,⁴⁸⁹ que hagan los Estados del convenio, sin perjuicio de que sus disposiciones y la amplitud de la terminología no aseguran irremediablemente que ello ocurra. No obstante, debe quedar claro que el TCA no es un tratado de DIH. Si bien contiene provisiones tendientes a asegurar su respeto y se propone objetivos relativos al *ius in bello*, ello no lo equipara a provisiones contenidas en las Convenciones de Ginebra, por lo que no debe requerírsele a la norma más de lo que pretende regular.

De cualquier manera, es necesario resaltar que este instrumento es un piso, que alienta a los Estados en su preámbulo a elevar los estándares y, de acuerdo a su artículo 15.1, a cooperar entre sí para implementarlo efectivamente.

4. Bibliografía

Bibliografía crítica (secundaria)

CASEY-MASLEN & GIACCA & VESTNER (2013) *The Arms Trade Treaty*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Academic Briefing N° 3, Ginebra.

CICR (2017) *El tratado sobre el comercio de armas desde una perspectiva humanitaria*.

CICR (2016) *Decisiones relativas a la transferencia de armas. Aplicación de criterios basados en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional de los derechos humanos*, Guía Práctica, 2ª edición-

CICR (2017) *El tratado sobre el comercio de armas desde una perspectiva humanitaria*.

HOLTOM, P. (2012) “Prohibiting Arms Transfers to Non-State Actors and the Arms Trade Treaty”, *Stockholm International Peace Research Institute*.

INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS (2015) *Sexual Violence in Armed Conflict*, Nro. 894.

KARIMOVA, T. (2014) *What amounts to ‘a serious violation of international human rights law? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Geneva.

KYTOMAKI, E. (2015) *The Arms Trade Treaty’s Interaction with Other Related Agreements*, Chatham House, Londres.

WATT, F. (2013) “Arms Trade Treaty: Will it Really be Effective?”, en *Mondial*.

489 Cf. Artículo 31.1 de la CDV.

Los ataques informáticos y el principio de distinción

AXEL MONSECH PAEZ

Universidad de Buenos Aires

En el último tiempo la informática, los sistemas de redes y en particular la internet han tomado un rol cada vez más relevante en la vida diaria. Dichos avances tecnológicos, como es bien sabido, son usados para la coordinación, ejecución, control y en diferentes aspectos tanto de sistemas civiles como militares.

A ellos se les agrega que, la aparición de internet como vínculo y acceso a diferentes sistemas y computadoras a lo largo del globo -a más de su masificación- terminaron por convertir al ciberespacio en un nuevo espacio de conflicto debido a su trascendencia estratégica. Su uso militar probablemente existió desde primera hora pero, el mismo, como objetivo de potenciales ataques no cinéticos, es relativamente más reciente. Asimismo, los ataques a través de medios electrónicos son también recientes y generan una nueva gama de interrogantes dentro de este nuevo campo, en donde se suman, además, las interacciones con los puntos del derecho internacional humanitario general y más clásico. Por lo cual, la introducción del plano cibernético trajo aparejado el rol de este como objetivo y como plataforma de ataque.

Sin embargo, como suele suceder con los nuevos campos, estos se encuentran ajenos a regulación expresa del marco jurídico, lo que nos lleva a aplicar, en subsidio, las normas generales del derecho humanitario.

Con ello, las normas de derecho humanitario debieron ser interpretadas por la doctrina jurídica a fin de lograr que su aplicación sea posible en el campo que nos reúne. Es así que esta se ha dedicado, desde que se vislumbró la posibilidad de conflictos en este espacio, a interpretar como sería su relación con el derecho humanitario.

A pesar de dicho tratamiento doctrinal, nos surgieron algunos interrogantes que, más allá de las posibles articulaciones que podrían formularse desde el DIH “clásico” –enfocado en la guerra convencional- hacen sugerir que estos inconvenientes podrían superar dichas normas, tornando su aplicación en este campo mucho más compleja.

En consecuencia, con las limitaciones de este trabajo, queremos introducir y dejar planteados ciertos interrogantes respecto del principio de distinción y las diferentes dificultades que surgen de intentar su aplicación en el campo cibernético.

1. DIFICULTADES EN EL CAMPO DEL DERECHO HUMANITARIO Y LOS ATAQUES CIBERNÉTICOS

Las acciones militares informáticas, como anticipamos en la introducción, no han sido objeto de una reglamentación particular en el marco del DIH. Aun así, existen intentos no normativos, como el Manual de Tallin -realizado a pedido de la OTAN-, que buscaron dar una potencial respuesta a todo a lo que concierne a la guerra informática.

Habiendo hecho esta salvedad, no podemos olvidar –como anticipamos- que la doctrina ha intentado dar respuesta acerca de cómo las normas convencionales del DIH se aplicarían a los conflictos informáticos. DROEGE trabaja en gran extensión dicha problemática.⁴⁹⁰ El mentado autor plantea la posibilidad de que, dichos supuestos, son alcanzados por las normativas y principios generales del DIH. Entiende, en tal sentido, que los principios de distinción, proporcionalidad y precaución son aplicables a los conflictos cibernéticos, pero plantea sendos problemas en su implementación.

Así, pueden hallarse ciertas dificultades para aplicar el principio de distinción, ya que hay una alta integración entre redes y equipos militares y civiles, tornándose difícil, muchas veces, el dirigir un ataque específicamente a los primeros sin afectar, siquiera colateralmente, a los civiles. También dicho entrecruzamiento llevará a que, muchas veces, se pueda considerar que existe una excepción respecto del equipo civil, por ser éste usado para fines militares –piénsese, verbigracia, en servidores civiles donde se almacena información militar-.

La proporcionalidad también es compleja en este tipo de conflictos. Ello debido a que será espinoso evaluar un ataque cibernético y sus consecuencias, llevando a lógicas dificultades para considerar que tipo de acciones se verían autorizadas. A modo de ejemplo, podemos cuestionarnos si un ataque de bots,⁴⁹¹ usando computadoras civiles –sin conocimiento de los civiles dueños de estas, lógicamente-, podría ameritar un contraataque con un malware que inutilice a estas de manera definitiva, para evitar un daño que podría valorarse como superior; o si hay algún otro modo de lograr igual objetivo.

Posiblemente no estemos yendo más allá de algunos cuestionamientos que se producen en el derecho humanitario “clásico”, pero si entendemos que la gran integración entre medios civiles y militares en el mundo cibernético, a más del anonimato y difícil rastreo y determinación del origen de las acciones emprendidas, ponen en gran riesgo la aplicación del principio de distinción.

Podemos entonces identificar, en el parámetro breve y limitado de este trabajo, al menos ciertos caracteres del espacio cibernético que provocan dificultades en este aspecto:

1. Anonimato. Es difícil determinar al autor real de un ataque, a ello se agrega que el autor tiene múltiples medios para ocultar su

490 DROEGE (2012).

491 THONNARD ET al. (2010).

autoría y dificultar el rastreo del origen del ataque. Aun identificando la computadora de origen no se puede tener por cierta la identidad física del autor.

2. Integración. Como anticipamos, existe una gran integración de infraestructura y redes civiles y militares. Las últimas suelen contratar mayormente infraestructura civil para su funcionamiento.

3. Plano espacial. Relacionado con los puntos anteriores, surge este punto tal vez medular en el asunto. El anonimato y la integración global –y difícil diferenciación entre lo civil y lo militar- traen aparejado que se desdibujen las líneas físicas de límites del conflicto. Así, por ejemplo, puede suceder un conflicto hipotético entre dos Estados vecinos, donde uno lleve a cabo un ciberataque, utilizando para ello servidores civiles, cuya ubicación física es en un tercer Estado neutral y las conexiones de empresas privadas de, también, terceros Estados. El contraataque o neutralización del ataque puede implicar, iguales inclusiones.

2. SUJETOS PARTICIPANTES Y PRINCIPIO DE DISTINCIÓN⁴⁹²

La distinción tradicional entre civiles y militares siempre fue matizada con ciertos grises. Entre estos, y el que nos importa al caso, contamos con la quita de protección a los civiles que participen en las hostilidades.⁴⁹³ Dicha excepción goza, a su vez, de una excepción para el caso en que la participación no sea voluntaria, sino obligada por parte de una de las partes.

En tales casos se presenta una disyuntiva. Es que, dado que como bien sabemos no existe la reciprocidad en el derecho humanitario, se produce el inconveniente de cómo la parte que se ve afectada por el uso indebido de civiles en el conflicto puede socavar la ventaja de la contraria, violadora del derecho humanitario. Se presentan diferentes opciones. Bien puede cometer una violación grave –atacando a los civiles⁴⁹⁴ en su persona o los bienes de estas- o, sin el extremo, utilizar medios no letales para evitar un daño mayor a estos –es decir, resguardar a las personas aunque se afecten los bienes civiles que se usan para atacar, de forma que no implique su destrucción total-. También, según el caso, puede plantearse una alternativa táctica que le permita evitar

492 Existe un estudio interesante por parte de Brenner y Clarke, quienes, dando por sentado el uso de civiles en conflictos informáticos, sugieren una alternativa para su reclutamiento y utilización en los conflictos –más allá de la “nacionalización” o “conscripción”. Es dable mencionar que estos autores consideran per se inaplicable el principio de distinción en estos conflictos. BRENNER & CLARKE (2010).

493 En tal sentido y para más profundidad nos remitimos a Crawford, quien realiza un análisis de la participación directa en las hostilidades y la guerra cibernética. CRAWFORD (2013).

494 Situación que encontramos hartamente reprochable, ya que difícilmente haya ventaja militar que justifique esto, a más que siempre pueden plantearse alternativas que no impliquen este extremo.

a estos y eliminar la ventaja militar del enemigo.

Si estos parámetros presentan cuestionamientos y dudas en un escenario tradicional, la situación se agrava en el campo en que nos ubicamos.

En lo ataques cibernéticos, para conocerse el origen del ataque y atribuir el mismo,⁴⁹⁵ hay pocos instrumentos. Entre estos, se puede rastrear el origen de la señal. En caso de que pudiera rastrearse el origen, podríamos aplicar de manera medianamente sencilla el derecho humanitario. Se diferenciará, entonces, si es o no combatiente. En caso de no serlo, se deberá, además, establecer el carácter de la participación –voluntaria o no- para poder determinar si el civil involucrado goza o no de la protección que le es debida o si renunció a esta. Aun así, siempre se encontrará subyacente el principio de proporcionalidad, por lo cual, el contraataque a la fuente del ataque deberá tener siempre este parámetro como límite.

Pero, sin embargo, el atacante goza de numerosas formas de redireccionar su ataque a través de múltiples direcciones para evitar ser rastreado –o para tornar prácticamente imposible dicha tarea-. Se torna entonces complejo determinar el origen, y por tanto, el carácter militar o no del atacante. Así, el anonimato de la red cobra su protagonismo. El mismo se resguarda además por el hecho de que, identificar al autor material (la persona que operó el equipo en cuestión en la realidad), puede resultar una tarea completamente imposible.

Correlacionado, no puede obviarse mencionar que los ataques que impliquen colapso de redes o sean ataques masivos muchas veces implican, como mencionamos con anterioridad, la utilización de bots. Estos últimos son –dicho de manera simplificada- computadoras de particulares que, infectadas con algún malware en particular, sin conocimiento de sus propietarios, son controladas remotamente. Así, quien infiltró el malware puede utilizarlas en conjunto para derrumbar las comunicaciones de una dependencia estatales o las comunicaciones de todo un país,⁴⁹⁶ entre otros usos.

Nos encontramos, así, que el principio de distinción se encuentra más en jaque de lo que podría pensarse y, por consiguiente, se torna compleja la respuesta -y los límites de esta- que podría operarse contra aquella operación.

Tendrá, por demás, una gravitación especial en el tipo de respuesta y la protección según el carácter del ataque.⁴⁹⁷ En consecuencia, no será igual un ataque cibernético apuntado a derrumbar las comunicaciones,⁴⁹⁸ otro dirigido a proteger las comunicaciones propias, que otro que pueda causar una explosión de instalaciones civiles o de un reactor nuclear,⁴⁹⁹ como otro que implique robo de información –y

495 SCHMITT & VIHUL (2014); CARR (2014).

496 Ver, por ejemplo, el ataque que sufrió Estonia en abril de 2007. WEISSBRODT (2013).

497 La actividad puede ser defensiva u ofensiva. Para ver en profundidad: LIN (2012).

498 Ver el ataque a Estonia en 2007, IBÍDEM.

499 Ver el caso del virus Stuxnet y la afectación de las centrífugas del reactor nuclear iraní. Ibídem.

A su vez, ver las notas periodísticas de la British Broadcast Company (BBC Mundo): “La preocupante vulnerabilidad de las centrales nucleares a los ataques informáticos” del 8 de octubre de 2015 (http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007_centrales_nucleares_ataques_ciber_jm,

por ello, espionaje⁵⁰⁰-.

3. INFRAESTRUCTURA CIVIL Y MILITAR⁵⁰¹

Relacionado con el problema del acápite anterior, surge la dificultad presentada por la gran integración de redes militares y civiles. Es que, en última instancia, muchas redes militares tienen su soporte físico en infraestructura de servidores civiles. Además, y como anticipamos antes, la infraestructura civil puede ser usada como arma o, en su defecto, ser el objeto mismo del ataque, a fin de afectar la capacidad del Estado.⁵⁰²

El principal problema para operar el principio de distinción en estos casos viene aparejado de la dificultad de operar un ataque sin afectar elementos civiles al mismo tiempo que los militares. Consecuentemente, si bien puede muchas veces ser factible realizar un ataque que no genere o disminuya al mínimo los daños colaterales a civiles, no por ello se torna más sencillo distinguir entre lo civil y lo militar, para poder centrar el ataque en este último.

A lo expresado se agrega el rol crucial que tendrá el tipo de ataque. Así, una caída de sistema (DOS – Denial of sistem) podrá tener un efecto menor en términos físicos-cinéticos, aunque afecte gravemente las comunicaciones, el mercado y la vida diaria. Esto será así ya, que si bien puede darse un golpe a un sitio web en particular, puede que el nivel de ataque implique interrumpir las comunicaciones del enemigo de forma total y es en tal caso cuando, dada la integración de la red, la interrupción afectará a los civiles.

En virtud de ello podría afirmarse que, un ataque dirigido a la destrucción de información militar o robo de información tendrá, en potencia, menos efectos sobre los civiles. Esto debido a que, si bien puede la información estar en servidores civiles, puede que la información de estos no se vea afectada, como lo sería en caso de que se destruyeran estos por un ataque convencional.

Sin embargo, si se puede generar un daño indebido con un ataque, por ejemplo, a plantas de agua, gas o energía eléctrica que, por afectar a la provisión militar, afecten a los civiles o cualquier ataque que, en principio cibernético, tenga consecuencias físicas. Un ejemplo sería –y yendo al extremo– un virus que afecte el software de

último acceso: 8 de octubre de 2015) y “Virus infecta planta nuclear iraní” del 2010 de septiembre de 26 (http://www.bbc.com/mundo/internacional/2010/09/100926_virus_stuxnet_iran_planta_nuclear_aw.shtml, último acceso: 8 de octubre de 2015).

500 Ver el caso del virus “Flame”, descubierto por Rusia en mayo de 2012. *IBÍDEM*.

501 Existe un trabajo muy interesante por parte de Talbot Jensen, quién analiza la integración de infraestructura –entre otros aspectos, ya que colateralmente toca otros temas aquí propuestos-. En dicho escrito, el autor da especial énfasis al principio de distinción, con el de proporcionalidad en subsidio, a fines de explicar el deber del Estado de proteger a los civiles bajo su control. A su vez, explica el caso estadounidense en particular, con recomendaciones y críticas a éste. JENSEN (2010).

502 BERNHARDS BLUMBERGS (2014).

lanzamiento de misiles, o de operación de ciertas armas, que lleven a su detonación prematura de forma tal que pueda afectar a los civiles. También se da el caso de afectación de software de plantas de gas –que pudieran provocar una explosión-, de represas –fallando, por ejemplo, el sistema de cierre de las compuertas- o de centrales nucleares –afectando los sistemas de enfriamiento del núcleo-.

4. FRONTERAS, CIBERATAQUES Y DISTINCIÓN

El último inconveniente que traemos a colación tiene que ver con el grave inconveniente que se provoca cuando se unen el anonimato y la integración de infraestructura, ya que, en consecuencia de estos, un ataque informático para ser efectivo puede que, en última instancia, termine provocando efectos sobre elementos (civiles o no) de otro Estado.

Dicha circunstancia, más allá de provocar eventos⁵⁰³ con Estados neutrales,⁵⁰⁴ implica que se puede afectar, en potencia, a población civil de dichos Estados, en dichos Estados. Así, se presenta una nueva complicación, ya que, si bien los civiles de terceros Estados gozan en el DIH de la protección del Estado donde se encontraban, la situación se vuelve compleja cuando se hallan en territorio de su propio Estado y sufren daños producto de acciones llevadas a cabo en el marco de un conflicto armado entre otros Estados y del cual, el Estado en el que habitan, resulta neutral. En dicho caso cobra relevancia la aplicación del *ius ad bellum* y la posibilidad de que dicho acto alcance el umbral para ser considerado una agresión o no.

No olvidemos, por otro lado, que aquí cobra especial importancia el lugar de donde parte el hecho y el lugar donde tiene sus consecuencias. Así, un ataque que afecte servidores en un Estado beligerante –y no en un tercer Estado- puede igualmente repercutir en estos últimos si parte de los sistemas del Estado no beligerante –sean civiles o militares- tenían su soporte en servidores físicos en uno de los Estados en conflicto. A ello se agrega que el hecho de prestar servicios o contratar los servicios de servidores –muchas veces privados- a uno de los beligerantes, y no necesariamente para redes militares, difícilmente pueda considerarse una colaboración en el conflicto que rompa la neutralidad.

503 Utilizamos el término eventos ya que es debatido si un ataque cibernético tiene el mismo carácter que un ataque convencional a los fines del *ius ad bellum*.

504 El análisis acerca del *ius ad bellum* en estos casos es interesante. Para profundizar nos remitimos a: LIN (2012); CHECK (2015); DROEGE (2012); MCGHEE (2013).

5. ¿EXISTE UNA SOLUCIÓN?

Se han esbozado múltiples planteos a lo interrogantes que hemos planteado, con mayor o menor profundidad, aunque todo lo escrito a la fecha es (al igual que este trabajo) un acercamiento preliminar, ya que la práctica y experiencia dan limitados ejemplos. Esto puede deberse no tanto a lo reciente de la tecnología, sino a la dificultad por parte de los Estados para determinar el origen de un ataque. Además, muchos de estos se producen entre Estados que se encuentran en paz o, a pesar de llevarse a cabo, no se toma conocimiento del mismo o de sus consecuencias. En consonancia con esto último, es posible tomar información del enemigo sin que este tome conocimiento de dicha circunstancia.

Por lo cual, gran parte del planteo permanece todavía en un estadio embrionario y teórico. Sin embargo, han existido algunos casos que se consideran habitualmente por la doctrina para ejemplificar estos supuestos teóricos, aunque en ninguno se presentó una situación de conflicto armado entre los Estado involucrados y la trascendencia para estos, al menos públicamente, no llevó aparejado un contraataque, una acusación a otro Estado en particular y, mucho menos, alguna declaración que permita apreciar las miradas de los Estados en el derecho humanitario enfocado en lo informático.

Algunas respuestas fueron intentadas por el Manual de Tallin.⁵⁰⁵ Este esbozo para los países de la OTAN, realizado por expertos, procuro dar algunas soluciones a diferentes casos e interrogantes que suscitaban los ciberataques.

También parte de la doctrina ha intentado dar respuestas a los diferentes interrogantes que se han generado. Sin embargo, sigue existiendo un vacío normativo, ya que, si bien las normas generales y principios del derecho internacional humanitario son aplicables a los conflictos cibernéticos, dichas reglas presentan lagunas y dudas que no hayan muchas veces una respuesta clara a pesar de los esfuerzos de los doctrinarios.

Si bien entonces podría surgir la codificación como una posible respuesta, no es menos cierto que ésta sólo se produce mucho tiempo después de surgidos los fenómenos y, en general, en la forma de cristalización de la costumbre existente. En ese sentido, SCHMITT Y VIHUL agregan algunas consideraciones que compartimos.⁵⁰⁶ Dichos autores sostienen, además, que los Estados son reacios a codificar una nueva tecnología hasta no estar seguros del alcance de esta. Así, estos prefieren el marco de libertad hasta tanto, luego del devenir, puedan tener un grado de certeza de las ventajas, desventajas o de los elementos que se deberían prohibir o limitar, sin menguar de sobremanera sus capacidades. También agregan un problema crucial en esta materia. Es que, en última instancia, muchos incidentes que podrían catalogarse como ataques informáticos nunca toman estado público o, si lo hacen, jamás se conoce con certeza su alcance, carácter y/o autor. Se torna, entonces, más dificultoso el poder reunir

505 INTERNATIONAL GROUP OF EXPERTS AT THE INVITATION OF THE NATO COOPERATIVE CYBER DEFENSE CENTRE OF EXCELLENCE (2013).

506 SCHMITT & VIHUL (2014).

una cantidad de casos suficiente para poder tener por existente una costumbre internacional. A dicha dificultad le agregan que, aun cuando se exteriorizase, sería complejo determinar cuándo esta voluntad se debería a una creencia de existencia de una norma –opinio juris- o cuándo sería con otros motivos –como principios morales o cuestiones políticas-.

Por ello, dejan en claro que, aun cuando aplicables las normas del derecho internacional público a los casos de guerra cibernética, la posibilidad de reglamentación de esta o de aparición de una costumbre resulta difícil. A ello podemos agregar que, por las dificultades que antes describimos, aun teniendo una normativa específica, su aplicación tendrá una complejidad elevada.

6. CONCLUSIÓN

Si bien está fuera de discusión la aplicación de los principios y la normativa del derecho internacional humanitario a las acciones cibernéticas –o ciberataques-, con las obvias adaptaciones que se requieren, dicha solución no resulta completa al momento de valorar diferentes supuestos que podrían presentarse producto de los especiales caracteres de este tipo de operaciones. Así, independientemente del deber de aplicar los principios en pos de proteger a los civiles, no es menos cierto que existen lo grises –como la participación de civiles en las hostilidades- que, con las vicisitudes de estas operaciones, tornan de compleja aplicación el principio de distinción en cuestión.

Habrán, entonces, al menos tres ejes que traen complicaciones a la aplicación del principio: el anonimato, el entrelazamiento de infraestructura y la relatividad de las fronteras. Todos estos traen dificultades para identificar al autor del ataque y el lugar de origen. A su vez, limitan las posibilidades de contraataque, ya que se torna dificultoso dirigir una acción que no afecte a los civiles y sus instalaciones. Con ello, se limita a quien dirija una acción de este tipo a no atacar de manera directa a civiles y a limitar al máximo los efectos colaterales sobre estos. Dichos efectos abarcan tanto las comunicaciones y la información como la provisión de servicios y consecuencias cinéticas que pueda tener un ataque informático. Por último, también se presentan dificultades por el riesgo cierto de la localización geográfica del soporte físico, debido a que estos pueden tener sitio en terceros Estados ajenos al conflicto, los cuales no necesariamente son colaboradores de algún beligerante por ello.

A dichos inconvenientes se agrega el hecho que, en última instancia, una de las salidas posibles se encuentra bloqueada. Es que, como se explicó, la posibilidad de la codificación de estos problemas y las reglas de las operaciones cibernéticas se encuentra por ahora distante. A dicha dificultad se agrega que, para peores, la posibilidad de encontrar y probar una costumbre también resulta compleja. Aun así, ambas soluciones normativas pueden no ser suficientes, dado las complejidades de

hecho que presentan las acciones cibernéticas en los aspectos antes descriptos.

En consecuencia, se deberá aguardar el avance de la doctrina, de los casos que se presenten y de los avances en la ciencia de la computación, para ver si estos óbices encuentran una solución.

7. BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía crítica (secundaria)

- BERNHARDS BLUMBERGS (2014) “Technical analysis of advanced threat tactics targeting critical information infrastructure”. Disponible en: <https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/2014-Technical%20Analysis%20of%20Advanced%20Threat%20Tactics%20Targeting%20Critical%20Information%20Infrastructure.pdf> [Último acceso: 10 septiembre 2015].
- BRENNER, S. W. & CLARKE, L. L. (2010) “Civilians in cyberwarfare: conscripts”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, pp. 1012-1067.
- BRITISH BROADCAST COMPANY (BBC) (2015) *La preocupante vulnerabilidad de las centrales nucleares a los ataques informáticos*. Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007_centrales_nucleares_ataques_ciber_jm [Último acceso: 8 octubre 2015].
- BRITISH BROADCAST COMPANY (BBC), 26. *Virus infecta planta nuclear iraní*. Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/internacional/2010/09/100926_virus_stuxnet_iran_planta_nuclear_aw.shtml [Último acceso: 8 octubre 2015].
- CARR, J. (2014) *Responsible attribution: prerequisite for accountability*. Disponible en: <https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/Tallinn%20Paper%20No%20%206%20Carr.pdf> [Último acceso: 5 septiembre 2015].
- CHECK, T. (2015) “Analyzing the effectiveness of the Tallin Manual’s jus ad bellum doctrine on cyberconflict, a NATO-centric approach”, en *Cleveland State Law Review*, Vol. 63, pp. 495-513.
- CRAWFORD, E. (2013) “Virtual battlegrounds: direct participation in cyber warfare”, en *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 9, pp. 1-19.
- DELUCA, C. D. (2013) “The need for international laws of war to include cyber attacks involving state and non-state actors”, en *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 3, N° 9, pp. 278-315.
- DROEGE, C. (2012) “Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 886, pp. 533-578.

- INTERNATIONAL GROUP OF EXPERTS AT THE INVITATION OF THE NATO COOPERATIVE CYBER DEFENSE CENTRE OF EXCELLENCE (2013) *Tallin manual on the international law applicable to cyber warfare*. Disponible en: http://issuu.com/nato_ccd_coe/docs/tallinmanual[Último acceso: 9 septiembre 2015].
- JENSEN, E. T. (2010) “Cyber warfare and precautions against the effects of attacks”, en *Texas Law Review*, Vol. 89, pp. 512-535.
- LIN, H. (2012) “Cyber conflict and international humanitarian law”, en *International Review of the red Cross*, Vol. 94, n° 886, pp. 515-531.
- LI, S. (2013) “When does internet denial trigger the right of armed self-defense?”, en *Yale Journal of International Law*, Vol. 38, pp. 179-216.
- MCGHEE, J. E. (2013) “Cyber redux: the Schmitt analysis, Tallin manual and US cyber policy”, en *Journal of Law & Cyber Warfare*, Vol. 2, pp. 64-103.
- MELZER, N. (2010) *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internaciona humanitario*. Ginebra.
- PIHELGAS, M. (2015) *Mitigating Risks arising from False-Flag and No-Flag Cyber Attacks*. Disponible en: <https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/False-flag%20and%20no-flag%20-%2020052015.pdf>[Último acceso: 2015 septiembre 11].
- SCHMITT, M. N. & VIHUL, L. (2014) “Proxy Wars in Cyberspace: The Evolving International Law of Attribution”, en *Fletcher Security Review*, Vol. I, n° 2, pp. 54-73.
- SCHMITT, M. N. & VIHUL, L. (2014) *The nature of international law cyber norms*. Disponible en: <https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/Tallinn%20Paper%20No%20%205%20Schmitt%20and%20Vihul.pdf>[Último acceso: 9 septiembre 2015].
- THONNARD, O., MEES, W. & MARC, D. (2010) *Behavioral Analysis of Zombie Armies*. Disponible en: <https://ccdcoe.org/multimedia/virtual-battlefield-perspectives-cyber-warfare-proceedings-2009.html>[Último acceso: 2015 septiembre 9].
- WEISSBRODT, D. (2013) “Cyber-conflict, cyber-crime, and cyber-espionage”, en *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 22, pp. 347-387.
- ZEGVELD, F. K. A. L. (2001) *Constraints on the waging of war - an introduction to international humanitarian law*. Ginebra.

Nuevas realidades, nuevas normas: pensar la ausencia del DIH en torno a los desplazados ambientales

MARÍA SOL MÁRQUEZ

Universidad de Buenos Aires

ROMINA SARMIENTO

Universidad de Buenos Aires

Este trabajo parte del supuesto de que las categorías de desplazados ambientales, refugiados y desplazados climáticos, no pueden utilizarse como sinónimos. A lo largo del presente buscaremos diferenciar estos conceptos entre sí, en virtud de las causas y los efectos que motivan dichos desplazamientos.

Luego de la Primera Guerra Mundial, se hicieron notorios los desplazamientos poblacionales en ocasión de los conflictos armados. Parafraseando a Hathaway, al finalizar la primera guerra mundial se aceleraron las caídas de imperios y la fragmentación de Estados, lo que generó que sean más pequeños y más homogéneos. Esta pérdida de pluralidad provocó la huida de millones de personas hacia otros Estados.⁵⁰⁷ A partir de allí, comenzó un recorrido que ha buscado tutelar estas circunstancias de desplazamientos, en su mayoría forzosos. El comienzo de esta tutela estuvo enmarcada en la Sociedad de Naciones, bajo la forma de acuerdos específicos, orientados a la tutelas de nacionalidades específicas.

La Segunda Guerra Mundial generó un nuevo flujo de desplazados, reforzando la necesidad de una convención internacional que regulaba esta situación. Es por ello que finalizada la misma en el año 1951, los Estados firman la Convención sobre el Estatuto de Refugiados. Sin embargo, no se conceptualizó el término, sino que hubo una descripción de una condición, que remitía a hechos concretos. El artículo 1° prescribe las circunstancias de aplicación del estatus de refugiados y sus causas de exclusión, sin dar definición alguna y enumerando determinados requisitos para establecer su aplicabilidad:

Definición del término “refugiado”

A. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo

507 HATHAWAY (2005: 81-91).

del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

B. 1) A los fines de la presente Convención, las palabras “acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951”, que figuran el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como:

a) “Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa”, o como

b) “Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar”; y cada Estado Contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión, con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención.

2) Todo Estado Contratante que haya adoptado la fórmula a podrá en cualquier momento extender sus obligaciones, mediante la adopción de la fórmula b por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. (...).⁵⁰⁸

No pasó mucho tiempo para los Estados se dieran cuenta de que el ámbito de aplicabilidad era acotado, y que el estatus de refugiado no podría circunscribirse solamente a determinados acontecimientos históricos. Es por ello que en 1967, se firma el Protocolo sobre el estatuto de Refugiados, que intenta subsanar esta limitación:

2. *A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término “refugiado” denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y...” y las palabras “... a consecuencia de tales acontecimientos”, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.*⁵⁰⁹

No solo se amplía en este sentido el universo de personas comprendidas, sino que al derogar estas prescripciones circunstanciales de tiempo y espacio, el protocolo mencionado permite esbozar un concepto de Refugiado. Entonces podemos decir, en primer lugar, que más que un concepto, se trata de un estatus que puede ser adquirido por distintas personas que cumplan con los requisitos descritos en el artículo 1.A.2. de la Convención, dejando de lado los acontecimientos históricos específicos:

*(...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (...)*⁵¹⁰

Esta supresión mencionada se corresponde directamente con las nuevas realidades que comenzaron a suscitarse en la Segunda Guerra Mundial, durante la Guerra Fría y los distintos conflictos armados que posteriormente fueron librándose a causa de sus efectos y de los iniciados en nombre de “*la paz y seguridad internacional*”. Además estos conflictos trajeron aparejados diversos efectos, entre los cuales se encuentran la modificación, alteración y/o contaminación del medio ambiente, imposibilitando o dificultando el desarrollo de la vida.

En la actualidad las migraciones tienen diversas causales, las cuales permiten clasificarlas. Podemos entonces decir que el término migración es genérico y que algunas de las especies comprendidas por el mismo son: refugiados, desplazados ambientales y desplazados climáticos.

No obstante, los motivos y factores que influyen directamente en las nuevas solicitudes de asilo, nos exigen distinguir las causales que motivan los desplazamientos. Ello debido a nuevas situaciones extremas, que requieren asistencia urgente, las cuales generan confusión en la opinión pública debido a lo que consideramos implícito en la normativa internacional.

1. Migración, desplazamientos y causales

509 Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados (1967).

510 Convención del Estatuto de Refugiados (1951).

Ya no existe un único motivo por el cual desplazarse;⁵¹¹ no es posible continuar creando categorías cerradas, que requieran la firma de nuevos convenios internacionales para afianzar la tutela efectiva del Derecho Internacional Humanitario (DIH):

*Las pautas migratorias modernas hacen que sea cada vez más difícil distinguir entre los diversos grupos en movimiento. Los flujos de población no son homogéneos, sino que tienen una naturaleza compuesta, mixta. Las causas inmediatas del desplazamiento forzoso pueden identificarse como violaciones graves de los derechos humanos o como conflictos armados. Sin embargo, dichas causas a menudo coinciden parcialmente con la pobreza y la marginación económica, la degradación medioambiental, la presión demográfica o la mala política del gobierno, problemas que acaso también las provoquen o agraven.*⁵¹²

Podemos observar cómo el debate actual pone el acento en la característica humanitaria de estas situaciones, yendo más allá del estatus que se le puede o debe atribuir a las distintas personas que migran, en virtud de las causas que las han motivado a hacerlo. Es por ello que los distintos organismos ocupados de estos movimientos poblacionales han creado distintas normativas, declaraciones y principios a fin de dar una respuesta adecuada a cada caso específico. No obstante, sea cual fuere la distinción que realicemos, debemos analizarlo como una categoría dentro del género migración -por ejemplo: de trabajador migrante, refugiado, desplazado climático, entre otros- una especie dentro del género migrante.

Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) el fenómeno migratorio consiste en:

*El¹³ Movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos.*⁵¹⁴

Vemos como la OIM al definir la migración indica que comprende a “todo movimiento de personas” dentro o fuera de un Estado que se trasladan por cualquier causa. Esto refuerza nuestra la idea de pensar a la migración como género que comprende distintas especies.

Debido al propósito del presente trabajo sólo nos centraremos en los desplazados ambientales, para lo cual debemos primeramente definir el término

511 Según la ONU(s/a), se considera migrante a: “«alguien que ha residido en un país extranjero durante más de un año independientemente de las causas de su traslado, voluntario o involuntario, o de los medios utilizados, legales u otros». Ahora bien, el uso común incluye ciertos tipos de migrantes a más corto plazo, como los trabajadores agrícolas de temporada que se desplazan por períodos breves para trabajar en la siembra o la recolección de productos agrícolas.”

512 ACNUR (2006).

513 “El” es Agregado personal.

514 OIM (2006).

desplazados: “Traslado forzoso de una persona de su hogar o país debido, por lo general, a conflictos armados o desastres naturales.”⁵¹⁵ Entonces para calificar como desplazados se debe cumplir con el requisito de “traslado forzoso”, mientras que para ser migrante no es un requisito indispensable. A su vez los desplazamientos son clasificados según las causas que los motivan: conflictos armados, situación de violencia generalizada, violación de los derechos humanos, desastres naturales o problemas económicos, entre otros. A su vez estas categorías descriptas han de distinguirse de la que exige el estatus de refugiado:

*(...)temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país(...).*⁵¹⁶

Frente a estos requisitos podemos observar que los individuos que califican como refugiados, no necesariamente provienen de un Estado que se encuentre en conflicto armado. Lo determinante según el ACNUR es que un individuo o grupo de ellos abandone su Estado por “fundados temores de ser perseguida”.⁵¹⁷ Entonces las demás razones que un individuo tenga para dejarlo no encuadran en el estatus de refugiado.

Todas las categorías descriptas tienen distintos tipos de protección, brindadas por distintos organismos, según la especificidad de las causas que motivan su migración. Es notable cómo estos fueron atravesados por el fenómeno de la migración: trabajadores migrantes (OIT), tráfico de personas migrantes (UNODP), servicios de salud y migrantes (UNDC), entre otros. Es por ello que debemos pensar que esta es una cuestión transversal. Al respecto el ACNUR sostuvo que: “*La protección es un tema transversal en el que se deberían involucrar y que deberían promover todos los arriba mencionados (...)*”⁵¹⁸ (refiriéndose a personal de derechos humanos y protección, sino también a los trabajadores humanitarios y de cooperación al desarrollo en general). Esta cuestión, adquiere diversos matices, según el colectivo que analicemos. Por ello, debemos pensar qué sucede con aquellas personas que aun no están incluidas en ninguna de las previsiones jurídicas y necesitan un tratamiento especial en virtud de su vulnerabilidad. Pero, ¿cuál es la importancia de diferenciar y tutelar los diversos movimientos migratorios?

El principal problema que viene a tratar de resolver es la multiplicidad de trato de los Estados para con los migrantes (entendiéndolo como género que comprende a todas las categorías). Darles la potestad absoluta para decidir según la política migratoria de cada uno de ellos puede implicar la violación del DIH y Derechos Humanos (DDHH), a causa de la diversa interpretación. Por ello, se ha vuelto necesario crear estándares internacionales –en un sentido de equiparación de

515 OIM (2006).

516 Convención sobre el Estatuto de Refugiados (1951).

517 ACNUR (1992).

518 ACNUR (2010).

derechos de los colectivos más vulnerables-. Los diversos Tratados internacionales deben ser redactados con una flexibilidad que permita traspasar lo temporal, para no llegar tarde a las nuevas problemáticas.

2. Nuevas realidades: desplazados ambientales

Consecuentemente con lo que venimos desarrollando, la categoría “desplazado ambiental” es una categoría de migrantes. El ACNUR indica que estas personas que se desplazan por motivos ambientales, pueden categorizarse o diferenciarse, según las causas: de carácter natural (catástrofes), o de origen humano o generadas por el hombre (antropogénicas). A su vez, es imperioso distinguir, dentro de las últimas, aquellas ocasionadas por la negligencia del hombre, del Estado y de las empresas, de las ocasionadas por las consecuencias de la guerra. Si bien el IV Convenio de Ginebra dedica un capítulo entero a la “*protección de los efectos de la guerra*”, no refiere a los efectos de la guerra en el medio ambiente y su incidencia en la población. No obstante, su Protocolo adicional- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos armados internacionales- tutela dicha circunstancia:

Artículo 35 — normas fundamentales (...)

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

Artículo 55 — Protección del medio ambiente natural

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

2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.⁵¹⁹

El protocolo mencionado prohíbe expresamente los daños al medio ambiente natural e incluye a modo de protección la prohibición de métodos y medios que comprometan la salud y supervivencia de la población a través del daño al ambiente natural. Si analizamos este tipo de acciones y consecuencias, podríamos encuadrarlas en las causas antropogénicas -según la clasificación de ACNUR- toda vez que se trata de acciones del hombre. Entonces este tipo de desplazamientos ocasionados por los

519 Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos armados internacionales (1977).

efectos de la guerra y producidos por el hombre distingue a estos contingentes de desplazados de otros.

Si pensamos concretamente en los individuos que revisten la calidad de refugiados y que la persecución que generó su temor de persecución es acompañado de conflictos armados (internacionales o internos), deberíamos pensar en una protección especial, que se prolongue cuando se haya finalizado la persecución en su estado natal o de residencia. Esta propuesta tiene sus bases en los efectos ambientales desfavorables para el desarrollo de la vida humana ocasionado por estos conflictos armados.

Los conflictos armados y sus efectos son diversos, y es necesario tener en cuenta la afectación al medio ambiente y el desarrollo de la vida humana. Esto genera la necesidad de indagar si determinados desplazamientos que son endilgados a cuestiones ambientales, en realidad son atribuibles a la contaminación y afectación del medio ambiente por los efectos de los conflictos armados y no estamos en la circunstancia de la necesidad de la prolongación o creación de una protección que recaiga sobre quienes han sido refugiados y si bien no existen amenazas de persecución en el Estado, el desarrollo de la vida no es posible a causa de los efectos de dichas persecuciones.

Si bien no es comparable el temor a causa de persecuciones concretas y la falta o imposibilidad de ayuda del propio Estado hacia el ciudadano, no se le puede restar importancia a aquellos ciudadanos que luego de una persecución se encuentran con su medio ambiente contaminado, infértil hasta incluso minados.

Muchas veces los Estados no toman conciencia de la tutela de estos grupos vulnerables, fragmentándose la correspondencia entre la aplicación y respeto del orden internacional del Derecho Internacional Humanitario.

La elaboración de normas específicas ha permitido reforzar la protección de dichos grupos, y es fundamental garantizar y consolidar la aplicación del régimen de protección de los refugiados, la protección de las víctimas de la trata, los derechos de los trabajadores migratorios y otros regímenes similares, en razón de la situación particular de estos grupos de personas. No obstante, cabe recordar asimismo que, de ponerse en práctica de manera descoordinada y sin tener en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a todas las personas, tal fragmentación o compartimentación de las distintas categorías de migrantes podría ser contraproducente a los fines de garantizar los derechos humanos de todos los migrantes.⁵²⁰

Por ello es de fundamental relevancia tutelar a estos colectivos desde el ámbito internacional. El diálogo entre los distintos Estados, actualmente colisiona con los nacionalismos exacerbados presentes en algunos de ellos y los “temores” de sus ciudadanos, se genera rechazo por aquellos que han migrado (por ejemplo: cuestiones económicas, laborales o de seguridad nacional). Si bien no es parte de este trabajo,

refuerza la idea de proteger especialmente a quienes han sido refugiados a causa de un conflicto armado y no pueden restablecer su vida en él o quienes sin haberse acogido al estatus de refugiado sufren las mismas consecuencias producidas por ellos.

Al respecto podemos evaluar como una alternativa a la falta de protección internacional, la opción de recurrir a obtener la ciudadanía del Estado –estatus jurídico de ciudadano- al cual se ha migrado para poder alcanzar los derechos subjetivos en la mayoría de los casos, lo cual frente a la diversidad de las políticas migratorias, y la posibilidad fáctica de poder cumplir con los mismos deriva en un detrimento del trato y consideración de los Derechos Humanos (DDHH) de estos grupos vulnerables.

A pesar de ello, el ACNUR realiza una ardua tarea redactando manuales, directrices y cajas de herramientas⁵²¹ orientadas a que los Estados elaboren políticas inclusivas, integradoras y protectoras de los Derechos Humanos para los distintos grupos de desplazados, pero en este caso concreto, existe un estatus jurídico atribuible: el de refugiado. Algunos de los casos que encuadrarían en lo que manifestamos⁵²² son los conflictos de: Sudán del Sur, Afganistán y Siria.

Al margen de que los desplazados ambientales pueden migrar dentro o fuera de su propio Estado, la decisión tomada luego de verse afectados por algún desastre ambiental en el Estado de residencia es tomada como última opción –por el costo social, cultural y económico que esto conlleva-. Es por ello que consideramos que las condiciones en las que se produce este desplazamiento motivado por los efectos de los conflictos armados, es de especial gravosidad y precisa una tutela que prolongue sus efectos de protección o establecer una tutela especial.

Es cierto que los conflictos armados no tienen por objetivo la destrucción del medio ambiente, sino que sus acciones se dirigen a objetivos específicos, combatientes y lamentablemente también grupos poblacionales específicos. Pero dado que ya no existe un campo de batalla delimitado sumado a la intensidad de estos conflictos y sus acciones se torna inevitable que sus consecuencias afecten al entorno produciendo impactos ambientales extremadamente graves. Al respecto García Condrón (2017) indica que:

Las situaciones de conflicto favorecen el aumento de desastres causados por incendios, mareas negras, contaminación radiactiva, inundaciones, esparcimiento de sustancias tóxicas u otras razones ya que la sociedad se vuelve más vulnerable y los riesgos se agudizan pero, también, porque estos desastres se multiplican como consecuencias “colaterales” de los

521 Algunos de los instrumentos mencionados son: Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina (2004), Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano (2010), Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe (1999), Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas (1994), Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. (1984).

522 Individuos que más allá de su condición de refugiados, en algún momento retornaran a un Estado devastado con muchas dificultades para poder desarrollar la vida humana en condiciones dignas.

*ataques o, incluso, son provocados de forma voluntaria con el objetivo de debilitar al bando opuesto.*⁵²³

En ocasiones quienes se han resistido a acogerse al estatus de refugiado, finalizada la persecución, sufren los efectos adversos del daño al medio ambiente en el que residen y deben a posteriori huir del mismo, dándose una “especie de solicitud de refugio tardío” o la migración sin posibilidad de petición de asilo (salvo que se atiende a una nueva protección especial).

*Aunque se reconozca que el fenómeno migratorio en general es multi-causal, ello no quita que se puedan establecer diferencias entre el migrante “tradicional”, “migrante por motivos ambientales” y el migrante “socio habitacional”. El primero representa a quien históricamente y por un conjunto de causas (económicas, laborales, políticas) se va hacia otro país a buscar lo que el país de origen no le puede dar, en tanto el migrante por motivos ambientales, tiene “la urgencia de irse porque es víctima de una catástrofe ambiental o una “situación de riesgo inminente” producto de una situación ambiental extrema.*⁵²⁴

Por ello es necesario que los Estados tomen conciencia de la situación de riesgo (causa) de la cual huyen los desplazados ambientales, quienes deciden entre migrar o morir. En la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes,⁵²⁵ se buscó avanzar en principios unificadores para todos aquellos que pertenecieran a un movimiento migratorio:

*7. Los grandes movimientos de refugiados y migrantes tienen ramificaciones políticas, económicas, sociales y humanitarias y para el desarrollo y los derechos humanos que traspasan todas las fronteras. Se trata de fenómenos mundiales que exigen enfoques y soluciones mundiales. Ningún Estado puede por sí solo gestionar esos desplazamientos. Los países vecinos o los de tránsito, en su mayoría países en desarrollo, son afectados de manera desproporcionada y, en muchos casos, su capacidad se ha visto seriamente desbordada, lo que afecta la cohesión social y económica y el desarrollo propios. Además, las crisis de refugiados prolongadas se han vuelto habituales y tienen repercusiones a largo plazo para los propios afectados y para los países y las comunidades que los acogen. Se necesita una mayor cooperación internacional para ayudar a los países y las comunidades de acogida.*⁵²⁶

El Protocolo sobre la Convención sobre el Estatuto de los Refugiado se refiere a la creación de un estatus jurídico que claramente busca proteger a los individuos de

523 CODRÓN (2017).

524 Organización Internacional para las Migraciones (2017).

525 A/RES/71/1. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016 de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

526 Declaración de New York (2016).

los efectos de la guerra, toda vez que en el preámbulo del protocolo indica:

*(...) Considerando que han surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada y que hay la posibilidad, por consiguiente, de que los refugiados interesados no queden comprendidos en el ámbito de la Convención, Considerando conveniente que gocen de igual estatuto todos los refugiados comprendidos en la definición de la Convención, independientemente de la fecha límite de 1.º de enero de 1951(...).*⁵²⁷

No obstante, ni en el Convenio de Refugiados, ni en el Protocolo del Convenio se hace alusión expresa a los conflictos armados, aunque los hechos a los que aluden, están directamente relacionados con las causas y efectos de ellos.

Más allá del ámbito Universal de protección de los refugiados, existen diversos instrumentos regionales que buscan sortear las lagunas mencionadas,⁵²⁸ como la Declaración de Cartagena⁵²⁹ y Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África⁵³⁰ que amplía el concepto de refugiado para que puedan acogerse más individuos. Estas circunstancias han sido receptadas por Informe del Secretario General⁵³¹ (ONU) con una acogida positiva.

527 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967).

528 La falta de tutela especial, prolongación u otorgamiento del estatus de refugiado a los desplazados ambientales a causa de conflictos armados en los cuales dichas personas eran víctimas de persecuciones por los motivos enunciados en el Convenio de Refugiados y Protocolo del Convenio.

529 Declaración de Cartagena (OEA): “Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”

530 Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África de 1969, en el artículo 1,inc 2 (nota al pie con el artículo 1 inc. 2: El término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el. orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.

531 A/70/59 del 21 de abril 2016: “(...) En el artículo 1 de la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se Regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, de 1969, se incorpora a las personas comprendidas en dicha definición, que se hace extensiva a las personas que huyen de sus países a causa de una agresión, una ocupación o una dominación extranjera, o acontecimientos que perturben gravemente el orden público. De forma similar, en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, la definición se amplía para dar

3. Conclusiones

El presente trabajo nos permitió ver que la problemática planteada respecto de los desplazados ambientales por causa de los conflictos armados puede ser analizada desde tres aristas distintas: normativa, práctica y de opinión pública. Aquí sólo hemos analizado la arista normativa, a la luz de las situaciones actuales que motivan la solicitud de refugio luego de finalizada la persecución, pero ocasionada⁵³² por los efectos de la misma.

Los nuevos conflictos armados y las consecuencias que los mismos generan, perpetúan los efectos nocivos en el medio ambiente y coadyuva a reproducirlos afectando negativamente a la población. Por ello es necesario, hacer aun más explícito los alcances del estatus de refugiado, para evitar una fragmentación del derecho y del mismo estatus, en virtud de las interpretaciones estatales.

Las soluciones que vemos viables para proteger a estos colectivos, podrían ser por un lado: realizar una evaluación de las causas de la migración que determine si estas mismas personas en un tiempo inmediatamente anterior hubieran podido encuadrar en el estatus de refugiado,⁵³³ la otra solución podría consistir en crear una categoría especial que proteja a estas personas, que se adecue a los nuevos conflictos armados y a sus consecuencias- que se prolongan en el tiempo-. Esto puede contribuir a la tutela efectiva de distintos grupos de desplazados ambientales,⁵³⁴ que se desplazan por factores atribuibles a los efectos de los conflictos armados. Toda vez que esto es nocivo para la población, y son circunstancias que se suceden luego de la finalización de los conflictos armados, a veces no son más que parte de los efectos buscados en algunas de las contiendas, que tienen por objeto la limpieza racial, a xenofobia y las formas conexas de intolerancia.

Por lo expuesto, creemos que los colectivos mencionados son especialmente vulnerables y que necesitan o bien una protección especial que extienda sus efectos hasta la posibilidad de retorno efectiva en condiciones aptas para el desarrollo de la vida humana; o bien la prolongación del estatus de refugiado sobre las personas afectadas con imposibilidad de retorno a causa de la afectación de su medio ambiente.

4. Bibliografía

cabida a un conjunto más amplio de beneficiarios en América Latina, a saber, las personas que huyen de sus países porque su “vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

532 Es decir que las consecuencias de la persecución derivan en la alteración y contaminación del medio ambiente, el cual es contaminado o destruido.

533 Si podían pedirlo y no lo hicieron, prolongándose sobre ellos los efectos de una persecución que ha finalizado pero se perpetúa en el medio ambiente.

534 (nota al pie por causa de los efectos de los conflictos armados que generaban temores de persecución).

Fuentes primarias

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1950) Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1951) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1967) Declaración sobre el Asilo Territorial.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1967) Protocolo Sobre El Estatuto De Los Refugiados.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1984) Declaración de Cartagena sobre los Refugiados.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1994) Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas Con Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1999) Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2003) Directrices sobre protección internacional: La “alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2004) Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2006) *La situación de los refugiados en el mundo*. Barcelona.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2010) Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2011) Manual y Directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado.

AGENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2016) Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. (2006a) *La situación de los refugiados en el mundo: desplazamientos humanos en el nuevo milenio*. Icaria editorial. Recuperado el 10 de

Agosto de 2017 en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23673.pdf>

MERCADO COMÚN DEL SUR, enlace oficial: <http://www.mercosur.int/>

ORGANIZACIÓN AFRICANA, enlace oficial: <https://au.int/>

ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD AFRICANA (1969) Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Recuperado el 23 de octubre de 2017 en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac934b2>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1951) Acta final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas. Recuperado el 10 de Agosto de 2017 en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac926d2>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2001) Conferencia de Durban.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2009) A/RES/63/225: Migración internacional y desarrollo.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2010) A/RES/64/162: Protección y asistencia para los desplazados internos.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2013) Mejoramiento De La Gobernanza Basada En Los Derechos Humanos De La Migración Internacional. Recuperado en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporsPt.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, enlace oficial: <http://www.un.org/es/index.html>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2017) Recuperado en: <http://repository.oim.org.co/bitstream/handle/20.500.11788/1879/ROBUE-OIM%20028.PDF;jsessionid=DF324A1FA0173D736419E0A3B57C0979?sequence=1>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2017) Migraciones ambiente y cambio climático. Estudios de Caso en América del Sur. Cuadernos Migratorios N° 8. Agosto 2017. Recuperado en: https://documentop.com/migraciones-ambiente-y-cambio-climaticopdf-oficina-regional-de_5a163e3d1723dd93afb5fed50.html

UNIÓN EUROPEA, enlace oficial: http://ec.europa.eu/immigration/instancias-y-funciones/mas-informacion/explicar-las-normas-por-que-hay-normas-de-la-ue-y-normas-nacionales_es

Bibliografía crítica (secundaria)

GARCÍA CONDRÓN J.C. (2017) Curso de Biogeografía. Unidad 8.5 Universidad de Cantabria recuperado el 20 de agosto de 2017 en <https://ocw.unican.es/mod/page/view.php?id=979>

GUTIÉRREZ POSSE, H. (2014) *Elementos de derecho internacional humanitario*. Argentina.

HATHAWAY, J. C. (2005) *The rights of refugees under international law*. Cambridge.

SALMÓN E. (2012) *Introducción al Derecho internacional humanitario*. Comité Internacional de la Cruz Roja.

Prevención de conflictos y construcción diplomática de comunidades emotivas transfronterizas en la Grecia helenística⁵³⁵

EMILIANO J. BUIS

*Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires / Universidad de Buenos Aires /
Universidad de San Andrés / CONICET*

Podemos coincidir con BANDES cuando, abriendo un terreno inhóspito para los juristas a fines del siglo pasado, sostenía que el derecho está impregnado de emociones.⁵³⁶ Si bien ella pensaba en la lógica tribunalicia del derecho penal, en que los litigantes apelaban al sustrato emotivo para provocar simpatías o rechazos en el jurado, lo cierto es que esa conclusión puede fácilmente extenderse a otros ámbitos jurídicos. Me he ocupado ya en otra ocasión de mostrar que el derecho internacional también recurre con frecuencia al plano de los sentimientos, y en particular el marco de los conflictos armados —que coloca al ser humano en una situación de evidente vulnerabilidad— es susceptible de ser examinado, en su regulación, a partir de una clave subjetiva.⁵³⁷ La compasión, la solidaridad y el humanitarismo han sido, pues, los pilares para comprender el actual *ius in bello*, que entonces se alza como un *corpus* normativo destinado a contrarrestar emociones como el odio o el miedo o percepciones como el dolor. En el llamado *ius post bellum*, por cierto, también el sustrato emotivo parece aflorar: frente a la comisión de actos considerados intolerables por una comunidad (nacional o internacional), la venganza o la paz social se consolidan como pilares sobre los cuales justificar la necesidad de establecer mecanismos de verdad y justicia.

En este trabajo, me interesará más puntualmente referirme a un aspecto menos trabajado del plano emotivo en el derecho internacional, que tiene que ver con la labor diplomática destinada a prevenir conflictos y su regulación a partir de la consolidación retórica de comunidades emotivas. Propongo aquí estudiar los modos en que los testimonios antiguos en materia de vinculación entre ciudades-Estado se cimentaron fuertemente en aspectos subjetivos capaces de instalar nexos afectivos entre los habitantes de ambas poblaciones. A pesar de que poco sabemos acerca del ejercicio de la diplomacia en el mundo grecorromano, algunos testimonios epigráficos

535 Este trabajo está enmarcado en mi proyecto “Cuerpos diplomáticos, emociones convenidas. La representación física de los afectos inter-estatales sobre la escena cómica ateniense (siglos V-IV a.C.)”, en el marco de la Carrera de Investigador Científico de CONICET, que procura —entre otros objetivos— examinar el discurso de las relaciones internacionales de la Grecia clásica (con algunas incursiones en los períodos arcaicos y helenísticos) en clave afectiva.

536 BANDES (1999: 1).

537 BUIS (2017).

del mundo helenístico parecen dar cuenta de los valores puestos en juego a la hora de asegurar el funcionamiento de las misiones de negociación en los siglos III y II a.C.

1. El derecho y las embajadas en la Grecia helenística

Como me he ocupado de sostener en trabajos previos, los estudios que se han ocupado de discutir la naturaleza de las relaciones interestatales en la antigüedad parecen acordar que el ejercicio de los asuntos externos y la creación de una red estrecha de vínculos jurídicos eran prácticas frecuentes en el mundo mediterráneo clásico.⁵³⁸ A través de la selección de individuos encargados de negociar con las poblaciones vecinas, las distintas comunidades griegas, por ejemplo, recurrieron a la implementación de la función diplomática como un mecanismo bilateral esencial para promover un (al menos pretendido) diálogo de paz, evitar conflictos armados y establecer alianzas de mutuo acuerdo para enfrentar enemigos comunes.⁵³⁹ Etimológicamente determinados por su avanzada edad,⁵⁴⁰ los embajadores (*présbeis*) representaban una institución jurídico-política que signada fundamentalmente por las virtudes de la prudencia y la sabiduría.⁵⁴¹ Ello se vinculaba con la existencia de protocolos solemnes —complicadas formalidades de negociación de acuerdos— testimoniada en todo el mundo antiguo.⁵⁴²

En la acusación que en 343 a.C. dirige Demostenes a Esquines por alta traición luego de haber participado con él de dos embajadas de paz a Macedonia (347 y 346 a.C.) para negociar con Filipo se advierte la necesaria sensatez que hay que reclamar de un enviado. En el discurso *Sobre la Falsa Embajada* ([19] 4-5) sostiene en qué había de consistir el rol de los embajadores atenienses, prestando especial atención a la integridad racional exigida a la hora de explicar sus actos frente a su propia *pólis*:

εἰ σκέψαισθε παρ' ὑμῖν αὐτοῖς, ὧ ἄνδρες δικασταί, καὶ
λογίσεισθε τίνων προσήκει λόγον παρὰ πρεσβευτοῦ λαβεῖν.
πρῶτον μὲν τοίνυν ὧν ἀπήγγειλε, δευτέρου δ' ὧν ἔπεισε, τρίτου
δ' ὧν προσετάξαι αὐτῷ, μετὰ ταῦτα τῶν χρόνων, ἐφ' ἅπασιν
δὲ τούτοις, εἰ ἀδωροδοκίῃ ἢ μὴ πάντα ταῦτα πέπρακται. τί

538 Para una bibliografía extensa al respecto, así como una presentación de la problemática, ver recientemente BUIS (2018). Sobre la cualidad de “internacional” de dicho sistema, ver AGO (1982: 213-232) y el volumen comprensivo de BEDERMAN (2001).

539 GÓMEZ MAMPASO & SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ MAMPASO (2001: 25).

540 ADCOCK & MOSLEY (1975: 152-3) y PICCIRILLI (2002). Sobre el rol de la diplomacia griega, ver el volumen de MOSLEY (1973) y el trabajo de MISSIOU-LADI (1987) sobre los embajadores plenipotenciarios y el alcance político de la institución. Acerca de las “inmunidades” religiosas y a la vez jurídicas de estos enviados, ver LONIS (1969).

541 “Aux côtés des hérauts ne tardèrent cependant pas à figurer des envoyés, chargés de persuader et de convaincre. De ceux-ci on attendait surtout qu'ils fissent preuve de souplesse et de prudence...” (GARLAN, 1972: 27).

542 Al respecto, ver MALCHOW (2016: 102-103).

δήποτε τούτων; ὅτι ἐκ μὲν τῶν ἀπαγγελιῶν τὸ βουλευέσασθαι περὶ τῶν πραγμάτων ὑμῖν ἐστὶν· ἂν μὲν οὖν ὧσιν ἀληθεῖς, τὰ δέοντ' ἔγνωτε, ἂν δὲ μὴ τοιαῦται, τάναντία.

Si ustedes observaran de su parte, varones jueces, y tuvieran que examinar, hay que tomar en cuenta el examen de algunas cosas para reclamarle a un embajador. En primer lugar (es conveniente examinar) aquello que informó, en segundo lugar las cosas en las que persuadió; en tercer lugar, la observancia de lo que le instruyeron; después de esto los plazos, y ello en todas las circunstancias, y si ha actuado en todo esto de modo no corrupto o si no realizó todo esto. ¿Por qué (examinar) estas cosas? Porque a partir de los informes ustedes deciden qué debe hacerse respecto de los asuntos. Pues si son verdaderos, ustedes conocen lo que corresponde, pero si no lo son, (conocen) lo contrario.⁵⁴³

El planteo genérico respecto de las virtudes de un buen representante diplomático es útil, desde un punto de vista retórico, para permitirle a Demóstenes argüir que Esquines —sometido a una rendición de cuentas (*eúthyna*) por su misión— dejó de lado todas las funciones esperables de un *presbentés* ([19] 8):

ἂν μὲν τοίνυν ἐξελέγξω καὶ δείξω σαφῶς Αἰσχίνην τουτονὶ καὶ μηδὲν ἀληθὲς ἀπηγγελκότα καὶ κευκαλυκότη' ἐμοῦ τὸν δῆμον ἀκοῦσαι ἀληθῆ, καὶ πάντα τάναντία τῶν συμφερόντων συμβεβουλευκότα, καὶ μηδὲν ὧν προσετάξατ' ἐν τῇ πρεσβείᾳ πεποιηκότα, καὶ ἀνηλωκότα τοὺς χρόνους ἐν οἷς πολλῶν καὶ μεγάλων πραγμάτων καιροὶ προεῖνται τῇ πόλει, καὶ πάντων τούτων δῶρα καὶ μισθοὺς εἰληφότα μετὰ Φιλοκράτους, καταψηφίσασθ' αὐτοῦ καὶ δίκην ἀξίαν τῶν ἀδικημάτων λάβετε· ἂν δὲ μὴ δείξω ταῦτα, ἢ μὴ πάντα, ἐμὲ μὲν φαῦλλον ἡγεῖσθε τοῦτον δ' ἄφετε.

Entonces si pruebo y demuestro claramente que este Esquines no informó nada verdadero, que impidió que el pueblo escuchara la verdad de mi parte, que aconsejó todo lo contrario de lo que es conveniente, que no hizo ninguna de las cosas que le instruyeron en la embajada, que perdió tiempo —en el que se pasaban las oportunidades de muchas y grandes acciones para la ciudad— y que tomó estas muchas dádivas y pagos junto con Filócrates, entonces condénenlo mediante el voto y impongan un castigo digno de estas injusticias. Si yo no demuestro estas cosas, o no demuestro todas ellas, considérenme un malvado y absuélvannlo.

A esta visión de la circunspección prudente, la integridad y el respeto, exigida en la actuación de los *présbeis*, debe añadirse una serie de otros testimonios que permiten

543 El texto griego corresponde a la edición de BUTCHER (1903).

evaluar las particularidades discursivas de estos contactos internacionales y estudiar la construcción de la figura del embajador en su relación con las otras *póleis*. Así, junto a la circunspección y prudencia exigida en una *eúthyna*, aparecen testimonios en que los enviados diplomáticos y jueces extranjeros —enviados con frecuencia para superar una controversia— se muestran en el exterior recurriendo a un vocabulario propio de la amistad, la benevolencia, el favor y la solidaridad con el fin de construir sólidos vínculos de confianza con los pueblos vecinos.⁵⁴⁴ Desde esta perspectiva de análisis interesada en el relevamiento del plano emocional, se intentará mostrar que incluso la letra fría de decretos antiguos —tales como *IG XII 4*, 1.117; *Milet I*, 3.146— logran cargarse de una potencialidad afectiva (y por ende efectiva) que permite redescubrir algunos detalles vívidos de prácticas diplomáticas mayormente ignoradas. Es posible así avanzar en una comprensión más completa de los dispositivos empleados para la solución pacífica de controversias a través del establecimiento de contactos fluidos entre *póleis*, contactos que permitirán comprender ciertos textos literarios considerados anómalos en materia de arbitraje (en particular me refero a Pausanias V, 16, 5-6).

2. Testimonios de una diplomacia afectiva: hacia comunidades emotivas transfronterizas

Brevemente, entiendo aquí por “emoción” un amplio conjunto de complejos diferenciados, constituidos por interacciones mutuamente transformadoras entre sistemas biológicos y culturales.⁵⁴⁵ Se trata de expresiones socialmente significativas, que dependen de costumbres, usos e instituciones comunes,⁵⁴⁶ y que por lo tanto devienen jurídicamente relevantes. Las pasiones constituyen requisitos imprescindibles para comprender el comportamiento o la conducta de los sujetos y, por lo tanto, para explicar el surgimiento de las reglas que condicionan sus acciones.⁵⁴⁷

La construcción emotiva en el plano discursivo se proyecta desde el plano interpersonal al ámbito colectivo, en tanto las sociedades mismas pueden desarrollar una orientación afectiva de grupo.⁵⁴⁸ En el plano internacional, si los Estados traducen sentimientos⁵⁴⁹ es porque en ellos se proyectan distintas “culturas” emotivas, que van

544 Algunas contribuciones se han ocupado de los aspectos retóricos de las palabras de los embajadores, como ocurre con PICCIRILLI (2001) y CRESCI, GAZZANO & ORSI (2002), aunque ninguno de ellos se ocupan de los aspectos emotivos de dichas manifestaciones diplomáticas.

545 McDERMOTT (2004: 692). Si bien es posible trazar diferencias entre la noción de “emoción” y conceptos como “afecto” o “sentimiento”, a los efectos de este trabajo introductorio los postulamos como sinónimos.

546 FATTAH & FIERKE (2009: 70).

547 Es la tesis del texto de FRIJDA (1986).

548 JARYMOWICZ & BAR-TAL (2006: 367-392). En el mismo sentido, BAR-TAL, HALPERIN & DE RIVERA (2007: 441-460), quienes concluyen que las emociones colectivas son siempre resultado de experiencias compartidas ocurridas en determinado contexto social.

549 Como ha mostrado MOISI (2009). Ver también CRAWFORD (2000) y SASLEY (2011) que aportan distintas miradas complementarias.

desde el miedo o la humillación hasta la esperanza. En un texto de HALL (2015) en torno de las relaciones internacionales y su implementación, se critican precisamente las lecturas tradicionales que piensan la interacción diplomática como racional, abriendo espacio para pensar las emotividades involucradas en las negociaciones bilaterales y multilaterales.

En definitiva, ocurre que las auto-representaciones y percepciones subjetivas sobre sí mismo y sobre los otros devienen pues relevantes para identificar la experiencia que traducen las relaciones diplomáticas, que impregnan las negociaciones con la fuerte carga afectiva que surge de la necesidad de encontrar puntos de cercanía con los pueblos aliados y sentimientos conjuntos de exclusión respecto de los enemigos comunes. En este sentido recuperamos aquí el concepto de “comunidad emotiva”, que describe ROSENWEIN (2006: 2) al pensar en la existencia de valoraciones compartidas de afectos en un ámbito social. Nos interesa ampliar la noción, en la medida en que —como bien sostiene ARIFFIN (2016: 7-8)— las “comunidades emotivas” parecen haber fomentado una cooperación al interior de un grupo nacional, cristalizando las relaciones antagónicas con grupos externos. En nuestro planteo, concebimos la base de las tareas propias del ejercicio de la diplomacia como el intento de promover juicios compartidos en torno de emociones que permiten asociar distintas comunidades políticas. Se trata de generar entramados sentimentales que promuevan la equiparación subjetiva entre *póleis*,⁵⁵⁰ generando entonces lo que llamamos “comunidades emotivas transfronterzas”.

Todo esto deviene particularmente interesante para pensar las relaciones internacionales en el mundo helénico. De hecho, los escasos testimonios epigráficos —casi inexistentes en el siglo V y IV pero preservados en el mundo griego posclásico— tienen la ventaja de incluir referencias a ciertas fórmulas y frases que permiten leer la diplomacia helénica en clave emotiva. Comencemos por el decreto de una ciudad desconocida (*IG XII, 4, 1, 117*), en favor de un juez extranjero de Cos y un secretario; dos enviados son elegidos para llevar una copia sellada del decreto con el siguiente mensaje (líneas 16-24):⁵⁵¹

ἵνα δὲ καὶ Κῶιοι εἰδή-/σωσιν ἣν ἔχει ὁ δῆμος προαίρεσιν,
 δεδόχθαι ἄ-/ποδεῖξαι πρεσβευτὰς δύο, οἵτινες ἀφι-/κόμενοι
 εἰς Κῶ τό τε ψήφισμα ἀποδῶ-/σιν καὶ ἐπελθόντες ἐπὶ τὴν
 βουλὴν καὶ / ἐλλησίαν καὶ ἀσπασάμενοι παρὰ τοῦ π-/λήθους
εὐχαριστήσουσιν Κώοις ἐπὶ / τῇ ἀποστολῇ τῇ τοῦ δικαστοῦ
 καὶ παρακαλέ-/σουσιν αὐτοὺς φίλους ὑπάρχον {τα} τας δια-/
 τηρεῖν τὴν πρὸς τὴν πόλιν ἡμῶν εὐνοια-/ν, {αν} ἀναγράψαντας
 δὲ καὶ εἰς στήλην λίθου / λευκοῦ τόδε τὸ ψήφισμα καὶ ἀναθεῖναι
 ἐν τῷ / ἐπιφανεστάτῳ τόπῳ τῆς πόλεως-/εἰρέ-/θησαν

550 GUIDORIZZI (2017: 61) sostiene que en tiempos democráticos los ciudadanos atenienses eran considerados “iguales” en términos emocionales. Acerca de la presión social para reestablecer la paridad por medios emocionales, ver CAIRNS (2003: 240).

551 RUBINSTEIN (2013: 168-169).

πρεισβευταὶ Σωκράτης Πολεμοκρά—/του, Δίφιλος Διφίλου.

Para que los habitantes de Cos también conozcan la buena predisposición (proairesin) que tiene el pueblo, se decidió elegir a dos embajadores para que, cuando lleguen a Cos, entreguen el decreto y, luego de llegar al Consejo y a la Asamblea y de transmitir los agradecimientos (eukharistésousin) de nuestro pueblo a los habitantes de Cos por el envío del juez, les pidan a ellos —que son nuestros amigos (philous)— que preserven su benevolencia (eúnoia) hacia nuestra ciudad y que inscriban este decreto en una estela de piedra blanca y que la coloquen en el lugar más visible de su ciudad. Fueron elegidos como embajadores Sócrates, hijo de Polemócrates, y Dífilos, hijo de Dífilos.

Otro texto semejante, datado hacia el 209/8 a.C., consiste en un decreto de la ciudad de Milasa respecto de una embajada enviada a Mileto (*Miletos* I, 3 146, Svt. III 539), cuyas instrucciones incluyen lo siguiente (líneas 79–91):

ἐλέσθαι δὲ καὶ πρέσβεις, / οἵτινες ἀφικόμενοι εἰς Μίλητον καὶ
ἐπελθόντες ἐπὶ τῆμ Βουλήν καὶ τὸν / δῆμον τὴν τε οἰκειότητα
τὴν ὑπάρχουσαν ταῖς πόλεσι[ν ἀν]ανεώσον- / ται καὶ τῆμ παρὰ
τοῦ πλήθους εὐνοίαν ἐμφανιοῦσιν Μιλησίοις, ἣν ἔχει / πρὸς
αὐτοὺς, καὶ παρακαλέσουσιν φίλους καὶ οἰκείους ὑπάρχοντας
/ τοῦ δήμου διὰ προγόνων καὶ αὐτοὺς περιποιεῖν τῆι πόλει
πάντα τὰ εἰς / τιμὴν καὶ δόξαν ἀνήκοντα δηλοῦντας, ὅτι καὶ ὁ
δῆμος οὐθὲν ἐλλείψει[ι] / [σπο]υ δῆς τε καὶ φιλοτιμίας περὶ τῶν
συμφερόντων ἀμφοτέραις ταῖς πό-/[λεσ]ιν· προσαγαγέτωσαν δὲ
καὶ οἱ πρέσβεις ἐμ Μιλήτῳ μετὰ τοῦ στε-/[φρα]νηφόρου θυσίαν
τῶι Ἀπόλλωνι καὶ εὐχὰς ποιησάσθωσαν ὑπὲρ ὁμο- / [γολίας
καὶ σωτηρίας τῶμ πόλεων ἀμφοτέρων. πρέσβεις ἠρέθησαν· /
Διονύσιος Ἰάσονος τοῦ Διονυσίου, Ἀπολλώνιος Ἰεροκλείους, /
Ἀμύντωρ Ἀρηφίλου.

(Que se decida) también enviar embajadores para que, cuando lleguen a Mileto y se presenten ante el Consejo y la Asamblea, renueven la intimidación familiar (oikeiótata) existente entre las ciudades y demuestren a los milesios la benevolencia (eúnoia) que nuestro pueblo tiene hacia ellos, y los exhorten a ellos —que han sido amigos (philous) e íntimos (oikéious) de nuestro pueblo por generaciones (progónon)— a que, por su parte, otorguen a (nuestra) ciudad todo lo que promueva honor (timèn) y buena reputación (dóxan), demostrando que (su) pueblo también en nada limitará su diligencia (spoudés) y su emulación (philotimía) en los intereses comunes (sympherónton) de ambas ciudades. Los embajadores en Mileto también llevarán adelante un sacrificio a Apolo junto al portador de la corona, y harán plegarias por la armonía (homónoias) y la

salvación (soterías) de ambas ciudades. Fueron elegidos como embajadores Dionisios, hijo de Iasón hijo de Dionisios, Apolonios, hijo de Hierocles, y Amintor, hijo de Areifilos.

Basados sin duda en el vocabulario de la *evergesía* propia del período helenístico, estos decretos –como sostiene CHANIOTIS (2012)– destacan emociones vinculadas con la relación de afecto basada en la gratitud (χαρις), la benevolencia (εὐνοια), el coraje y la esperanza.⁵⁵² Como ya hemos trabajado en contribuciones previas, en muchos casos la proyección de valores o principios propios de las relaciones interpersonales al ámbito público de los vínculos entre ciudades-Estado puede constituir la razón de base para el empleo analógico de emociones domésticas en el plano internacional.⁵⁵³

La presencia de un vocabulario positivo (en muchos casos precedido por el prefijo *eu-*, “bien”) da cuenta de una pretensión de cercanía entre la *pólis* que envía la embajada y la ciudad que la recibe; un impacto similar denota el prefijo *-syn*, que indica la idea de conjunto en expresiones como *tá symphéronta* (“los intereses comunes”) en el segundo decreto. Se trata de advertir en esto las modalidades de lo que KASTER (2005: 8-9) ha llamado “emotional scripts”, es decir, un repertorio de acciones, expresiones y respuestas esperables a partir de un lenguaje común de inclusión.

Los decretos son testimonios del modo en que los contactos diplomáticos se inscriben en culturas emotivas (RUSSELL, 2004: 391-402). Si, desde el punto de vista constructivista, las emociones constituyen productos sociales, condicionados histórica y culturalmente, entonces es posible advertir que las emociones son parte esencial de la función intermediaria de los enviados, en tanto están involucradas en el argumento, el razonamiento y la persuasión, construyendo bases discursivas en torno de los valores compartidos.⁵⁵⁴ GRAHAM (2014: 522-539) ha hablado de actitudes disposicionales que llevan a que las expresiones de afecto reflejen la diferencia cultural e influyeran en el diálogo cimentando identidades colectivas.⁵⁵⁵ La diplomacia contribuye pues a asentar una comunidad emotiva transfronteriza a partir de la circulación de afectos, en la

552 CHANIOTIS (2013: 339-340) sostiene: “From terms used in interstate relations, such as φιλία («friendship»), εὐνοια («benevolence»), εὐχαριστία («gratitude»), χαρίζομαι («to show favour», but also «to feel gratitude»), and συγχαίρομαι («to share someone’s joy»), and terms expressing the patriotic attitude of political figures, such as φιλόπολις («lover of the city»), φιλοπολίτης («friend of the citizens»), and φιλόπατρις («lover of the fatherland»), to words and phrases associated with proper civic behaviour, such as «zeal» (σπουδή), «courage» (θάρρος), and «ambition» (φιλοδοξία and φιλοτιμία), the political language of the Hellenistic period clearly bore emotional overtones”.

553 Acerca del empleo de las relaciones de parentesco en el ámbito interestatal, cf. CURTY (1995), (1999) y (2005). Acerca de *philía* en el mismo sentido, PANESSA (1990: 261-267) y (1999); KLOSE (1972: 140). Sobre la gratitud a un rey, puede tomarse el ejemplo de SEG XLI 1003 II. Sobre la *eúnoia* entre las ciudades griegas y Roma, ver el caso de SEG III 710; SHERK 1969, nos. 18, 35. En torno de la *andreía*, SHERK (1969), nos. 17–18; REYNOLDS (1982), nos. 2 y 7 (I Aph 2007 8.3 y 8.26); CIG 2222; SEG LIII 659 A. Finalmente, acerca de la *elpís*, GIBM 894; SHERK 1969, no. 65; I.Assos 26; Agora XV 460.

554 Otra manera en la que, por caso, pueden construirse comunidades emotivas es a partir de la reacción ante experiencias traumáticas colectivas; a esto se ha dedicado el libro de HUTCHISON (2016).

555 GREGORY & AHALL (2015: 6-7) sostienen que los sentimientos de empatía permiten precisamente fomentar la cooperación interestatal.

medida en que instala un intercambio conciente e inconciente de emociones de modo dinámico a partir de la actuación de los embajadores.⁵⁵⁶

En este sentido, junto a las menciones de la *philia*, cobran particular importancia las alusiones explícitas al vocabulario del orden del parentesco en el texto procedente de Milasa: la intimidad familiar (οἰκειότης) y la referencia a las distintas generaciones (*progonon*), lo que detalla los vínculos consuetudinarios inmemoriales. La apelación a prácticas que se remontan en el tiempo habilita pensar en estos *présbeis* como ancianos, capaces de equiparar con su avanzada edad la prosapia ancestral de los nexos internacionales.

El vocabulario de la cercanía se percibe en los contactos entre las ciudades griegas y el pueblo romano durante su expansión republicana. La predisposición para el diálogo que, a través del léxico, muestran estos documentos era fundamental para comprender la funcionalidad política de las apelaciones emotivas. Así, un decreto de Elea durante la guerra contra Aristónico en el 129 a.C. lo deja en claro (*IMT — Kaiikos*— 818, líneas 11-22):

[Ἐπεὶ ὁ δῆ]μος ἡμῶν [φυλάσσω]ν ἀπ' ἀρχῆς τὴν / [πρὸς Ῥ]ωμαίους
εὐνοίαν καὶ φιλίαν πολλὰς / [καὶ ἄ]λλας ἐν τοῖς [ἀναγκα]ιοτά-
 τοις κ[αιροῖς] / [τῆς] προαιρέσεως [ἀποδει]ξίεις πεπό[ηται], / [ὁ]μ-
 οῖως δὲ καὶ ἐν τ[ῶ]ι πολέμωι τῶι π[ρὸς] / [Αρ]ιστόνικον τῆ[ν πᾶσα]-
 ν εἰσφερό[μενος] / [σ]πουδῆν μεγάλο[υς ὑπέ]στη κινδύ[νους] / [κ]-
 αὶ κατὰ γῆν καὶ κατὰ θ[άλασσαν], [ἐξ ὧν] / [ἐ]πιγνοῦς ὁ δῆμος
 [ὁ Ῥωμ]αίων τὴν προαίρεσ-/[σ]ιν τοῦ ἡμετέρου [δήμου] καὶ
 ἀποδειξ[άμενος] / τὴν εὐνοίαν προσ[δέδεικ]ται τὸν δῆ[μον] / ἡμῶν
 πρὸς τε τὴν φιλίαν καὶ συμμαχίαν.

Porque nuestro pueblo guardó (phylásson) desde el comienzo (ap' arkhēs) la benevolencia (eúnoia) y amistad (philian) hacia los romanos y, además de dar muchas otras pruebas (apodeíxeis) de su buena predisposición (proairéseos) en las situaciones más críticas, incluso durante la guerra contra Aristónico mostró la mayor diligencia (spoudén), soportando grandes peligros en tierra y en el mar. Por todo ello, el pueblo romano reconoció la buena predisposición (proairesin) de nuestro pueblo y, tras aceptar la benevolencia (eúnoian), decidieron llevar a nuestro pueblo hacia su amistad (philian) y alianza (symmakhían).

En los vínculos entablados con Roma, la inclusión de la dimensión familiar vuelve a cobrar importancia para justificar el acercamiento. Esto es lo que se percibe en un documento relacionado con una embajada de Lámpsaco, ciudad griega del Helesponto, a Masalia y a Roma en el 196 a.C. (*IMT — NoerdITroas*— 6), líneas 15-29, en el que queda claro que la propia designación de enviados también dependía de la posibilidad de interactuar afectivamente con los extranjeros. Se trata de construir y generar empatía —sobre la base de los términos ya vistos— para asegurar el triunfo de la misión:

556 Tomamos aquí la expresión “circulación de afectos” del trabajo de Ross (2014: 15-38).

πα[ραγε]-/[νόμενος εἰς τὴν] Ἑλλάδα, ἐντυχὼν μετὰ τῶν συμπο[ρο]-/[βευτῶν τῶι σι]ρατηγῶι τῶν Ῥωμαίων τῶι ἐπὶ τῶν ναυ[τι]-/[κῶν Λευκίωι ἅ]πελογίσατο αὐτῶι διὰ πλειόνων διότι συνυ-/[γενῆς ὦν κα]ὶ φίλος ὁ δῆμος τοῦ Ῥωμαίων δήμου ἐξαπέστ[τει]-/[λεν αὐτοῦς] πρὸς αὐτόν, καὶ διότι ἀξιοίη αὐτόν καὶ παρ[α]κα[τα]-/[λοίη μετὰ τῶν σ]υμπροσβευτῶν, ὄντων ἡμῶν συνγενῶν τῶ[ν Ῥω]-/[μαίων, προνοεῖ]ν περὶ τῆς πόλεως ἡμῶν, ἵνα συντελήτα[ι ἅ ἂν] / [εἶναι δοκῆ]λυσιτελῆ τῶι δήμωι· ἐπιβάλλειν γὰρ αὐτ[οῖς] / [ἀεὶ προίσ]τασθαι τῶν τῆι πόλει συμφερόντων διὰ τε [τὴν ὑ]-/[πάρχουσαν] ἡμῖν πρὸς αὐτοῦς συνγένειαν, ἣν καὶ ἀπο[— — —] / [— — — — — κ]αὶ διὰ τὸ Μασσαλιήτας εἶναι ἡμῖν ἀδελφ[οῦς], / [οἱ εἰσι φί]λοι καὶ σύμμαχοι τοῦ δήμου τοῦ Ῥωμαίων· κ[αὶ] / [προενοήθησαν ἵνα λ]άβωσιν ἀποκρισεις τὰς ἀρμοζούσας τ[ῶι δή]-/[μωι ἡμῶν ἐξαπο]στείλασθαι· δι' ὧν εὐθαρσέστερος ὁ δῆ[μος ἦν]

Él (el embajador de Lámpsaco) vino a Grecia y junto con sus co-embajadores se encontró con Lucio, el general romano a cargo de las fuerzas *navales*. *Dialogó largamente con él a tal punto que el pueblo (de Lámpsaco) —que es pariente (syngenés) y amigo (phílos) del pueblo romano— los habían enviado a él. Con sus co-embajadores les pidió y rogó, dado que somos parientes (syngenôn) de los romanos, que piensen favorablemente (pronoéin) acerca de nuestra ciudad para que se aportara cualquier cosa que se considerase ventajosa para el pueblo. Puesto que les concernía a ellos siempre advocar por los intereses comunes (symppherónton) de la ciudad a causa del parentesco (syngéieian) que existe entre ellos y nosotros, el cual nosotros (...) y porque los masaliotas son nuestros hermanos (adelphoús), ya que son amigos (phíloi) y aliados (sýmmakhoi) del pueblo romano. Y previeron que, al recibir de él respuestas convenientes, las transmitirían a nuestra ciudad. A causa de esto el pueblo fue más valiente (eutharsésteros).*

Parece claro que la *syngéieia* o vínculo familiar,⁵⁵⁷ —término reiterado en el texto— se constituye como *Leitmotif* del documento, que recurre incluso a la imagen del hermanamiento (*adelphía*).⁵⁵⁸ Los resultados positivos del envío de la embajada, que apeló a esa cercanía de intereses, se describen, al final de pasaje, en su impacto emocional: el apoyo romano llenó a los habitantes de Lámpsaco de buen coraje (*eutharsés*), nuevamente una emoción del orden de lo positivo. Como ocurre en la actualidad y bien describe HALL (2015: 26-28), los éxitos diplomáticos suelen basarse en una serie de gestos expresivos y sustantivos que se describen para influir en las percepciones de un auditorio externo y fomentar interacciones pretendidas entre distintas comunidades políticas.

557 JONES (2010: 30-33).

558 CHANIOTIS (2015: 91-92).

Podría sostenerse que estas apelaciones al marco de lo emotivo constituyen estructuras formularias, discursos fosilizados cuya verdadera utilidad institucional está apartada de su contenido semántico originario. Sin embargo, la revalorización de las implicancias “emotivas” ligadas con los vínculos de *phília* y *syngéneia* permiten echar luz sobre un episodio único que, referido a una historia situada en el s. IV a.C., refiere Pausanias en V.16, 5-6. Se trata de un arbitraje entre las ciudades de Elis y de Pisa — *póleis* enfrentadas en un conflicto por el control de Olimpia y de sus concursos— que, llamativamente, recurrieron a mujeres árbitros de la región (Pausanias V, 16, 5-6):

ἐς δὲ τὰς ἐκκαίδεκα γυναῖκας καὶ ἄλλον τοιόνδε λέγουσιν ἐπὶ τῷ προτέρῳ λόγον. Δαμοφῶντά φασι τυραννοῦντα ἐν Πίσει πολλά τε ἐργάσασθαι καὶ χαλεπὰ Ἡλείους· ὡς δὲ ἐτελεύτησεν ὁ Δαμοφῶν— οὐ γὰρ δὴ οἱ Πισαῖοι συνεχώρουν μετέχειν δημοσίᾳ τοῦ τυράννου τῶν ἀμαρτημάτων, καὶ πῶς ἀρεστὰ καὶ Ἡλείοις ἐγένετο καταλύεσθαι τὰ ἐς αὐτοὺς ἐγγλήματα—, οὕτως ἐκκαίδεκα οἰκουμένων τριηκᾶτα ἔτι ἐν τῇ Ἡλείᾳ πόλεων γυναῖκα ἀφ’ ἐκάστης εἵλοντο διαλύειν τὰ διάφορά σφισιν, ἥτις ἡλικία τε ἦν πρεσβυτάτη καὶ ἀξιώματι καὶ δόξει τῶν γυναικῶν προεῖχεν. αἱ πόλεις δὲ ἀφ’ ὧν τὰς γυναῖκας εἵλοντο, ἦσαν Ἡλις <...>. ἀπὸ τούτων μὲν αἱ γυναῖκες οὔσαι τῶν πόλεων Πισαίοις διαλλαγὰς πρὸς Ἡλείους ἐποίησαν· ὕστερον δὲ καὶ τὸν ἀγῶνα ἐπετράπησαν ὑπ’ αὐτῶν θεῖναι τὰ Ἡραῖα καὶ ὑφῆνασθαι τῇ Ἡρᾷ τὸν πέπλον. αἱ δὲ ἐκκαίδεκα γυναῖκες καὶ χοροὺς δύο ἰστᾶσι καὶ τὸν μὲν Φυσκόας τῶν χορῶν, τὸν δὲ Ἴπποδαμείας καλοῦσι...

Y respecto de las dieciséis mujeres cuentan otro relato además del primero. Se dice que, mientras ejercía la tiranía en Pisa, Demofonte realizó muchos actos complicados con relación a los eleos. Y cuando murió Demofonte, los habitantes de Pisa no consentían juntos (synekhóroun) participar como pueblo (demosíai) en los actos gravosos del tirano, y también los eleos querían anular de alguna manera las ofensas en su contra, así decidieron entonces —ya que había dieciséis ciudades viviendo juntas (oikouménon) en la Élide— que cada una (de las ciudades) eligiera a una mujer para resolver sus diferendos (diabheín tà diaphorá), tomando entre las mujeres la que fuera más anciana (presbytáte) y las superara en consideración (axiómati) y buena reputación (dóxei). Las ciudades de las que provenían las ciudades eran Elis <...>. Las mujeres que venían de estas ciudades establecieron acuerdos (diallagàs) entre los habitantes de Pisa y los de Elis; en segundo lugar se les encargó que organizaran el concurso de los Heraia y de tejer el peplo para Hera. Además, las dieciséis mujeres organizan dos coros de danza; llaman a uno el coro de Fiscoa, el otro el de Hipodamia.

El ejemplo es interesante puesto que constituye un caso único de desempeño de actividades de negociación por parte de mujeres. Entendemos que el texto puede

leerse en función de la información que tenemos respecto de los alcances emotivos de la negociación entre *póleis*. En efecto, se advierte que las doce mujeres elegidas se destacan por su elevada edad, su consideración y buena reputación, tres características esperables de la labor diplomática y del ejercicio de los buenos oficios. Resulta interesante además, en el comienzo del pasaje, advertir que se trata de un conjunto de ciudades unidas casi como una familia (*oikouménon*) que, frente a la muerte del tirano, estaban distanciadas y no lograban configurarse colectivamente (*synekbóroun*). Si la mujer representa en el mundo griego el plano de los vínculos domésticos y familiares, el factor femenino, concebido en la mentalidad griega como alejado de la racionalidad masculina y más próximo al *páthos*, resulta clave como elemento reestructurador de los lazos de parentesco internacional.

Es significativo en este sentido mencionar la confección conjunta del *péplos* para la diosa, en la medida en que, como ha sostenido JACQMIN (2013: 113) se trata de una labor análoga a la que se implica en la pretensión de establecer un tejido internacional sólido y permanente. Una lectura diplomática en clave afectiva, entonces, permite ver aquí no un caso anómalo, sino un episodio que demuestra bien la necesidad política de consolidar vínculos efectivos semejantes a los que caracterizan el espacio íntimo del *oikos*.

3. Recapitulación

Para construir reciprocidad, hace falta construir vínculos sustentados en experiencias compartidas del pasado que generen un camino de confianza para futuros emprendimientos. Los testimonios que hemos examinado presentan todos un énfasis particular en la consolidación de experiencias emocionales comunes, que permiten afianzar los nexos entre ciudades del mismo modo en que se consolidan las unidades de parentesco. Los afectos privados, entonces, se proyectan en las negociaciones entre *póleis* porque sirven para justificar las alianzas y los acercamientos a partir de la consolidación diplomática de comunidades emotivas transfronterizas. Si la resolución de conflictos se basa en la concordia y en la cercanía, las analogías de la amistad y el parentesco resultan adecuadas para dar cuenta, a través de la construcción de una empatía eterna, de los esfuerzos por consolidar lazos de dependencia que pueden ser útiles para lidiar con amenazas externas futuras y evitar el desencadenamiento de conflictos armados entre *póleis* retóricamente unidas por juicios afectivos comunes.

4. Bibliografía

Fuentes primarias

BARTH, M. & J. STAUBER (eds.) (1993) *Inscripfen Mysia & Troas*, München (Version of 25.8.1993, Ibycus, Packard Humanities Institute CD #7, 1996 (= IMT).

BOSNAKIS, D., K. HALLOF & K. RIGSBY (2010) *Inscriptionum Coi insulae: Decreta, epistulae,*

edicta, tituli sacri, en HALLOF, K. (cur.) *Inscriptiones Cui, Calymnae, insularum Milesiarum* (Pars I), Berlin: De Gruyter (= IG XII 4,1).

BUTCHER, S. H. (1903) (ed.) *Demosthenis Orationes*, Oxonii.

JONES, W. H. S. & H. A. ORMEROD (1918) (eds.) *Pausanias*. Description of Greece, Cambridge (MA)/London.

MCCABE, D. F. (1984), *Miletos Inscriptions. Texts and List* (The Princeton Project on the Inscriptions of Anatolia), Princeton (= *Miletos*).

SHERK, R. K. (1969) *Roman documents from the Greek East. Senatus consulta and epistulae to the Age of Augustus*, Baltimore.

YUNIS, H. (2005) (trans.) *Demosthenes, Speeches 18 and 19* (The Oratory of Classical Greece, vol. 9), Austin.

Bibliografía crítica (secundaria)

ADCOCK, F. & D. J. MOSLEY (1975) *Diplomacy in Ancient Greece*, London.

AGO, H. E. (1982) “The First International Communities in the Mediterranean World”, *BYIL* 53; 213-232.

ARIFFIN, Y. (2016) “Introduction: How Emotions Can Explain Outcomes in International Relations”, en ARIFFIN, Y., J.-M. COICAUD & V. POPOVSKI (eds.) *Emotions in International Politics*, Cambridge; 1-19.

BANDES, S. (1999) (ed.) *The Passions of Law*, New York.

BAR-TAL, D., E. HALPERIN & J. DE RIVERA (2007) “Collective Emotions in Conflict Situations: Societal Implications”, *Journal of Social Issues* 63 (2); 441-460.

BEDERMAN, D. J. (2001) *International Law in Antiquity*, Cambridge.

BUIS, E. J. (2017) “Decir la guerra, sentir la guerra. La Organización de las Naciones Unidas y las retóricas emotivas de la lucha antiterrorista en el derecho internacional”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián (ADHDSS)*, Vol. 17; 75-105.

BUIS, E. J. (2018) *Taming Ares. War, Interstate Law, and Humanitarian Discourse in Classical Greece*, Leiden/Boston.

ICAIRNS, D. L. (2003) “The Politics of Envy: Envy and Equality in Ancient Greece”, en KONSTAN, D. & N. K. RUTTER (eds.) *Envy, Spite, and Jealousy. The Rivalrous Emotions in Ancient Greece*, Edinburgh; 235-252.

CHANIOTIS, A. (2012) “Moving Stones. The Study of Emotions in Greek Inscriptions”, en CHANIOTIS, A. (ed.) *Unveiling Emotions. Sources and Methods for the Study of Emotions in the Greek World*, Stuttgart; 91-129.

CHANIOTIS, A. (2013) “Emotional Language in Hellenistic Decree and Hellenistic

- Histories”, en MARI, M. & J. THORNTON (eds.) *Parole in Movimento. Linguaggio politico e lessico storiografico nel mondo ellenistico* (Atti del Convegno Internazionale, Roma, 21-23 febbraio 2011), Pisa/Roma; 339-352.
- CHANOTIS, A. (2015) “Affective Diplomacy: Emotional Scripts Between Greek Communities and Roman Authorities during the Republic”, en CAIRNS, D. & L. FULKERSON (eds.), *Emotions between Greece and Rome*, London; 87-103.
- CRAWFORD, N. C. (2000) “The Passion of World Politics. Propositions on Emotion and Emotional Relationships”, *International Security* 24 (4); 116-156.
- CRESCI, L. R., F. GAZZANO, D. P. ORSI (2002) *La retorica della diplomazia nella Grecia Antica e a Bisanzio*, Roma.
- CURTY, O. (1995) *Les parentés légendaires entre cités grecques. Catalogue raisonné des inscriptions contenant le terme συγγένεια et analyse critique*, Genève.
- CURTY, O. (1999) “La parenté légendaire à l’époque hellénistique. Précisions méthodologiques”, *Kernos* 12; 167–194.
- CURTY, O. (2005) “Un usage fort controversé: La parenté dans le langage diplomatique de l’époque hellénistique”, *Ancient Society* 35; 101–117.
- FATTAH, K. & K. M. FIERKE (2009) “A Clash of Emotions: The Politics of Humiliation and Political Violence in the Middle East”, *European Journal of International Relations* 15; 67-93.
- FRIJDA, N. H. (1986) *The Emotions*, Cambridge.
- GARLAN, Y. (1972) *La guerre dans l'antiquité*, Paris.
- GÓMEZMAMPASO, M. V. & B. SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ MAMPASO (2001) *Una aproximación a la historia de las relaciones diplomáticas*, Madrid.
- GRAHAM, S. E. (2014) “Emotion and Public Diplomacy: Dispositions in International Communications, Dialogue, and Persuasion”, *International Studies Review* 16 (4); 522–539.
- GREGORY, TH. & L. ÅHÄLL (2015) “Introduction. Mapping Emotions, Politics and War”, en ÅHÄLL, L. & T. GREGORY (eds.) *Emotions, Politics and War*, London/ New York; 1-14.
- 2GUIDORIZZI, G. (2017) *I colori dell'anima. I Greci e le passioni*, Milano.
- HALL, T. H. (2015) *Emotional Diplomacy. Official Emotion on the International Stage*, Ithaca.
- HUTCHISON, E. (2016) *Affective Communities in World Politics. Collective Emotions After Trauma*, Cambridge.
- JACQMIN, C. (2013) “Arbitres et règlements de conflits: Pausanias et le cas des seize femmes des cités d’Élide”, en BOEHRINGER, S. & V. SEBILLOTTE CUCHET (eds.) *Des femmes en action. L’individu et la fonction en Grèce antique*, Paris/ Athènes; 101-

- JARYMOWICZ, M. & D. BAR-TAL (2006) "The Dominance of Fear over Hope in the Life of Individuals and Collectives", *European Journal of Social Psychology* 36; 367-392.
- JONES, C. P. (2010) "Kinship (συγγένεια) in two cities in the Troad", *Chiron* 40 (2010); 29-39.
- KASTER, R. A. (2005) *Emotion, Restraint, and Community in Ancient Rome*, Oxford.
- KLOSE, P. (1972) *Die völkerrechtliche Ordnung der hellenistischen Staatenwelt in der Zeit von 280-168 v. Chr. Ein Beitrag zur Geschichte des Völkerrechts*, München.
- LONIS, R. (1969) "L'immunité des agents diplomatiques: hérauts et ambassadeurs", en *Les usages de la guerre entre grecs et barbares, des guerres médiques au milieu de IV^e siècle avant J.-C.*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, Paris; 63-70.
- MALCHOW, H. L. (2016) *History and International Relations. From the Ancient World to the 21st Century*, London & New York.
- MARONEY, T. A. (2006) "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field", *Law and Human Behavior* 30 (2); 119-142.
- MCDERMOTT, R. (2004) "The Feeling of Rationality: The Meaning of Neuroscientific Advances for Political Science", *Perspectives on Politics* 2; 691-706.
- MISSIOU-LADI, A. (1987) "Coercive Diplomacy in Greek Interstate Relations (With Special Reference to *Presbeis Autokratores*)", *CQ* 37 (2), 336-345.
- MOÏSI, D. (2009) *The Geopolitics of Emotion: How Cultures of Fear, Humiliation, and Hope are Reshaping the World*, London.
- MOSLEY, D. J. (1973) *Envoys and Diplomacy in Ancient Greece* (Historia-Einzelschrift, 22), Wiesbaden.
- PANESSA, G. (1990) "La 'philia' nelle relazioni interstatali del mondo greco", en NENCI, G. & G. THÜR (eds.) *Symposion 1988. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte* (Siena-Pisa, 6-8 Juni 1988), Köln/Wien; 261-267.
- PANESSA, G. (1999) *Philiai. L'amicizia nelle relazioni interstatali dei Greci* (I. "Dalle origini alla fine della guerra del Peloponneso"), Pisa.
- PICCIRILLI, L. (2001) "La diplomazia nella Grecia antica: temi del linguaggio e caratteristiche degli ambasciatori", *MH* 58 (1); 1-31.
- PICCIRILLI, L. (2002) *L'invenzione della diplomazia nella Grecia antica. Rapporti interstatali nell'antichità*, 1, Roma.
- ROSENWEIN, B. H. (2006) *Emotional Communities in the Early Middle Ages*, Ithaca.
- ROSS, A. A. G. (2014) *Mixed Emotions. Beyond Fear and Hatred in International Conflict*,

Chicago/London.

- RUBINSTEIN, L. (2013) "Spoken Words, Written Submissions, and Diplomatic Conventions: The Importance and Impact of Oral Performance in Hellenistic Inter-polis Relations", en KREMYDAS, Ch. & K. TEMPEST (eds.) *Hellenistic Oratory. Continuity and Change*, Oxford: University Press; 165-199.
- RUSSELL, W. E. (2004) "Control Yourself, Sir!": A Call for Research into Emotion Cultures in Diplomacy", en SLAVIK, H. (ed.) *Intercultural Communication and Diplomacy*, Malta; 391-402.
- SASLEY, B. E. (2011) "Theorizing States' Emotions", *International Studies Review* 13; 452-476.

Yemen: del conflicto armado a la crisis humanitaria

MAYRA NUÑEZ PASTOR

Universidad de Buenos Aires

MARÍA RABINO NEIRA

Universidad de Buenos Aires

A partir de los Convenios de Ginebra (en adelante CG o Convenios) y sus Protocolos Adicionales (en adelante PA) se han delimitado la estructura y requisitos que deben plantearse para poder clasificar a los conflictos armados —internacional, no internacional, internacionalizado— y separarlo de otras formas de ejercicio de violencia —disturbios internos— con el fin de establecer el derecho aplicable a cada escenario.

La tecnología del siglo XXI ha mutado la intensidad y prolongación de los conflictos armados proporcionándoles características que eran ajenas a los doctrinarios que trazaron las reglas del derecho internacional humanitario (DIH) hace casi setenta años. Actualmente nos encontramos con conflictos donde es difícil determinar la naturaleza de los grupos armados que participan de las hostilidades o el nivel de apoyo de un Estado hacia alguna de las partes enfrentadas. Cada vez es más frecuente hablar de conflictos armados de carácter no internacional donde no se enfrentan solamente dos actores —un Estado en contra de un grupo armado o dos grupos armados entre sí—, sino que participan múltiples grupos y alianzas luchando entre sí o contra las Fuerzas Armadas de un Estado o varios Estados. El incremento de participación de grupos terroristas ha desdibujado la idea de combatiente como miembro grupo armado organizado como lo conocíamos hasta ahora y puso en jaque la aplicación de las leyes del DIH en escenarios donde no es clara la organización del grupo para evaluar su nivel de jerarquización y capacidad de control de territorio. Para entender la complejidad de este cambio de escenario global y la forma en que se están desarrollando la mayoría de los conflictos en el siglo XXI, analizaremos el caso de Yemen.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DE YEMEN

La República de Yemen fue instaurada en 1990 como resultado de la unión de la República Árabe de Yemen y la República Democrática del Pueblo de Yemen.

En las primeras elecciones de 1993 quedó marcada la diferencia entre la población del norte de Yemen —defensores del Partido Islámico y el Congreso General del Pueblo— y la población del sur de Yemen —partidaria del Partido Socialista Yemení (PSY)—. La población de la región norte gozó siempre de un mayor nivel de ingresos socioeconómico a comparación del sur. Las elecciones tuvieron como resultado la victoria del candidato de la región del norte del país y líder del Partido del Congreso General del Pueblo (CGP): Ali Abdullah Saleh. Las tensiones provocadas entre los partidos del sur y norte derivaron en una guerra civil que culminó en 1994 con la derrota de la región sur del país.

Como resultado de la marginalización de la población del sur, comenzaron a registrarse protestas en el país a partir del año 2007. Si bien al principio los que reclamaban un mayor trato igualitario eran sectores específicos, como el de los estudiantes, poco tiempo después el reclamo se cristalizó como un pedido masivo de la población para poner fin a la desigualdad provocada por el gobierno de Saleh y las clases dominantes del norte del país. Consecuentemente, se formó el movimiento político Harak, representante de las regiones sur del país, quien comenzó a poner en discusión la permanencia de la región del sur del país junto con la de norte bajo un mismo Estado en común. Al poco tiempo se comenzaron a registrar enfrentamientos entre una parte extremista minoritaria del movimiento y las Fuerzas Armadas del Estado.⁵⁵⁹

Yemen es un Estado que se caracteriza por la gran cantidad de organizaciones tribales que se establecieron en su territorio. Muchas se engloban a través de Confederaciones. Sus alianzas y son frágiles y cambian con regularidad, lo cual dificulta la determinación de la conformación y estructura. En el conflicto específico que involucra al grupo de los huzíes, parte de la Confederación de Hashid —la más grande del país, conformada por al menos 7 tribus— tomó partido en favor del Gobierno, en contraposición con la Confederación de Bakil —conformada al menos como 15 tribus—, la cual formó alianza con el ala armada de los huzíes.⁵⁶⁰

Otro foco de tensión radica en la presencia de grupos como Al-Qaeda, quienes tienen presencia en la región de la Península Arábiga desde 1990 (conocidos como (AQPA)).⁵⁶¹ Entre los años 2005 y 2010 el creciente descontento de las tribus y la población local permitió que la presencia de AQPA se intensificara y aumentara el reclutamiento de miembros.⁵⁶²

Hacia 2011, y dentro del contexto de la Primavera Árabe, el asesinato sistemático de los manifestantes opositores al gobierno de Saleh condujo a un enfrentamiento armado entre las tribus mencionadas y las fuerzas armadas estatales. La organización Harak, los huzíes y varias tribus locales aunaron esfuerzos en defender a los manifestantes, quienes comenzaron a ver en el movimiento una oportunidad

559 ARIMATSU & CHOUDHURY (2014: 20).

560 CUADRO (2016: 126); HAMAD ZAHORENO (2011: 125); ARIMATSU & CHOUDHURY (2014: 21-22).

561 BYRNE (2016: 112).

562 IDEM.

para generar una revolución en el país. Las hostilidades se desarrollaron a través del uso de municiones propias a los conflictos armados, como armas automáticas, rifles francotiradores, granadas y artillería.⁵⁶³

El Consejo de Cooperación del Golfo (CCG) elaboró un acuerdo mediante el cual el presidente Saleh cedería la presidencia a su vicepresidente, Abd Rabbuh Mansur al-Hadi, y se programarían nuevas elecciones. Al mismo tiempo los huzíes se extendían en el norte, mientras que grupos armados islámicos obtuvieron control de varios territorios en el suroeste del país.⁵⁶⁴ Para cuando Hadi se convirtió en el nuevo presidente de Yemen, el Gobierno había perdido el control de varias porciones del territorio, incluyendo la capital a mano de grupos armados incluyendo organizaciones tribales y movimientos huzíes. En este periodo, no sólo se registraron enfrentamientos armados entre el Gobierno y grupos tribales, sino entre estos mismos grupos y contra grupos islámicos como AQPA y Ansar-Al-Sharia (AAS).⁵⁶⁵

En 2012 el nuevo presidente Hadi fue acusado de perseguir a movimientos políticos secesionistas del sur, llevando a cabo una política de desaparición forzada de personas entre otras violaciones a derechos humanos, lo que reaviva el conflicto con el sur del país. Para el año 2015 este mismo grupo armado tomó la capital del país y el Parlamento se disolvió.⁵⁶⁶

Consecuentemente, el presidente se exilió en Arabia Saudita y solicitó la intervención militar de una coalición formada por los Estados del Golfo. A esta coalición se sumaron Somalia, Nigeria y Pakistán, Estados Unidos y Reino Unido entre otros Estados. La política de ataques aéreos mediante el uso de drones, la utilización de bombas racimo, la restricción para el acceso de ayuda humanitaria a las zonas más afectadas entre otras medidas, han levantado serias sospechas sobre las violaciones al DIH que se cometieron y siguen sucediendo.⁵⁶⁷

2. CALIFICACIÓN DEL CONFLICTO

Al no estar en presencia de un único grupo armado y frente a varios focos de violencia, es necesario determinar los diferentes conflictos existentes en el territorio yemení:

En primer lugar, existe un conflicto armado entre varios grupos tribales. No es posible la aplicación del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra (PAII)

563 General Assembly, Human Rights Council (2011).

564 Reuters (2015).

565 Cf. ARIMATSU & CHOUDHURY (2014: 24-25).

566 Reuters (2015).

567 Desde el año 2012, Estados Unidos ha lanzado frecuentes ataques aéreos mediante el uso de esta tecnología a través de bases aéreas localizadas en Djibouti. En este sentido, ver ARIMATSU & CHOUDHURY (2014: 31); ARRAF (2017:9); SANDS et al (2015: 30).

por cuanto las hostilidades no involucran al Estado.⁵⁶⁸El Protocolo indica que se aplicará a conflictos armados que se desarrollen en el territorio de una de las Partes entre “entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados”.⁵⁶⁹Con lo cual, sería de aplicación el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (A3C). Ahora bien, como se ha determinado en la jurisprudencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, los grupos armados organizados deben contar con ciertas características para poder concertar operaciones militares que sean sostenibles en el tiempo.⁵⁷⁰Para determinar si los grupos armados alcanzan el nivel de organización requerido por el A3C, deben tenerse en consideración las estructuras de mando, la organización del grupo, la jerarquía de las autoridades, así como la capacidad de reclutar nuevos miembros y tener una organización interna.⁵⁷¹ De los hechos se desprende que los grupos de tribus cumplen con estos requisitos. Paralelamente, se aplica el DIDH.

Por otra parte, el conflicto entre los rebeldes huzíes y el Gobierno sí puede estar calificado como un CANI bajo la esfera del PAII, siendo que se cumple tanto el requisito de intensidad del conflicto, como el de organización del grupo armado, el control de parte del territorio y el enfrentamiento directo con fuerzas armadas que representan al Estado. Al mismo tiempo, se aplica el DIDH. Es importante destacar que la participación de una Coalición de Estados que interviene militarmente en el conflicto no transforma el conflicto en internacional, ya que cuenta con la aceptación del gobierno para dicha intervención.

Un tercer tipo de conflicto es el que enfrenta el Gobierno en contra de grupos islámicos como AAS y AQPA. Si bien puede asimilarse al caso anterior de los huzíes, lo cierto es que caben dudas respecto de la capacidad organizativa de estos grupos. Muchas veces, al no contar con información sobre la estructura y desarrollo del grupo armado es difícil poder determinar si cumplen o no con el umbral de organización requerido por el PAII. No debe dejar de tenerse en cuenta que esta falta de información muchas veces es también una estrategia de los grupos armados para evitar sus responsabilidades respecto del DIH.⁵⁷²Es de aplicación el A3C relativo a los conflictos armados no internacionales.

568 Cf. VITÉ (2009: 12).

569 Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra DE 1949, art.1.

570 Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia, “The Prosecutor v. Fatmir Limaj”, Sentencia, 30-11-2005, 94-134.

571 Cf. VITÉ (2009: 8).

572 Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia, “The Prosecutor v. Fatmir Limaj”, Sentencia, 30-11-2005, 132 (“In the Chamber’s finding, this evidence does not establish the non-existence of a KLA organizational structure. Rather, it reflects the conditions under which the KLA operated at the time. The KLA was effectively an underground organization, operating in conditions of secrecy out of concern to preserve its leadership, and under constant threat of military action by the Serbian forces. The members of the General Staff did not meet regularly because of the security situation and identified themselves not by their names but by numbers for the same reason. In these circumstances it is of no surprise that the organizational structure and the hierarchy of the KLA were confusing, or not known, to outside observers, and that, to some, this suggested a state of confusion.”).

Respecto de la calificación de CANI según el PAII en lo relativo a los enfrentamientos entre los huzíes y el Estado, esta calificación alcanza solamente al Estado de Yemen y al grupo armado. Si bien se ha determinado la participación en las hostilidades de otros Estados como Arabia Saudita o Estados Unidos, esta intervención cuenta con el beneplácito del Gobierno, con lo cual no sólo la calificación del conflicto no cambia, sino que no quedan obligados por el PAII, (dejando de lado que además no han ratificado el tratado, a diferencia del Estado de Yemen).⁵⁷³ En estos casos, en el marco de las hostilidades el DIH se rige a través del A3C y subsidiariamente a través del DIDH.

El caso de Yemen sirve para analizar varios aspectos donde el DIH parece no tener una respuesta específica. La multiplicidad de actores, sus diferentes características, el solapamiento de diferentes regímenes de DIH, representa un verdadero desafío a la hora de determinar las responsabilidades de cada una de las partes en un contexto de conflicto armado. No es de extrañar entonces, que muchas veces los protagonistas del conflicto busquen terciarizar sus operaciones militares con el fin de evadir esta responsabilidad. Por ejemplo, el Gobierno de Saleh fue acusado de utilizar milicias jihadistas para repeler los ataques de los huzíes.⁵⁷⁴ Estamos frente a “nuevas guerras” (también llamadas guerras proxy), donde más que declaraciones de guerra se observa una creciente tercerización de la guerra, una dificultad manifiesta para poder calificar los conflictos y cada vez mayor obstáculos a la hora de atribuir responsabilidad.⁵⁷⁵

3. QUÉ CAMBIOS, SI ACÁ NO PASÓ NADA...

Como hemos mencionado, la incapacidad de la comunidad internacional para mantener la paz y seguridad internacional están afectando no sólo a aquellos que participan de las hostilidades, sino que también a un incalculable número de desplazados y refugiados, produciendo así un cambio el enfoque de las responsabilidades que se tienen respecto de las crisis humanitarias, como sucede en el caso de Yemen.

Si bien el DIH prevé la protección de aquellos que no se encuentran participando de las hostilidades y el fomenta la asistencia antes, durante y luego de los conflictos armados, en las últimas décadas, los principios fundamentales de neutralidad, imparcialidad, humanidad e independencia han sido manipulados como herramientas auxiliares de las políticas de turno para desviarlos del objetivo inicial reconocido en los CG de 1949.

Algunos de los principales cambios que podemos ver en las características

573 Yemen ratificó el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 el 17-04-1990. Ver Comité Internacional de la Cruz Roja, “Treaties, States Parties and Commentaries”.

574 Ver CRISIS GROUP (2009: 15).

575 Como ejemplo, podemos mencionar el bombardeo a un funeral en Yemen por parte de la Coalición, ver GOODMAN & WHITING (2016).

de las guerras en el siglo XXI son: a) el aumento en la prolongación en tiempo e intensidad de los conflictos armados;

b) la forma en que la asistencia humanitaria que se brindaba en el siglo pasado —pensada para ser entregada por breves períodos de tiempo y de forma excepcional— se ha tornado en la creación de sistemas de salud, educación, financiamiento y desarrollo de campos de refugiados donde las personas pueden llegar a pasar décadas viviendo; c) los límites a los medios y métodos de combate creados luego de las destrucciones masivas observadas tras los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki durante la Segunda Guerra Mundial han sido olvidados por las generaciones contemporáneas y no son respetados bajo ninguna condición; d) los mismos organismos que brindan asistencia humanitaria y fueron protegidos por los CG, hoy son considerados objetivos susceptibles de sufrir un ataque y son considerados una herramienta fundamental en la carrera militar que se esté peleando; e) hemos pasado de ver conflictos en condiciones de proporcionalidad entre las partes, a vivir en un mundo donde todas las guerras se desarrollan de manera asimétrica y con multiplicidad de actores; f) la ineficacia de algunas instituciones internacionales para hacer valer las cadenas de mando y responsabilidad durante las hostilidades son un desafío no sólo en términos de seguridad, sino también para la protección y el respeto del DIH; g) la influencia doctrinaria y discursiva para implementar términos como “terrorista” o “migrante ilegal” y despertar emociones de miedo y enojo en la población civil, y h) escenarios donde los combatientes ya no se ven forzados a combatir físicamente en el campo de batalla, sino que pueden hacerlo por medio de aeronaves teledirigidas. Estos son desafíos a los que el DIH debe adaptarse para poder garantizar un trato digno, independiente, neutral, imparcial e humanitario.

4. LOS EFECTOS EN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

¿Cuál es la finalidad de los ataques perpetrados contra las organizaciones humanitarias en Yemen? Si bien hay numerosas causales y todas son susceptible de debate, la crisis por la que está atravesando el DIH no es una casualidad. Hoy en día, el respeto al DIH ha quedado relegada a una cuestión de “suerte” o libre albedrío de las partes en conflicto. El simple hecho de evacuar con fines humanitarios a los civiles de una ciudad como Saná, les permite a los combatientes identificar quienes son potenciales enemigos y al perpetrar un ataque contra ellos, pueden llamar la atención de algunos líderes mundiales y ponerlos a debatir en la mesa del día algunos de sus intereses.

5. REVALORIZANDO LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Principio de Humanidad: “El sufrimiento humano debe abordarse dondequiera que se encuentre. El objetivo de la acción humanitaria es proteger la vida y la salud y garantizar el respeto de los seres humanos”, reconocido en el artículo 27 del CG IV, el artículo 3 común de los CG y artículo 4 de la AP II, protege a aquellas personas que no se encuentren participando de las hostilidades o hayan dejado de participar y les proporciona un trato digno como ser humanos. Sin embargo, derechos fundamentales son violentados todos los días durante una guerra. Al día de hoy, el principio de humanidad tiene por objetivo único intentar mantener con vida a grupos vulnerables y cubrir sus necesidades básicas para sobrevivir sin poder dar abasto para priorizar lo importante y lo urgente. Lamentablemente, el trato apropiado conforme el género, la edad, la atención psicológica y las necesidades especiales que cada persona tiene, se ven desplazadas por los intentos de organismos humanitarios para mantener con vida a la población civil en condiciones sumamente complejas.

Principio de Neutralidad: lo importante de este principio es entender que la neutralidad es una cuestión de percepciones, por ende puede ser construida o destruida en base al accionar de una persona. En su origen, este principio tenía por objetivo garantizar la asistencia humanitaria a los heridos en combate sin que esto implicase una ventaja para alguna de las partes en conflicto. Lamentablemente, hoy en día no alcanza con manifestarse neutralmente y generar una ventaja durante las hostilidades, sino que la atención a la población es vista como un medio de combate y los recursos humanitarios muchas veces se han convertido en objetivos militares. El simple hecho de brindar educación a niños/as en un país como Yemen, puede ser percibido como una falta de respeto a la religión o tradición de un lugar por grupos como Boko-Haram o los grupos talibanes extremistas, exponiendo así a los menores a ser víctimas de un ataque. Sumado a esto, hay que pensar qué tipo de educación puede llegar a recibir estos niños/as en cuanto al contenido académico o idioma. Es por esto que es tan importante entender que la neutralidad como percepción va a depender más del profesionalismo con la trabajen los agentes humanitarios que con la declaración formal de sí mismos.

Principio de Independencia: Las organizaciones que brindan asistencia humanitaria dependen en gran parte de donadores, cumplimiento de estatutos, agentes externos e internos, todos interesados en el resultado del conflicto que tiene el poder de apoyar o destruir una misión en el terreno, afectando así a las comunidades afectadas. La comunicación, cooperación y coordinación entre los organismos humanitarios es fundamental para atender las necesidades locales. Sin embargo, esto no siempre resulta interesante para agentes externos a los afectados y cuestionan las decisiones de los organismos que brindan asistencia. Es por esto que en los últimos años, muchísimos organismos internacionales han comenzado procesos de *accountability* o rendición de cuentas a los donantes. De esta manera, se busca reducir los circuitos de corrupción internacional y corroborar los fines de la implementación de los recursos.

Principio de Imparcialidad: “La acción humanitaria debe llevarse a cabo basándose únicamente en la necesidad, dando prioridad a los casos más urgentes y

no haciendo distinciones basadas en la nacionalidad, la raza, el género, las creencias religiosas, las opiniones de clase o políticas.” Hoy en día para brindar asistencia imparcial se debe tener acceso a la población, y se deben conocer las políticas locales, de manera que el accionar que se lleve a cabo no ponga en duda la imparcialidad de la asistencia. Los principales protectores de los organismos internacionales son las mismas comunidades que se beneficiaran de dicha asistencia. No respetar este principio es lo que puede transformar a una misión exitosa en una catastrófica en un breve periodo.

En diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (resoluciones 713 y 721 de 1991 para Yugoslavia) se ha tratado de evitar reconocer la posibilidad de que exista un derecho a la asistencia humanitaria o el derecho a asistir por parte de la comunidad internacional. Incluso se ha confundido la posibilidad de que exista un derecho a la asistencia humanitaria con el concepto de intervención humanitaria unilateral. Pero si este derecho realmente existiese, ¿cómo afectaría el sentido de intervención y preservación de la soberanía del país donde se busca brindar? Es decir, ¿serían los Estados terceros responsables por omitir un accionar? ¿Es proporcional el uso de la fuerza para asegurar la asistencia humanitaria? Si bien el Consejo de Seguridad prever en su capítulo VII la posibilidad de intervenir un país para proteger a la población civil y brindar asistencia humanitaria conforme el capítulo VII y II de la Carta de Naciones Unidas, no existe ningún mecanismo jurídico efectivo que permita a la población local reclamar y ejercer este derecho a ser asistidos. Esto fue una de los argumentos para rechazar la solicitud en 2015 por parte de los Países Bajos donde solicitaron al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el envío de una delegación para investigar las presuntas violaciones de derechos humanos en Yemen.⁵⁷⁶

6. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: LAS INTERVENCIONES HUMANITARIAS EN YEMEN

Al año 2016, la gran mayoría de los organismos humanitarios en Yemen denunciaron que ninguna de las partes en conflicto ha respetado las distintas treguas humanitarias que se habían pactado con Naciones Unidas (NU) para tratar de aliviar el sufrimiento de la población civil. Ni las fuerzas leales al presidente Hadi, ni el movimiento rebelde chíi de los huzíes han respetado los límites de la guerra, y los bombardeos de la coalición árabe liderada por Riad continúan atormentado a aquellos que no participan del conflicto.

Inclusive la propia Coalición, que anunció de manera unilateral un cese al fuego temporal, reconoció haber atacado las provincias de Hajjah, Lahj, Saada y más recientemente en la capital Sana en apoyo al gobierno del presidente Hadi.

576 Human Rights Council (2015).

Asimismo, según informes de UNOCHA, el 80% de la población depende de la asistencia humanitaria para sobrevivir y más de 1,2 millones de personas han tenido que abandonar sus hogares a razón del conflicto. La escasez de combustible, medicamentos y equipos médicos para los hospitales locales han convertido a los organismos humanitarios en objetivos y se sobrepasados por la crecientedemanda.⁵⁷⁷

7. IMPEDIMENTOS AL INGRESO DE LA ASISTENCIA HUMANITARIA

Las distintas facciones en conflicto han prohibido el ingreso de medicamentos, equipos y alimentos para la asistencia humanitaria, incluida la Coalición del presidente Hadi, apoyada por Arabia Saudita. La escasez de alimentos es uno de los principales focos de presión, ya que se ha diagnosticado que la mayoría de los niños y niñas yemení presenta desnutrición crónica.⁵⁷⁸ Esto para llamar la atención de la comunidad internacional y la prensa internacional respecto del conflicto, sin importar las graves violaciones del art.54 y 69 del PI, el art. 14 del PAII y art. 55 GCIV.

La Coalición ha impuesto mayores burocracias para demorar y encarecer el envío de asistencia humanitaria, impedir la comunicación fuera del país y entorpecer la cooperación entre los organismos. Asimismo, les exige a las organizaciones extranjeras informes respecto de sus tareas y tiempos de ejecución de manera poco flexible; exponiendo así al personal de las mismas. La Coalición debería garantizar la protección informando a las partes en conflicto su ubicación y funciones, pero esto pocas veces sucede.

Los huzíes también han amenazado y amedrentado al personal humanitario por no entregar los nombres de los beneficiarios de su ayuda, lo que lleva por momentos a la interrupción de la asistencia. Ellos también han rechazado el acceso de la asistencia internacional y han impuesto restricciones en la entrega de autorizaciones para la circulación en el territorio, lo dificulta la llegada de la ayuda humanitaria al terreno y el seguimiento de los programas.

8. CONSENTIMIENTO PARA LAS INTERVENCIONES HUMANITARIAS

En el caso de Yemen, desafortunadamente el consentimiento de los Estados para poder implementar operaciones humanitarias debe ser requerido o solicitado por el Estado interesado de forma expresa. Este requisito de consentimiento —implícito en el A3C de los CG y expuesto en los art. 70 API y art. 18.2 del APII— suelen

577 Ver Oficina para la Coordinación de Asistencia Humanitaria de las Naciones Unidas en Yemen (2016).

578 Ver Informe Anual UNICEF (2016: 15-16).

generar algunos debates respecto del reconocimiento como sujeto internacional de los grupos armados.

Excepcionalmente ante situaciones de ocupación, si toda o parte de la población civil está inadecuadamente provista de suministros esenciales para su supervivencia, la potencia ocupante no puede denegar el consentimiento a operaciones humanitarias de carácter humanitario e imparcial. Sin embargo, está facultado para decidir qué actores pueden llevar a cabo las operaciones de socorro humanitario, siempre que se satisfagan las necesidades de la población civil en forma de principios. Asimismo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede adoptar medidas obligatorias que excepcionalmente obliguen a las partes en un conflicto armado y a otros Estados pertinentes a consentir operaciones de socorro humanitario o a imponer tales operaciones a las partes. El Consejo de Seguridad exhorta con frecuencia a las partes en un conflicto armado a conceder acceso humanitario. En muy pocas ocasiones, el Consejo de Seguridad ha adoptado medidas vinculantes en relación con las operaciones de socorro humanitario.

Más recientemente, en respuesta a la crisis humanitaria causada por el conflicto en Siria, el Consejo de Seguridad ha adoptado un enfoque más proactivo en su Resolución 2139 (2014), donde el Consejo formuló una demanda vinculante a las partes en el conflicto de Siria para que permitieran las operaciones de socorro humanitario, lo que les obligaría efectivamente a dar su consentimiento. En la Resolución 2165 (2014) el mismo Consejo adoptó la decisión vinculante para que organismos humanitarios de las Naciones Unidas y asociados estuvieran autorizados a utilizar rutas entre líneas de conflicto y cruces de fronteras detallados para estos fines. En este caso, y por primera vez, el consentimiento del Estado intervenido no fue necesario. Inclusive en 2015, representantes de los Países Bajos solicitaron formalmente al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el envío de una delegación para investigar las presuntas violaciones de derechos humanos en Yemen.

9. CONCLUSIÓN

Pareciera que los conceptos utilizados para la calificación actual de los conflictos armados son demasiado rígidos para la transformación del desarrollo de las hostilidades en el mundo globalizado actual. En estas nuevas guerras los conflictos son internos pero altamente internacionalizados, ya que dependen en la mayoría de los casos de apoyo externo. El requisito de control de territorio determinado en el PAII pareciera enfrentarse con una tendencia actual donde dicho control no parece tan relevante para grupos armados donde las operaciones esporádicas como ataques terroristas suelen ser más efectivas en razón del objetivo en términos de tácticas militares. De esta forma, pareciera que en los conflictos actuales prima la protección del A3C y elDIDH.

La diferencia de protección dependiendo de la calificación establecida también hace depender los crímenes que son atribuibles a cada una de las partes. El conflicto de Yemen, de ser alguna vez llevado ante la Corte Penal Internacional, dejaría fuera de alcance la persecución de crímenes que solamente están diseñados para ser aplicables ante conflictos armados internacionales, como lo es crimen de daño al medio ambiente o hacer pasar hambre a la población civil como método en la conducción de las hostilidades.⁵⁷⁹

10. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2011) “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la visita de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos al Yemen”, A/HRC/18/21.

ASAMBLEA GENERAL, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2015) “Situation of human rights in Yemen: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, A/HRC/30/31.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Treaties, States Parties and Commentaries”, disponible en https://ihl-databa-ses.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=475(última vez consultado: 05-07-2018).

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS (2011) Resolución 2014, S/RES/2014.

ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, e.v. 01 de julio de 2002.

INFORME 2016 DE LA OFICINA PARA LA COORDINACIÓN DE ASISTENCIA HUMANITARIA DE LAS NACIONES UNIDAS EN YEMEN, disponible en el link: <https://www.unocha.org/yemen/about-ocha-yemen>(última vez consultado: 08-07-2018).

INFORME ANUAL 2016 DE UNICEF, disponible en https://www.unicef.org/about/execboard/files/UNICEF_AnnualReport_2016_ES.pdf(última vez consultado: 08-07-2018).

PROTOCOLO ADICIONAL II A LOS CONVENIOS DE GINEBRA del 12 de agosto de 1949.

REUTERS (2009) “Saudi air force hits Yemen rebels after border raid”, Disponible en <https://www.reuters.com/article/us-saudi-yemen-attack/saudi-air-force-hits-yemen-rebels->

REUTERS (2015) “Yemen’s Huzíes dissolve parliament, assume power: televised statement”, 06 de febrero de 2015, disponible en <https://www.reuters.com/>

579 Estatuto de la Corte Penal Internacional, art.8.b.xxv.

article/us-yemen-crisis/yemens-huzies-dissolve-parliament-assume-power-televised-statement-idUSKBN0LA1NT20150207 (última vez consultado: 05-07-2018).

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, “The Prosecutor v. Fatmir Limaj”, Sentencia, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005.

Bibliografía crítica (secundaria)

ARIMATSU, I & CHOUDHURY, M. (2014) “The Legal Classification of the Armed Conflict in Syria, Yemen and Libya”, International Law PP 2014/01, Londres.

ARRAF, S. (2017) “The War Report 2017. The armed conflict in Yemen: a complicated mosaic”, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (Geneva Academy), disponible en <https://repository.graduateinstitute.ch/record/295765> (última vez consultado: 05-07-2018).

BYRNE, M. (2016) “Consent and the use of force: an examination of ‘intervention by invitation’ as a basis for US drone strikes in Pakistan, Somalia and Yemen” en *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3, No. 1, pp.97-125.

CRISIS GROUP (2009) “Yemen: Defusing the Saada time bomb”, Crisis Group Middle East Report N°86.

CUADRO, M. (2016) “Las relaciones en el Golfo después de la “Primavera Árabe” y su impacto en la región”, en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, Vol. 11, N°2, pp. 111- 135.

GOODMAN, R. & WHITING, A. (2016) “Who is Responsible for the Yemen Funeral Bombing, and How?”, en *Just Security*, disponible en <https://www.justsecurity.org/33872/responsible-yemen-funeral-bombing-how/> (última vez consultado: 05-07-2018).

HAMAD ZAHORENO, L. (2011) “Los movimientos antigubernamentales en Yemen: ¿La revolución frustrada?” en *Relaciones Internacionales*, núm. 18, Madrid, pp. 113-135.

SANDS, P. *et al* (2015) “The lawfulness of the authorization by the United Kingdom of weapons and related items for export to Saudi Arabia in the context of Saudi Arabia’s military intervention in Yemen”, London.

VITÉ, S. (2009) “Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales”, en *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, N° 873, pp. 69-94.

Hechos del pasado, normas del presente: el Éxodo Jujeño y el DIH

JUAN HERMINIO GARCÍA ZEBALLOS⁵⁸⁰

Universidad Nacional de La Plata

El derecho internacional humanitario (en adelante DIH), posee como una de sus fuentes principales la costumbre internacional.

Ésta, en materia de DIH, está a su vez sustentada en principios consuetudinarios como el de Distinción, el cual establece que durante la conducción de las hostilidades se debe diferenciar siempre entre objetivos civiles y militares, pudiendo ser comprometidos sólo éstos y no aquéllos.

Sin perjuicio de lo dicho, el propio DIH plantea también ciertas excepciones a esta regla; una de ellas es la llamada táctica de “tierra arrasada” como método de guerra defensiva, por la cual uno de los contendientes ante una incursión enemiga, abandona el lugar a modo de repliegue estratégico pero al hacerlo quema, destruye y arrasa con todo bien material, principalmente de carácter civil, que pueda ser de utilidad al oponente.

La historia muestra varios ejemplos de esta conducta, receptada y aceptada por el DIH bajo determinadas condiciones, y concretamente en la historia argentina se destaca como ejemplo el caso del Éxodo Jujeño, ordenado en 1812 por Manuel Belgrano, en aquella época comandante del Ejército del Norte.

En supuestos de “tierra arrasada”, las sanciones para quienes no acaten la orden de llevar adelante el retiro de este modo suelen ser muy severas; entonces:

¿Cuál es la compatibilidad de la táctica de “tierra arrasada” y el DIH?

¿Dicho régimen es sólo aplicable a los conflictos armados internacionales o también lo es para los conflictos armados no internacionales?

¿Cuál es el régimen legal para las personas civiles que se ven obligadas a efectuar una maniobra de este tipo, ya sea a quienes la realizan o a quienes se niegan a cumplirla?

¿En qué aspectos de una situación de tierra arrasada los derechos humanos son aplicables?

Hacia el desarrollo y respuesta a estos interrogantes se dirige el presente trabajo.

580 Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (FCJyS, UNLP) Argentina. Docente de Derecho Internacional Público, (FCJyS, UNLP). Máster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas, en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. juanherminio76@hotmail.com

1. Principios de DIH y definición del concepto “tierra arrasada”

Como ya fuera expresado, el principio de Distinción es considerado, junto al de Humanidad y el de Proporcionalidad, como principios fundamentales del DIH⁵⁸¹ y, concretamente, haciendo referencia al primero de ellos (Distinción), el mismo forma parte de la restricción de los derechos de los combatientes en todo conflicto armado, ya que no se puede atacar y/o comprometer durante la conducción de las hostilidades bienes que no sean militares; se trata pues de una limitación *rationae loci*,⁵⁸² no sólo legislada a nivel internacional y desarrollada por la doctrina, sino también por la jurisprudencia, principalmente la de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ). En tal sentido encontramos que este principio:

tiene por finalidad la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca deben hacer de los civiles objeto de ataque y, por consiguiente, nunca deben emplear armas incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares.

Asimismo, antes de esta Opinión Consultiva de la CIJ citada, referida a la legalidad de la licitud o amenaza del uso de las armas nucleares, la Sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia estableció que:

la norma según la cual la población civil, así como los bienes de carácter civil, no deben ser objeto de ataque, es una norma fundamental de derecho internacional humanitario aplicable a todos los conflictos armados.

Desde el punto de vista normativo, el Protocolo I de 1977, al que se hiciera referencia, determina como Norma Fundamental que:

*A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.*⁵⁸³

Posteriormente y en el mismo instrumento se afirma que: “Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil”.⁵⁸⁴ Asimismo, el Estatuto de Roma, (creador de la Corte Penal Internacional, CPI) tipifica en su artículo 8 como crimen de guerra, el hecho de no respetar, durante un conflicto armado, la distinción entre

581 “Las normas fundamentales de derecho humanitario deben ser respetadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones en que están inscritas, pues constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario” CHETAİL (2003).

582 DEYRA (2010: 212). Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

583 Artículo 48, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977.

584 *Ibidem*, artículo 57 (1). CHETAİL (2003). HENCKAERTS; DOSWALD-BECK (2007).

civiles y militares o entre bienes de una categoría y otra.⁵⁸⁵

En síntesis, tanto desde la legislación, como doctrina y jurisprudencia internacionales, se ratifica con contundencia que la importancia en todo conflicto armado de respetar el principio de Distinción, con lo cual se podría concluir que dicho principio, al igual que los otros dos ya mencionados, forman parte del *ius cogens*, es decir del orden público internacional.⁵⁸⁶

Como excepción a esta imposibilidad de afectar a civiles y a bienes de carácter civil durante las hostilidades, debemos citar el ejemplo de la táctica de “tierra arrasada”, siempre y cuando la misma sea ejercida dentro de determinados límites.

¿Pero qué es la táctica de “tierra arrasada”? La misma consiste en que frente al avance del enemigo, el ejército contrario arrasa con determinados bienes civiles que podrían ser aprovechados por el adversario.

Se debe igualmente marcar una distinción conceptual entre la táctica de “tierra arrasada” y la táctica de tierra desierta, al consistir esta última en ubicar a las personas y a los bienes civiles en sitios lejanos al avance del adversario pero sin incendiar ni destruir el lugar, lo cual no entra en conflicto con ninguna norma del DIH, a diferencia de la “tierra arrasada” que sí podría colisionar con sus normas, siendo sólo compatible con ellas a título excepcional y bajo condiciones taxativas. (Ver Aspecto Jurídico).

2. Aspecto jurídico

La Historia de la civilización humana, lamentablemente marcada por las guerras, muestra numerosos ejemplos del empleo de la táctica de “tierra arrasada”, método utilizado en varios conflictos. Al sólo título ilustrativo, se mencionarán tres sucesos que tuvieron lugar en diversos momentos históricos, para luego pasar a un cuarto ejemplo ocurrido durante la organización de la República Argentina como tal.

En primer lugar, en el libro *La Guerra de las Galias*, que relata la conquista de la actual Francia a manos de los romanos, comandados por Julio César, se narra como Vercingetórix, líder de las tribus galas que enfrentaban la invasión romana ordenó practicar la “tierra arrasada”.⁵⁸⁷

XIV. Vercingetórix, escarmentado con tantos continuados golpes recibidos en Velaunoduno, Genabo, Neury, llama los suyos a consejo; propóneles «ser preciso mudar totalmente de plan de operaciones; que se deben poner todas las miras en quitar a los romanos forrajés y bastimentos. (...) Añade que por conservar la vida debían menospreciarse las haciendas y comodidades, resolviéndose a quemar las aldeas y caserías que hay a la redonda de Boya hasta donde parezca poder extenderse los enemigos a forrajear; que por lo que a ellos toca, todo les sobraba, pues

585 Ver especialmente artículo 8 párrafos 2 b) y 2 e) del Estatuto de la CPI.

586 CHETAİL (2003).

587 JULIO CÉSAR (ed. 1986: 115) *La Negrita* pertenece al autor del presente trabajo.

serían abastecidos de los paisanos en cuyo territorio se hacía la guerra. Los romanos o no podrían tolerar la carestía, o con gran riesgo se alejarían de sus tiendas; que lo mismo era matarlos que privarles del bagaje, sin el cual no se puede hacer la guerra; que asimismo convenía quemar los lugares que no estuviesen seguros de toda invasión por naturaleza o arte, porque no sirviesen de guarida a los suyos para substraerse de la milicia, ni a los romanos surtirles en de provisiones y despojos.

Siglos más tarde, en 1812 y en la Rusia imperial de los zares, los rusos aplicarían la misma táctica ante el avance de *La Grande Armée* de Napoleón, llegando incluso a incendiar hasta la misma ciudad de Moscú, lo que habría llevado a Napoleón a exclamar en referencia a Rusia: “Esto pasa todo límite”: es una guerra de exterminio, es una táctica horrible, sin precedente en la historia de la civilización... ¡Quemar sus propias ciudades! El demonio inspira a esta gente... Bárbaros... Qué feroz resolución, que audacia”⁵⁸⁸

Idéntica táctica aplicaría en 1941 el ejército de ese país, devenido ahora en Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) para intentar detener o al menos demorar, el avance de la *Wehrmacht* alemana durante la Operación Barbarroja ordenada por Hitler durante la Segunda Guerra Mundial.⁵⁸⁹

Ahora bien, volviendo atrás en el tiempo, en el mismo año (1812) y casi en simultáneo con la invasión francesa a Rusia, algo similar ocurría en el territorio de las, por entonces, Provincias Unidas del Río de la Plata que se encontraban envueltas desde 1810 en un conflicto armado con España, su Metrópoli y que conduciría algunos años más tarde a la independencia de aquéllas; este hecho en cuestión fue el Éxodo Jujeño.⁵⁹⁰

3. El éxodo jujeño

El Éxodo Jujeño se ve enmarcado en lo que fuera la Segunda expedición auxiliadora al Alto Perú, campaña militar que se realizara entre los años 1812 y 1813. Al frente del contingente militar enviado por Buenos Aires, estaba el Doctor Manuel Belgrano, devenido militar desde hacía algunos años y como segundo jefe el general Eustoquio Díaz Vélez.

Para ese entonces y en la parte norte del ex Virreinato del Río de la Plata, el avance de la revolución que había comenzado en 1810, estaba detenido. Las tropas patriotas habían sido expulsadas del Alto Perú por el general realista José Manuel de Goyeneche luego de la batalla de Huaqui y este mismo militar había aplastado el levantamiento de Cochabamba, último alzamiento revolucionario ocurrido en la actual Bolivia por aquella época. Así las cosas y sin problemas en la retaguardia,

1. 588 GANIÈRE (1987: 13-32) Original en francés, traducción del autor del presente trabajo. Ver asimismo: GRIMBERG (TOMO 33: 78).

589 GRIMBERG (Tomo 39: 67).

590 Para este tema ver: <http://www.portaldesalta.gov.ar/exodo.htm> y MITRE (1950: 236-237).

el ejército realista, compuesto por unos tres mil soldados, se encontraba listo para invadir las autoproclamadas Provincias Unidas del Río de la Plata desde el norte y avanzar hasta Buenos Aires, a los fines de terminar en la propia capital rebelde con todo intento de insurrección. Para comandar esta misión fue designado el general Juan Pío Tristán, primo de Goyeneche.

Con el objetivo de detener la invasión realista desde el norte, el Primer Triunvirato, máxima autoridad gubernamental del momento, envía a Belgrano, a hacerse cargo del destruido Ejército del norte.

En Jujuy, Belgrano recibe la orden del Triunvirato de replegarse hasta Córdoba, medida que no juzgó conveniente porque habría implicado dejar avanzar a los realistas medio país y decidió entonces retirarse sólo hasta Tucumán. Es en el camino hacia ese destino, donde se produce el éxodo, suceso que comienza un 23 de agosto de 1812.

Belgrano, mediante un bando, ordena que los habitantes deben partir y que nada debe quedar en la ciudad de Jujuy que pueda servirles a los realistas; por lo tanto había que llevar lo que se pudiera llevar y lo que no, debía ser quemado; medidas todas bajo pena de fusilamiento para quien se rehusara a desobedecer sus órdenes por considerarlo traidor a la Patria. Establece el bando firmado por Belgrano:

Pueblos de la Provincia: desde que puse el pie en vuestro suelo para hacerme cargo de vuestra defensa, en que se halla interesado el Excelentísimo Gobierno de las Provincias Unidas de la República del Río de la Plata, os he hablado con verdad. Siguiendo con ella os manifiesto que las armas de Abascal al mando de Goyeneche se acercan a Suipacha; y lo peor es que son llamados por los desnaturalizados que viven entre vosotros y que no pierden arbitrios para que nuestros sagrados derechos de libertad, propiedad y seguridad sean ultrajados y volváis a la esclavitud.

Llegó pues la época en que manifestéis vuestro heroísmo y de que vengáis a reuniros al Ejército de mi mando, si como aseguráis queréis ser libres, trayéndonos las armas de chispa, blancas y municiones que tengáis o podáis adquirir, y dando parte a la Justicia de los que las tuvieren y permanecieren indiferentes a vista del riesgo que os amenaza de perder no solo vuestros derechos, sino las propiedades que tenéis.

Hacendados: apresuraos a sacar vuestros ganados vacunos, caballares, mulares y lanares que haya en vuestras Estancias, y al mismo tiempo vuestros charquis hacia el Tucumán, sin darme lugar a que tome providencias que os sean dolorosas, declarándolos además si no lo hicieseis por traidores a la patria.

Labradores: asegurad vuestras cosechas extrayéndolas para dicho punto, en la inteligencia de que no haciéndolo incurriréis en igual desgracia que aquellos.

Comerciantes: no perdáis un momento en enfardelar vuestros efectos y remitirnos e igualmente cuantos hubiere en vuestro poder de ajena pertenencia, pues no ejecutándolo sufriréis las penas que aquellos, y además serán quemados los efectos que se hallaren, sean en poder de quien fuere, y a quien pertenezcan.

Entended todos, que al que se encontrare fuera de las guardias avanzadas del ejército en todos los puntos en que las hay, o que intente pasar sin mi pasaporte será pasado por las armas inmediatamente, sin forma alguna de proceso. Que igual pena sufrirá aquel que por sus conversaciones o por hechos atentase contra la causa sagrada de la Patria, sea de la clase, estado o condición que fuese. Que los que inspirasen desaliente estén revestidos del carácter que estuviesen serán igualmente pasados por las armas con solo la deposición de dos testigos.

Que serán tenidos por traidores a la patria todos los que a mi primera orden no estuvieren prontos a marchar y no lo efectúen con la mayor escrupulosidad, sean de la clase y condición que fuesen.

No espero que haya uno solo que me dé lugar para poner en ejecución las referidas penas, pues los verdaderos hijos de la patria me prometo que se empeñarán en ayudarme, como amantes de tan digna madre, y los desnaturalizados obedecerán ciegamente y ocultarán sus inicuas intenciones. Más, si así no fuese, sabed que se acabaron las consideraciones de cualquier especie que sean, y que nada será bastante para que deje cumplir cuanto dejo dispuesto.

Cuartel General de Jujuy, 29 de julio de 1812. Manuel Belgrano.⁵⁹¹

En cinco días se cubrieron los 250 km que separan Jujuy de Tucumán con una caravana de unas 1500 personas.

Al arribar los realistas a Jujuy sólo encontraron “tierra arrasada”, las cosechas habían sido levantadas y todo aquello que no había podido ser transportado ardía en las calles de una ciudad desierta.

Como táctica militar, el éxodo forzoso y bajo duras condiciones impuesto por Belgrano había cumplido su objetivo.

4. Aspecto jurídico

Como ya fuera explicado, la violación al principio de Distinción constituye una infracción grave al DIH, es decir un crimen de guerra, situación regulada actualmente por varios artículos del Protocolo Adicional I de 1977 y en especial por el artículo 54 cuyo título es Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y el cual, en su párrafo 2 establece la obligatoriedad de las partes en

591 Proclama publicada en el portal www.educ.ar

conflicto de respetar los bienes de los que la población se vale para su subsistencia, entonces:

2. Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito.

Pero en el inciso 5 del mismo artículo encontramos la excepción a esta regla, excepción dada por la táctica de “tierra arrasada”:

5. Habida cuenta de las exigencias vitales que para toda Parte en conflicto supone la defensa de su territorio nacional contra la invasión, una Parte en conflicto podrá dejar de observar las prohibiciones señaladas en el párrafo 2 dentro de ese territorio que se encuentre bajo su control cuando lo exija una necesidad militar imperiosa.

La táctica de “tierra arrasada”, jurídicamente, está en un doble contacto con el principio de Distinción, pues afecta tanto a bienes civiles, ya sean imprescindibles o no para el sustento de la población, como a los civiles mismos. Ninguna de las dos situaciones vulnera el principio de Distinción, por cuanto el desplazamiento de los civiles, debido a una necesidad militar imperiosa, al igual que la destrucción de bienes civiles destinados o no a la supervivencia de la población, en caso de que se quiera aplicar la “tierra arrasada” es conforme a derecho, siempre y cuando se cumplan las prescripciones de la legislación en vigor.⁵⁹²

A saber: la táctica de “tierra arrasada” puede ser ejercida de manera legal tanto por el país que defiende su territorio de una invasión extranjera, como por parte de una potencia ocupante, pero en este último caso sólo será lícita si existen razones militares imperiosas y únicamente si es ejercida sobre bienes no indispensables para la población civil, (puentes, carreteras, vías férreas, aeródromos, por ejemplo); si el Estado ocupante afectara otros bienes civiles que sí son indispensables para la población, como cosechas en pie o alimentos en general, o no tuviera una necesidad militar imperiosa, esto sería un crimen de guerra. Del mismo modo, sólo puede determinar el desplazamiento de la población civil por su propia seguridad o por

592 Ver artículo 53 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de Personas Civiles en tiempo de guerra. Artículo 53: “Está prohibido a la Potencia ocupante, destruir bienes muebles o inmuebles, pertenecientes individuales o colectivamente a personas particulares, al Estado o a organismos públicos, y a agrupaciones sociales o cooperativas, salvo en los casos en que tales destrucciones las hicieren necesarias las operaciones bélicas”; y el artículo 8 párrafo 2 e) inciso viii del Estatuto de la CPI: viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas”.

existir un motivo militar imperioso.⁵⁹³

Ahora bien, si quien efectúa la “tierra arrasada” es el país invadido, es decir cuando se ejerce de manera defensiva por parte de un ejército que se repliega dentro de su propio territorio y lo hace también bajo las exigencias de una necesidad militar imperiosa, se puede llegar a comprometer asimismo bienes indispensables para la población civil, ello habida cuenta de la necesidad vital que para toda parte en conflicto implica la defensa de su territorio nacional.⁵⁹⁴

En otras palabras, frente a la entrada de tropas invasoras, el ejército defensor decide retirarse de la posición que ocupa, pero al hacerlo se repliega junto a su propia población civil y destruye todo tipo de bien civil, incluso aquellos bienes indispensable para la población civil pero que no obstante podrían ser también de utilidad al enemigo (viviendas, medios de transporte, depósitos de combustible, comida, agua potable, cultivos, ganado, etc.) y de este modo le impide reabastecerse, con el consiguiente retraso que esto implica para las huestes invasoras y la debilidad en la que éstas podrían quedar al no encontrar nada con qué aprovisionarse.

5. Conclusiones

Luego de haber narrado hechos históricos referidos a la táctica de “tierra arrasada” y de haber analizado los distintos supuestos de la misma, así como su análisis a la luz de las normas del DIH, tanto convenciones como consuetudinarias,⁵⁹⁵ y en este último caso relacionándola en especial con el principio de Distinción, corresponde ensayar algunas respuestas a las preguntas que fueran planteadas al inicio de este trabajo.

La compatibilidad de la táctica de “tierra arrasada” y el DIH es plena en la medida en que se cumplan los supuestos planteados por las normas del DIH, esto es, todo beligerante puede aplicar la táctica de “tierra arrasada”, pero sólo quien se defiende de un ataque sobre su propio territorio nacional puede comprometer al hacerlo, bienes indispensables para la población civil.

DICHA CONCLUSIÓN ES VÁLIDA PARA LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES PERO NO ESTÁ CLARO SI TAMBIÉN ES APLICABLE A LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES, POR CUANTO EL ARTÍCULO 14 DEL PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL DE 1977, PROHÍBE COMO MÉTODO DE COMBATE AFECTAR BIENES QUE SEAN INDISPENSABLES PARA LA POBLACIÓN CIVIL, SIN CONTEMPLAR EL SUPUESTO DE

593 Ver artículo 49 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de Personas Civiles en tiempo de guerra.

594 PICTET (1987) Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

595 HENCKARERTS; DOSWALD-BECK (2007).

Las personas que se vean involucradas en una contingencia de este tipo, están obligadas a obedecerla, pues se trata de una medida lícita según el DIH, pero para el caso de aquéllos que se resistan a una medida tal, no pueden ser sancionados sin ser sometidos previamente a un proceso regular, provisto de todas las garantías de defensa necesarias.

Toda persona perjudicada por una medida de este tipo, tiene derecho posteriormente, a ser resarcida por las pérdidas patrimoniales sufridas, esto si se hace una analogía, en el caso de que la “tierra arrasada” haya sido ordenada por las autoridades del Estado del cual esa persona depende, con la figura legal de la expropiación.

Finalmente, en todo lo referido al modo de cumplimiento de la orden de desplazamiento, así como también a las garantías procesales al momento de imponer sanciones y la reparación por las pérdidas sufridas en consecuencia, los derechos humanos y sus sistemas de protección adquieren una importancia sumamente relevante.

6. Bibliografía

Fuentes primarias

CONVENIO IV DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL PENAL.

PROTOCOLO I ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES, 1977.

PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL, 1977.

Bibliografía crítica (secundaria)

596 IBÍDEM. Sin perjuicio de lo dicho, en la misma obra se afirma que en el Manual Básico de Colombia, se prohíbe ordenar una política de la tierra arrasada como método de combate “en todo conflicto armado”.

- CHETAIL, V. (2003) “LA CONTRIBUCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO”, EN *REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA*.
- DEYRA, M. (2010) “*Droit International Public*”, 2e édition, París.
- DEYRA, M. (2009) “*Le Droit dans la guerre*” París.
- GANIÈRE, P. (1987) “La Retraite de Russie”, en *Revue du Souvenir Napoléonien* N° 354.
- GRMBERG, C. (1967) Historia Universal, Tomo XXXIII “*Napoleón I*”. Ediciones Daimon, Manuel Tamayo, copyright por P.A. Norstedt & Söners.
- GRMBERG, C. (1967) Historia Universal, Tomo XXXIX “*El Siglo XX*”. Ediciones Daimon, Manuel Tamayo, copyright por P.A. Norstedt & Söners.
- HENCKAERTS, & DOSWALD-BECK (2007) *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas*. Traducido por Margarita Serrano García. Comité Internacional de la Cruz Roja. Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe. Buenos Aires.
- CÉSAR, J. (1986) “*Comentarios de la Guerra de las Galias*”, Barcelona.
- MITRE, B. (1950) “*Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*”, Buenos Aires.
- PICETET, J. (1987) “*Comentarios al III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativa al trato debido a los Prisioneros de Guerra*”.

Liberación anticipada de prisioneros de guerra: la batalla de Salta y el conflicto armado de Malvinas. Historia argentina y DIH

JUAN HERMNIO GARCÍA ZEBALLOS⁵⁹⁷

Universidad Nacional de La Plata

Dígale usted a su general que se despedaza mi corazón al ver derramada tanta sangre americana: Que estoy pronto a otorgar una honrosa capitulación, que haga cesar inmediatamente el fuego en todos los puntos que ocupan sus tropas, como yo voy a mandar que se haga en todos los que ocupan las mías⁵⁹⁸

El principio de Buena Fe es una regla, no sólo del derecho interno sino también del derecho internacional. Su observación constituye una de las máximas de todo el ordenamiento jurídico,⁵⁹⁹ pues ninguna norma, por más precisa que fuere, logrará su acatamiento si no hay una voluntad humana dispuesta a hacerlo, es decir, dispuesta a cumplir la palabra formal y legalmente empeñada.

Esta premisa, obviamente, no es ajena al derecho internacional humanitario (en adelante DIH), donde se plantean diversas hipótesis en que el hecho de actuar de buena fe resulta esencial, tanto para obtener el cumplimiento de la norma en sí,⁶⁰⁰ como para no generar situaciones opuestas a la finalidad perseguida por el DIH.

Uno de estos supuestos es la liberación anticipada de prisioneros de guerra, facultad otorgada a la potencia detentora, quien aún antes de que culminen las hostilidades puede liberarlos bajo palabra; promesa que, en la generalidad de los casos, conlleva la obligación de no volver a luchar activamente contra la potencia que ejerce este derecho con los combatientes enemigos.

¿Qué ocurre cuando aquellas personas que recuperaron la libertad bajo esta modalidad, regresan no obstante a las armas para combatir a quién los liberó? ¿Cuál sería la calificación y eventual sanción legal del hecho? ¿Se trata de una cuestión jurídica o más bien de tipo moral?

597 Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (FCJyS, UNLP) Argentina. Docente de Derecho Internacional Público, (FCJyS, UNLP). Máster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas, en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. juanherminio76@hotmail.com

598 Palabras de Manuel Belgrano al coronel de La Hera, emisario realista para parlamentar, luego de la batalla de Salta.

599 Pacta sunt servanda. Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ver asimismo DEYRA (2010: 40). Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

600 Ver al respecto entre otros: artículo 1^a común a las cuatro convenciones de Ginebra de 1949. “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”.

La historia argentina muestra algunos supuestos de liberación anticipada de prisioneros. Desde la época de las batallas por la independencia, hasta el conflicto armado por las islas Malvinas podemos encontrar ciertos casos propicios para ser estudiados y tratar de hallar en ellos las respuestas a las preguntas enunciadas anteriormente. El enfoque didáctico entonces será triple, pues el marco normativo regulatorio se confrontará con los hechos de la historia, para finalmente formular una serie de conclusiones e interrogantes al respecto.

1. Aspecto histórico

1.1. Conflicto armado del Atlántico Sur

La figura de la liberación anticipada de prisioneros de guerra ha sido utilizada en diversos conflictos armados en donde participara la República Argentina, incluso cuando aún no poseía tal denominación. Como primer ejemplo y en la historia reciente, en 1982, durante el conflicto armado entre Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña, ambas partes recurrieron a este mecanismo para liberar, antes de terminados los combates, a los prisioneros de guerra que estaban en su poder; así encontramos que luego de la toma del archipiélago de Malvinas el 2 de abril y el de las Georgias del Sur el 4 de abril de aquel año por parte de las fuerzas armadas argentinas, fueron puestos en libertad, sin intervención del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y casi de inmediato, los soldados británicos y el grupo de personas civiles capturadas durante los combates. Posteriormente, y ya con la participación del CICR, se produjeron varias liberaciones anticipadas más: el 13 de mayo, 189 militares y civiles argentinos, capturados por las tropas británicas en Georgia del Sur; el 2 de junio, el CICR entregó a las autoridades argentinas en Montevideo a un militar y a 23 civiles argentinos capturados; el 12 de junio, el CICR participó en la liberación de 1.013 prisioneros de guerra argentinos, capturados durante los combates de Goose Green y de Puerto Darwin.⁶⁰¹

Todo ello permitió evitar los sufrimientos de la detención en condiciones climáticas difíciles como son las de estas islas durante el invierno y por ende, se puede apreciar aquí una actividad de las partes beligerantes plenamente de acuerdo al espíritu del DIH, lo que hace del conflicto del Atlántico Sur *un raro ejemplo por lo que respecta a liberaciones (...)*.⁶⁰²

1.2. Batalla de Salta

Remontándonos hacia la época de las guerras por la independencia, cabe mencionar como ejemplo del tema de marras el caso de la batalla de Salta, ocurrida

601 JUNOD (1990).

602 IBÍDEM anterior. La cursiva es transcripción literal de la autora del libro.

en esa provincia argentina el 20 de febrero de 1813, entre las tropas de las Provincias Unidas del Río de la Plata, al mando del abogado y general Manuel Belgrano, (quien ya había sido vencedor de los realistas en Tucumán) y las del Reino de España, comandadas por Juan Pío de Tristán.

Después de la victoria de las fuerzas patriotas, Belgrano conmovido por la acción protagonizada en su mayoría por soldados y oficiales nacidos en suelo americano por ambos bandos, abrazó al general realista derrotado, con quien lo unía una cierta amistad personal y se comprometió a liberar a todos los prisioneros a cambio de que no volvieran a tomar las armas contra la Revolución en América. Así las cosas los prisioneros fueron liberados, incluso el propio Tristán, bajo promesa, lo que dio origen a los llamados “Juramentados de Salta”.⁶⁰³

El general José Manuel de Goyeneche, también americano, primo de Tristán y jefe de las tropas realistas en el Alto Perú, temiendo que aquellos soldados liberados bajo palabra estuviesen contaminados con ideas revolucionarias, ordenó que todos fueran detenidos antes de llegar a Oruro y en un pueblo de las inmediaciones de dicha ciudad llamado Sepulturas formuló una arenga hacia la tropa rendida, diciéndoles a sus hombres que estaban absueltos de su juramento por el Arzobispo de Charcas y el obispo de La Paz y los incitó a tomar otra vez las armas y a unirse a su antiguo ejército en contra de las tropas enviadas por Buenos Aires. La absolución canónica se debió a la invalidez de los pactos hechos con los “rebeldes” por parte de soldados leales al Rey. Siete oficiales y trescientos soldados aceptaron volver a la lucha en el bando realista y con ellos se formó un cuerpo de combate llamado el “Batallón de la Muerte”.⁶⁰⁴

La campaña de Belgrano en el Norte continuó, pero las huestes patriotas deberían hacer frente ahora a tropas dirigidas por uno de los mejores militares del imperio español en América, el marqués Joaquín de la Pezuela. Finalmente, Belgrano tendría que enfrentarlo y la guerra se saldaría con dos derrotas, Vilcapugio y Ayohuma que provocarían la debacle del ejército del Norte; pero es luego de la primera de las batallas donde ocurre el suceso en relación al tema en estudio. Tras la derrota en Vilcapugio, el 1° de octubre de 1813, Belgrano se retiró hacia la localidad de Macha y el ejército realista quedó en Yocalla, éste último no tenía víveres y estaba rodeado de poblaciones hostiles, con lo cual su capacidad operativa era nula. Belgrano, aprovechando esto, decidió enviar partidas para hostigar al enemigo y tener noticias sobre su vanguardia; en una de ellas destacó al teniente de Dragones Gregorio Aráoz de La Madrid quien con un reducido grupo de hombres y en medio de un clima poco favorable llegó, guiado por un aborigen, al campo de Yocalla donde se encontraba un oficial realista, Saturnino Castro, al mando de su división. Cerca de allí, tomó prisioneros a una partida de cinco soldados enemigos; dos de estos prisioneros resultaron ser juramentados de Salta. Ambos fueron remitidos a Belgrano quien ordenó que se los fusilara por la espalda y se les cortara sus cabezas, para colocar en

603 Para todo lo referido a esta parte de la historia ver: MITRE (1950: Capítulos XXI, XXII y XXIII).

604 IBÍDEM anterior.

la frente un rótulo en grandes letras que decía “POR PERJUROS”. Estas cabezas fueron a su vez transportadas hacia donde se hallaba La Madrid para que se colocasen en zonas próximas al ejército enemigo como muestra del escarmiento para quienes habían traicionado la fe jurada.⁶⁰⁵

Esta medida, que contrasta con otros proceder y decisiones de Belgrano caracterizados por su indulgencia y humanidad, muestra hasta qué punto se consideraba grave en aquella época, el hecho de haber sido liberado bajo palabra de no volver a tomar las armas y no obstante haberlo hecho, con lo cual se puede observar que un combatiente liberado y capturado en estas condiciones, pierde su condición de prisionero de guerra y pasa a ser considerado un infractor a las leyes de la guerra y por ende tratado según el juicio del captor.

2. Aspecto Jurídico

Al hablar sobre los prisioneros de guerra y su posible liberación anticipada, corresponde en primer término mencionar la definición legal de prisionero de guerra que es brindada por el DIH. El artículo 4 del Convenio III de Ginebra de 1949 sobre el trato debido a los prisioneros de guerra, determina que son considerados prisioneros de guerra en el sentido del convenio las personas que, perteneciendo a una de las categorías que el mismo artículo menciona: (miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; miembros de las milicias; la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, siempre que lleve las armas a la vista y respete las leyes y las costumbres de la guerra, entre otros casos) caigan en poder del enemigo. Es decir, aquéllos que de un modo u otro participen en las hostilidades, siempre según lo establecido por el artículo 4 mencionado y quedan bajo el poder de la parte adversa.

Es así que, cualquiera de estas personas considerada prisionero de guerra, debe ser liberada y repatriada sin demora una vez finalizadas las hostilidades activas (artículo 118 del III Convenio de Ginebra de 1949). Sin embargo existe la facultad para la potencia detentora de liberar a los prisioneros de guerra antes de ese momento, puesto que si bien haber capturado soldados enemigos constituye una ventaja militar para quien lo efectúa, pues priva de una parte de sus miembros al ejército contrario, también es cierto que muchas veces un largo cautiverio, con los costos que ello supone y la responsabilidad estatal que genera, puede no ser conducente para la potencia detentora, en especial en aquellos casos donde existan problemas de salud en los prisioneros a ser liberados antes de terminado el conflicto armado.⁶⁰⁶

605 IBÍDEM anterior. Asimismo ver al respecto DE MARCO (2013: 454-455).

606 PICTET “Comentarios al Convenio III de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativa al trato debido a los Prisioneros de Guerra”.

Edición en línea: <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUp-COMART&articleUNID=55AC98932FB2650CC12563BD002BF15E> Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

De esta manera, el propio Convenio III de Ginebra de 1949, ha previsto la liberación anticipada de prisioneros de guerra, dejando esto como potestad exclusiva de la parte que desee hacerlo y bajo una serie de condiciones que establecen derechos y obligaciones tanto para los Estados en pugna como para los prisioneros liberados, (artículo 21 del Convenio III de Ginebra de 1949).

El régimen legal de este modo de liberación es el siguiente: la libertad podrá ser acordada de manera total o parcial, mediante palabra o promesa, siempre y cuando lo permitan las leyes del Estado del cual dependen los prisioneros y que el mismo prisionero lo acepte pues no puede ser forzado a empeñar su palabra o dar promesa para lograr su libertad. Es obligación para las Partes en conflicto, notificar a la contraria de las leyes y reglamentos que permitan o prohíban a sus prisioneros aceptar la libertad bajo palabra o promesa, porque de esto depende que la misma pueda o no ser acordada.⁶⁰⁷ Quienes estén habilitados por el derecho interno del Estado al cual pertenecen para ser liberados de esta forma, quedan obligados por su **honor**, a cumplir y respetar los compromisos asumidos; asimismo la potencia bajo cuyas órdenes se encuentran no puede exigirles ningún acto contrario a la palabra dada o a la promesa hecha al momento de ser liberados.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí dicho, en especial la ventaja militar que implica capturar soldados enemigos, la liberación anticipada de los prisioneros de guerra se puede producir bajo palabra de **no volver a tomar las armas y/o de combatir activamente contra la potencia que los acaba de liberar**, atento a que de esta manera se hace compatible la necesidad militar, (poner fuera de operaciones a combatientes enemigos) con las exigencias de humanidad (permitir la repatriación anticipada de un soldado enfermo o simplemente ejercer este derecho como muestra de buena fe hacia el adversario, entre otras finalidades) lo que constituye el objeto máximo del DIH.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando por circunstancias diversas, el prisionero liberado bajo esta modalidad, no cumple su promesa de no regresar al combate contra el enemigo que lo ha liberado y esta decisión es consciente y voluntaria? Y asimismo ¿qué sucede si es recapturado? ¿Cómo juega el principio de buena fe? El Convenio III de Ginebra de 1949 guarda silencio, por cuanto no establece ninguna sanción jurídica para el ex prisionero liberado que no obstante su promesa vuelve a participar activamente de las hostilidades, sino que sólo establece una obligación de tipo moral, al fijar que se trata de una cuestión supeditada al honor de quien asume dicho compromiso.

Jean Pictet, en sus comentarios a los Convenios de Ginebra de 1949 afirma que en este caso: “La “sanción” por faltar a la palabra dada no es necesariamente de orden disciplinario o penal, es primeramente de orden moral debido al deshonor que acarrea para el interesado”.⁶⁰⁸

607 IBÍDEM anterior.

608 IBÍDEM anterior.

TIEMPO ANTES, EL CONVENIO DE GINEBRA DE 1929 SOBRE PRISIONEROS DE GUERRA HABÍA DIRECTAMENTE OMITIDO LA POSIBILIDAD DE LIBERACIÓN ANTICIPADA DE ÉSTOS. MÁS ATRÁS TODAVÍA EN LA HISTORIA DEL DIH, EL DERECHO DE LA HAYA, MÁS PRECISAMENTE EL REGLAMENTO RELATIVO A LAS LEYES Y COSTUMBRES DE LA GUERRA TERRESTRE DE 1907, ESTABLECIÓ DISPOSICIONES SIMILARES EN LO QUE RESPECTA A LA LIBERACIÓN ANTICIPADA DE PRISIONEROS DE GUERRA, PERO CONTRARIAMENTE A LA POSTURA EXPRESADA HOY POR EL DERECHO DE GINEBRA EN LO QUE SE REFIERE A ESTE ÚLTIMO SUPUESTO, ES DECIR CUANDO SE HA LIBERADO A UN PRISIONERO BAJO PALABRA DE NO VOLVER A TOMAR LAS ARMAS CONTRA LA POTENCIA QUE LO LIBERA, PERO ÉSTE INCUMPLE SU PROMESA Y ES REAPREHENDIDO EN COMBATE, PLANTEA UNA DIFERENCIA JURÍDICA SUSTANCIAL PUES EN ESE SUPUESTO, SEGÚN EL DERECHO DE LA HAYA, PIERDE EL TRATAMIENTO DE PRISIONERO DE GUERRA Y PUEDE SER LLEVADO ANTES LOS TRIBUNALES.⁶⁰⁹ EN SÍNTESIS, POR ESTA NORMA EL MILITAR INFRACTOR A SU PROMESA Y QUE SEA CAPTURADO NUEVAMENTE COMBATIENDO, QUEDA SUJETO A LA LEY INTERNA DEL ESTADO ENEMIGO, LEY QUE DE CONTENER ALGUNA SANCIÓN PARA ESTE TIPO DE CONDUCTAS, HARÁ QUE ÉSTAS LE SEAN APLICADAS AL DETENIDO LUEGO DE UN PROCESO REGULAR; EN OTRAS PALABRAS TODO COMBATIENTE PERJURO APRESADO CON LAS ARMAS EN LA MANO PODRÁ SER DETENIDO Y JUZGADO CONFORME A SU PROCEDER SEGÚN LA LEY DE LA POTENCIA DETENTORA.⁶¹⁰

CABE AQUÍ HACER UN BREVE COMENTARIO SOBRE LA SITUACIÓN LEGAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EN ESTE TEMA, POR CUANTO NUESTRO PAÍS, SIENDO ALTA PARTE CONTRATANTE DEL PLEXO NORMATIVO DEL DIH, HA IDO VARIANDO SU POSTURA FRENTE A ESTE TÓPICO.

En primer lugar, el ya derogado Código de Justicia Militar, fijaba para el caso de “los oficiales prisioneros de guerra, puestos en libertad bajo promesa de no volver a la lucha y que fueran tomados con las armas en la mano”, la pena de muerte o la reclusión por tiempo indeterminado, es decir se castigaba severamente esta actitud, pero haciéndolo sólo con los oficiales. (Artículo 868 del Código del Justicia Militar, ley 14029).

En sentido inverso, el mismo código reprimía con destitución o confinamiento de hasta dos años o con prisión menor, al “oficial que acepta su libertad bajo palabra de no hacer armas contra el enemigo que lo retiene prisionero”. (Artículo 767 inciso 1º del Código del Justicia Militar, ley 14029). La pena, en ambos casos, siempre se restringe a los oficiales.

Actualmente y mediante la ley 26394 que derogó el Código de Justicia Militar, se considera falta gravísima lo que la ley llama “Rendición indecorosa” que tiene como uno de sus supuestos la obtención de la libertad a cambio del abandono o desertión, lo que por analogía podría tomarse como recuperar la libertad bajo promesa de no volver

609 Ver artículos 10, 11 y 12 de dicho Reglamento.

610 DEYRA (2009: 132). Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

a las armas contra del enemigo. Dicha conducta típica es reprimida en el presente con destitución, pero si existieren circunstancias extraordinarias de atenuación, el Consejo de Disciplina podrá recomendar al jefe del Estado Mayor General respectivo que se aplique una sanción menor. (Artículos 13 inciso 21 y artículo 23 del Anexo II, Ley 26394), con lo cual, en todos los casos vemos una morigeración de penas y sanciones.

3. Conclusiones

Las conclusiones que podríamos extraer es que en principio y siempre según el Derecho de Ginebra, liberar a un prisionero de guerra antes del fin de las hostilidades es una facultad discrecional y soberana de la potencia detentora y se hará siempre y cuando el prisionero en cuestión lo acepte y la legislación del Estado del cual depende así lo permita. Del mismo modo, si la liberación es bajo palabra de no volver a tomar las armas contra quien lo ha liberado, la infracción a este precepto es puramente moral y no afectaría la posibilidad de otorgamiento de la condición de prisionero de guerra nuevamente ni acarrearía ninguna sanción, al menos desde el derecho internacional.

Ahora bien, este silencio legal que se ha producido por la eliminación en 1949 de la cláusula fijada en 1907, sobre el posible juicio a un combatiente liberado bajo promesa de no regresar a la lucha y sin embargo recapturado durante la misma ¿debe ser tomado como una negación de este supuesto? ¿o por el contrario se trata de un reenvío tácito al derecho interno de cada Estado y por ende el proceso y eventual castigo quedarían habilitados?

Asimismo, suponiendo que la norma del Convenio III de Ginebra comentada careciera de sanción jurídica ¿esto hace que sea una verdadera regla de derecho o se trata de una simple obligación moral librada a la conciencia de cada uno, es decir una ley imperfecta⁶¹¹ según la clasificación de leyes que efectuaba el Derecho Romano? Y para el caso de que la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa, el hecho de estar en presencia de una regla moral y no legal ¿le quita obligatoriedad en cuanto a su cumplimiento?

Las preguntas quedan planteadas.

4. Bibliografía

Fuentes primarias

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS del 23 de mayo de 1969.

CONVENIO III DE GINEBRA del 12 de agosto de 1949 sobre el trato debido a los prisioneros de guerra.

LEY 14029 (Código del Justicia Militar, derogado).

LEY 26394.

611 Según dicha clasificación, las leyes imperfectas eran aquéllas que no poseían una sanción en caso de ser trasgredidas. En tal sentido ver IGLESIAS GONZÁLEZ y MORINEU IDUARTE (1993: 13).

REGLAMENTO DE LA HAYA RELATIVO A LAS LEYES Y COSTUMBRES DE LA GUERRA TERRESTRE de 1907.

Bibliografía crítica (secundaria)

DE MARCO, M. A. (2013) “*Guerra de la Independencia*” *Una nueva visión* 1ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

DEYRA, M. (2010) “*Droit International Public*”, 2e édition, París.

DEYRA, M. (2009) “*Le Droit dans la guerre*” París.

IGLESIAS GONZÁLEZ, R. y MORINEAU IDUARTE, M. (1993) “*Derecho Romano*”, México.

JUNOD, S. (1990) “*La protección de las víctimas del conflicto armado de las Islas Falkland-Malvinas*”, CICR.

MITRE, B. (1950) “*Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*, Buenos Aires.

PICLET, J. (1987) “*Comentarios al III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativa al trato debido a los Prisioneros de Guerra*”.

1817: El rechazo de San Martín a la guerra sin cuartel y el incumplimiento español del DIH como causa de independencia. Algunas reflexiones doscientos años después

JUAN HERMINIO GARCÍA ZEBALLOS⁶¹²

Universidad Nacional de La Plata

“Matadlos a todos, Dios reconocerá a los suyos”⁶¹³

“Señores oficiales y soldados enemigos, hagan ustedes la guerra con coraje a favor de sus opiniones, pero jamás crean imposturas que degradan al siglo ilustrado que vivimos, y que ofenden a mi ejército con tanta injusticia”⁶¹⁴

En 2017 se cumplen cuatro décadas de la sanción de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, pero también doscientos años de sucesos muy significativos tanto para la Historia Argentina como para la de Sudamérica, pues en 1817 se produjeron dos acontecimientos de suma importancia para consolidar de un modo irreversible, los procesos de ruptura con el antiguo orden colonial español que habían comenzado en el Río de la Plata a partir de 1810.

El primero de los sucesos referidos, fue el Cruce de la Cordillera de los Andes por parte del Ejército Libertador al mando del General José de San Martín, realizado entre enero y febrero de 1817, que posibilitó la independencia de Chile y la posterior campaña militar hacia el Perú con el mismo objetivo, finalmente cumplido en 1821; campaña en donde el respeto del DIH fue la regla establecida por San Martín para la conducción de las hostilidades.

El segundo hecho notable, fue el Manifiesto a las Naciones del Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas en Sud América, aprobado el 25 de octubre de 1817 por el Congreso que el 9 de julio del año anterior y en la ciudad

612 Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (FCJyS, UNLP) Argentina. Docente de Derecho Internacional Público, (FCJyS, UNLP). Máster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas, en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. juanherminio76@hotmail.com

613 “Caedite eos. Novit enim Dominus qui sunt eius.” Tuez-les tous, Dieu reconnaîtra les siens” Frase atribuida a Arnaud Amaury, en el sitio a la ciudad francesa de Béziers en julio de 1209, durante la Cruzada Albigense, campaña militar llevada adelante por el Reino de Francia y los Estados Pontificios contra los Cátaros. Información disponible en Internet.

614 Proclama del general San Martín, redactada el 30 de setiembre de 1817 luego de la batalla de Chacabuco y dirigida a soldados y oficiales del ejército realista, debido a que entre éstos corría el rumor que el ejército Patriota no daba cuartel a los vencidos. Publicada en: FAVALORO (1986). Versión digital de la obra, disponible en: <https://books.google.com.ar>

Tucumán, había declarado la independencia de dichas provincias del dominio español y del de toda otra potencia extranjera. En él se mencionan una serie de causas y justificativos de diversa índole que fueron determinantes para declarar la independencia y entre los cuales está presente el DIH o más precisamente, el incumplimiento por parte del poder español en América de las leyes de la guerra.

Hacia el análisis y la reflexión sobre ambos sucesos nos dirigimos en el presente trabajo.

1. Cuartel

1.1. Marco normativo

Al hablar de la figura jurídica de “Cuartel”, la misma reviste una doble fuente, pues la prohibición de no dar cuartel, es decir de no matar al enemigo que desea rendirse o que ha caído en poder de la parte adversa, posee un origen tanto consuetudinario como convencional. Con respecto al primero de ellos la regla es al siguiente:

“Queda prohibido ordenar que no se dé cuartel, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión”.⁶¹⁵

Esta regla es una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Fue jurídicamente codificada por primera vez en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya de 1907 (art. 23 inciso d) y actualmente se lo considera un crimen de guerra pasible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), según el Estatuto de Roma. Así entonces “*declarar que no se dará cuartel*” constituye un crimen de guerra en los conflictos armados internacionales y no internacionales (Artículo 8 inciso 2 b) xii y artículo 8 inciso 2 c) x, respectivamente, del Estatuto de la CPI).

Asimismo, los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra, de 1977 establecen:

“Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión” (Artículo 40 del Protocolo Adicional I y artículo 4 inciso 1 última parte, del Protocolo Adicional II). Es decir que las acciones prohibidas por normas internacionales, en lo referido a conflictos armados internacionales (CAI), son tres: ordenar, amenazar o conducir las hostilidades con tal finalidad. Mientras que en lo que se refiere a conflictos armados no internacionales (CANI) la prohibición sólo abarca la orden de no dar cuartel, lo que por lógico lleva a entender que también está prohibida la conducción de hostilidades en un CANI en función de tal finalidad, pero no así su amenaza, lo que reserva la

615 Ver Norma 46 de Derecho Internacional Consuetudinario (HENCKAERTS, DOSWALD-BECK con contribuciones de ALVERMANN, DÖRMANN Y Roll 2006: 179). Información disponible en: www.icrc.org. Ver asimismo el Código Lieber, donde también se condena el no dar Cuartel.

prohibición de ésta al orden interno del Estado en donde se desarrolle el CANI.

A título ejemplificativo, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que la finalidad de esta regla era proteger la vida y la dignidad de las personas y de igual modo, “(...)sostuvo que no debían obedecerse las órdenes de superiores que implicasen “homicidios fuera de combate.”⁶¹⁶

Desde el punto de vista doctrinario: El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) ha recordado la prohibición de ordenar que no haya supervivientes, tanto a los conflictos armados internacionales como en los no internacionales, dado que se vulneraría la prohibición del homicidio intencional. En el mismo sentido, si bien esta obligación es aplicable a la totalidad de quienes participen en las hostilidades, cobra vital importancia su respeto y cumplimiento por parte de los jefes militares.⁶¹⁷

La forma de hacer saber que no se respetará esta norma, es decir que no se dará cuartel, puede manifestarse previamente mostrando una bandera negra con dos tibias y una calavera, lo que indica que la parte que la ondea prolongará su accionar hasta la aniquilación total del enemigo. La forma de pedir cuartel, puede ser levantar las manos, hacer ondear una bandera blanca para, eventualmente, parlamentar los términos de la rendición o de cualquier manera inequívoca que haga saber al adversario la voluntad de deponer las armas.⁶¹⁸

La palabra cuartel significa el lugar de acantonamiento de las tropas y por ende hace referencia a un sitio de alojamiento, de seguridad y por extensión de salvaguarda de la vida, por consiguiente el hecho de negar este derecho al combatiente que desea rendirse, constituye un acto desproporcionado frente a la ventaja militar que pueda obtenerse durante las hostilidades y por ende se produciría una violación al principio de Proporcionalidad, ya que se causarían males superfluos.⁶¹⁹

Mediante esta medida (la prohibición de no dar cuartel) se expresa un sentimiento humanitario, donde el hombre se impone al combatiente.⁶²⁰ La intención de esta regla era y es clara, el enemigo siempre es y será un ser humano y por ende sujeto de derecho, por lo tanto no se lo puede considerar, fuera de la ley y tratarlo como tal. Una aplicación lisa y llana del principio de Humanidad.

Ya desde la Antigüedad, la regla por la cual el enemigo vencido no debía ser exterminado, se materializó con la esclavitud de los prisioneros del adversario (lo que de por sí era una manera de protegerlos), en especial cuando se trataba de pueblos con los que se compartía la misma religión o con los cuales durante los períodos de paz se mantenían relaciones amistosas; dicha regla fue luego extendida a los extranjeros al establecerse la prohibición de ordenar que no haya sobrevivientes. En la India antigua, las leyes de Manú consideraban la interdicción general de no conceder cuartel.

616 Ídem.

617 Ídem.

618 Ver al respecto DEYRA (2009:94).

619 Pilloud, de Preux, Sandoz et al (1986). Información disponible en Internet en: www.icrc.org

620 ÍDEM.

Más tarde, los prisioneros esclavizados podían ser liberados previo pago de un rescate acordado entre las partes. Una vez terminada la esclavitud y ya en tiempos modernos, la regla jurídica de dar cuartel tuvo en la práctica importantes excepciones, especialmente en las operaciones sobre fortalezas sitiadas donde se hacía saber al comandante de dicha guarnición que si mantenía la defensa del lugar de manera prolongada, en vez de reconocer su valor, se mataría a los sobrevivientes una vez que se conquistara la plaza.⁶²¹

Incluso, grandes sucesos mundiales como la Revolución Francesa, que proclamó que “los prisioneros de guerra están bajo la salvaguarda de la nación y de la protección de las leyes” en 1792 y 1794 aprobó decretos, que no fueron nunca aplicados y luego fueron derogados, pero que establecían la negativa de cuartel para ciertas categorías de tropas enemigas.

En la actualidad, se considera que la importancia de esta regla es enorme, porque está en relación con otras normas del DIH: sin cuartel, es decir sin sobrevivientes, ya no habrá heridos, ni náufragos, ni prisioneros de guerra, lo que conduce a la frustración de la aplicación de toda la normativa aplicable a dichas situaciones también reguladas por el DIH.⁶²²

Todos los que intervengan en un conflicto armado, (aún quienes no gocen de estatuto de combatiente, como pueden ser los mercenarios o los espías) quedan amparados igualmente por esta norma que prohíbe no dar cuartel,⁶²³ norma que, como ya se dijera y como tantas otras en el DIH reviste un doble carácter: consuetudinario y convencional.

2. Historia argentina

2.1. Campaña Libertadora de los Andes

Entre el 12 de enero y el 8 de febrero de 1817, se llevó a cabo el Cruce de los Andes, suceso de gran envergadura, comandado por el general José de San Martín, con el objetivo de liberar Chile y Perú del poder español que era aún muy fuerte en aquellos países. Dicho cruce, dio origen a una larga campaña militar que tuvo varias batallas e incluyó una fase de traslado de tropas por mar hasta Perú. Su resultado fue exitoso para las armas patriotas y su culminación llegaría en 1821 con la toma de Lima por parte de San Martín y sus fuerzas.

Durante la campaña libertadora, se vieron varios hechos que suscitaron la aplicación del DIH, entre ellos, algunos referidos a la figura *sub examine*, es decir la figura de “Cuartel”.

Un ejemplo de ello es cuando días después de la batalla de Chacabuco, el 30 de setiembre de 1817, San Martín redacta una proclama dirigida a soldados y

621 ÍDEM.

622 ÍDEM.

623 ÍDEM.

oficiales del ejército realista, donde desmiente que su ejército no diera cuartel a los derrotados, imputación que considera una calumnia.⁶²⁴ Asimismo deja en claro que la mejor prueba de que eso no es así, es el trato de prisioneros de guerra a no sólo 2000 soldados y 80 oficiales capturados en Chacabuco, sino el trato dado al propio general Marcó del Pont, jefe del ejército enemigo, quien por la gaceta de su gobierno había ofrecido a San Martín la muerte por horca como a un asesino o salteador y a quien sin embargo San Martín brindaba trato de prisionero de guerra.⁶²⁵

Se puede apreciar entonces, la contundencia de la respuesta de San Martín a las falsas acusaciones en su contra y en contra de su ejército y apreciar como contrapartida de las mismas, la aceptación de dar cuartel a las huestes vencidas en Chacabuco, cuyos miembros pasaron a ser prisioneros de guerra.

Mientras todos estos acontecimientos ocurrían del otro lado de la Cordillera de los Andes, en Buenos Aires, el DIH también estaba presente.

2.2. Fundamentos de la independencia argentina

La historia de nuestra independencia es relativamente conocida, se declaró el 9 de julio de 1816 en la ciudad de Tucumán por parte del Congreso General Constituyente reunido allí a tal efecto; el nombre del nuevo estado soberano fue Provincias Unidas en Sud América; la independencia se proclamó de España, del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli y luego se agregó y de toda otra potencia extranjera y fue redactada tanto en castellano como en quechua.

Pero quizás lo que no es tan conocido, es que poco más de un año después, concretamente el 25 de octubre de 1817 y cuando ya el Congreso se había trasladado a Buenos Aires, se aprobó también un manifiesto por el cual se expresaban las razones y fundamentos que llevaron a declarar la independencia del poder español en 1816.⁶²⁶ Se trata de una larguísima exposición de motivos de diversa índole, entre los que se pueden hallar cuestiones económicas, políticas y también referidas al DIH, en especial a su incumplimiento por parte de España, lo que coadyuvó a la determinación de declarar la independencia. Así encontramos al respecto:

Ellos (...) Han declarado que las leyes de la guerra, observadas entre Naciones cultas, no debían emplearse con nosotros; y su General Pezuela, después de la batalla

624 El rumor de dicha acusación le fue transmitido a San Martín por un prisionero de guerra realista capturado en Talcahuano, el capitán de Dragones Antonio Fuentes. Ver al respecto FAVALORO (1986). Versión digital de la obra, disponible en: <https://books.google.com.ar>. Ver asimismo: en DE MARCO (editor literario) PALOMBO Y DICK (2013: 469-496).

625 ÍDEM.

626 Manifiesto al Mundo del Congreso de Tucumán que hace a las Naciones el Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas en Sud América, sobre el tratamiento y crueldades que han sufrido de los españoles, y motivado la Declaración de Independencia. El texto íntegro de este Manifiesto, dado por el Congreso que declaró nuestra independencia, puede encontrarse en: constitucionweb.blogspot.com.ar

de Ayohuma, para descartarse de compromisos, tuvo la serenidad de responder al General Belgrano que con insurgentes no se podían celebrar tratados.

Tal era la conducta de los españoles con nosotros cuando Fernando de Borbón fue restituido al trono.

Él ha dado un reglamento particular de curso contra los buques de América, que contiene disposiciones bárbaras, y manda ahorcar la tripulación; ha prohibido que se observen con nosotros las leyes de sus ordenanzas navales formadas según derecho de gentes, y nos ha negado todo cuanto nosotros concedemos a sus vasallos apresados por nuestros corsarios.

Nosotros, pues, impelidos por los españoles y su Rey nos hemos constituido independientes, y nos hemos aparejado a nuestra defensa natural contra los estragos de la tiranía con nuestro honor, con nuestras vidas y haciendas.⁶²⁷

En síntesis, vemos como la transgresión sistemática por parte del poder colonial español en el Río de la Plata del DIH y cuando no la negación del mismo, actúan como justificantes de la independencia de estas tierras, lo que es expresado claramente por el mismo Congreso.

3. Conclusión

Después de haber analizado las características jurídicas de la figura de “Cuartel”, se puede llegar a la conclusión de que dicha figura, de origen consuetudinario, en la actualidad establecida de forma convencional y tipificada como crimen de guerra, tanto en CAI como en CANI, busca recordar la importancia de la dignidad humana, aún en las situaciones más inhumanas como pueden ser los conflictos armados, tal es la finalidad del DIH: hacer compatible la necesidad militar con las exigencias de humanidad.⁶²⁸

El respeto por la figura de otorgar cuartel al enemigo, se ha visto en varias épocas de la historia universal, al igual que su lamentable transgresión. La historia argentina no escaparía a esta lógica y nuestro país en su guerra por la independencia, también se vio envuelto en situaciones de “Cuartel” resueltas conforme al espíritu de lealtad militar del general San Martín.

De igual forma, la condena a las violaciones al DIH, han servido de fundamento a nuestra emancipación, por lo que se podría ubicar al respeto y cumplimiento del DIH en un lugar sumamente importante ya desde el mismo nacimiento de nuestro país.

4. Bibliografía

Fuentes primarias

627 Dado en la Sala del Congreso de Buenos Aires, a veinticinco de Octubre de mil ochocientos diecisiete. Dr. Pedro Ignacio de Castro y Barros Presidente; Dr. José Eugenio de Elías Secretario.

628 Ver al respecto DEYRA (2010: 211).

ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL PENAL.

PROTOCOLOS ADICIONALES I Y II del 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Bibliografía crítica (secundaria)

DE MARCO, M. A. (2013) “*Guerra de la Independencia*” *Una nueva visión* 1ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

DEYRA, M. (2010) “*Droit International Public*”, 2e édition, París.

DEYRA, M. (2009) “*Le Droit dans la guerre*” París.

HENCKAERTS, J. M. & DOSWALD-BECK L. (2007) con contribuciones de Carolin Alvermann, Knut Dörmann y Baptiste Rolfe *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas*. Traducido por Margarita Serrano García. Comité Internacional de la Cruz Roja. Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe. Buenos Aires

PILLOUD, C., DE PREUX, J. & SANDOZ Y. et al (1986) “*Comentario al Protocolo Adicional I del 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*.”

Parte II:

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Derechos económicos, sociales y culturales y conflictos armados: algunas cuestiones pendientes

LAURA M. GIOSA

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires / Universidad de Buenos Aires

GERARDO CERABONA

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

El sistema internacional de promoción y protección de derechos humanos desarrollado bajo el auspicio de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, tiene una clara pretensión de proteger a la persona humana en cualquier circunstancia. Esto implica que sus cláusulas no pueden ser violentadas bajo la excusa de atravesar un Estado situaciones de emergencia o conflicto armado. Si bien es cierto que existen previsiones normativas que habilitan a un Estado a suspender temporalmente las obligaciones contraídas en virtud de un tratado, lo es respecto de un número acotado de derechos, frente a situaciones excepcionales y con la exclusiva finalidad de restablecer un orden que garantice la vigencia del Estado de Derecho. Sin perjuicio de ello, la protección de los derechos humanos, y en particular de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) durante conflictos armados continúa siendo un problema de magnitudes considerables. El acceso al agua y a una alimentación adecuada, a una vivienda digna, a condiciones satisfactorias de trabajo, a la educación y a la salud, se ven frecuentemente amenazadas en los territorios afectados por los conflictos armados. Ello no significa de modo alguno que las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH) no contemple la protección de los derechos mencionados.

Lo pendiente, entre la relación entre derechos económicos, sociales y culturales y conflictos armados, es justamente la labor tendiente a clarificar y fortalecer la complementariedad que existe entre ambas ramas del Derecho Internacional Público, actividad que debe procurar ampliar los ámbitos de protección de los derechos humanos aún en las situaciones más complejas que puedan atravesarse.

1. La relación del DIDH con el DIH: ¿excluyentes, complementarios o indiferentes?

La actividad de echar luz a los argumentos que den cuenta de la necesidad y posibilidad de proteger los derechos económicos, sociales y culturales durante los

conflictos armados exige una toma de posición previa, un enfoque determinado que nos permita construir sobre bases sólidas nuestra posición. Esta circunstancia se dirime al analizar las diferentes posturas que ha desarrollado la doctrina internacionalista.

La relación entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) con el Derecho Internacional Humanitario (DIH) se ha planteado doctrinariamente como compleja, exponiéndose diferentes teorías al respecto. Los derechos económicos, sociales y culturales en tanto derechos humanos no escapan a esta discusión.

Una primera teoría, conforme Salmón,⁶²⁹ sostiene que si bien tanto el DIH y el DIDH son ramas del Derecho Internacional Público (DIP), ambas reconocen un origen diferente. No fue hasta la Conferencia de Teherán de 1968 en que hallaron puntos de confluencia. Kolb⁶³⁰ reconoce dos motivos que explican el divorcio original entre ambas ramas del DIP: un motivo histórico, relacionado con el momento en el cual nació cada rama,⁶³¹ y una razón institucional: finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas omitió el tratamiento del DIH en su primer gran documento en materia de derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948.

Una segunda teoría entiende que el DIH y el DIDH son dos ramas comprendidas por el DIP que funcionan de manera complementaria, como destaca Vinuesa “La convergencia y complementariedad de los derechos humanos y el DIH se concentra entonces en un interés compartido a través de sus normativas específicas relativas en última instancia a la protección del individuo en toda circunstancia”.⁶³² En el mismo sentido Droege sostiene que desde la complementariedad se entiende al DIP como un sistema normativo coherente.⁶³³ el DIDH y el DIH son ramas del DIP que no se contradicen, sino que toman principios comunes, lo que hace que ambas se influyan y refuercen mutuamente. Así, se posibilita la interpretación del DIDH a la

629 SALMÓN (2012).

630 KOLB (1998).

631 Al respecto sostiene Salmón que “Si bien los orígenes inmediatos de lo que hoy en día se conoce como DIH están en el siglo XIX, sus antecedentes más remotos se ubican en tiempos ancestrales debido a que el fenómeno de la guerra ha coexistido con el hombre”. Respecto a los derechos humanos, explica Mónica Pinto que “El mundo antiguo no conoció a los derechos humanos, sociedades como la griega o la romana reservaron para algunos de sus miembros, en rigor, solo aquellos que eran considerados parte integrante de la sociedad, la posibilidad de ser libres, en definitiva, de disponer de sí mismos. Paralelamente, la división social en clases y la esclavitud inhibían a muchos hombres y mujeres de la posibilidad de decidir el destino de sus vidas”. Fue recién que, luego de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, los Estados se inspiraron para construir un nuevo orden internacional en el que el respeto de todo ser humano, sin discriminación alguna, debía encontrar su lugar.

632 VINUESA (1998).

633 DROEGE (2008).

luz del DIH cuando se trata de analizar vulneraciones a los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y viceversa.

Finalmente, una tercera teoría plantea la relación entre el DIH y el DIDH señalando que se trata de dos ramas totalmente diferentes dentro del DIP. En tal sentido, conforme esta postura, las diferencias centrales se encuentran en los propósitos que persiguen ambos cuerpos normativos. La finalidad del DIDH consiste en “garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos sociales, políticos, económicos y personales, por lo que constituiría un derecho “promocional” de la persona humana”.⁶³⁴ En cambio, el DIH ampara a la persona humana contra las amenazas derivadas del conflicto armado, por lo que se trata de un derecho de excepción.⁶³⁵

Si entendemos que los sistemas jurídicos deben perseguir como finalidad última la protección de la persona humana, entonces la tesis de la complementariedad resulta la más adecuada. Las normas referidas a la protección de los DESC se complementan e integran con las propias del DIH. En tiempos de conflictos armados los instrumentos de derechos humanos refuerzan las normas del DIH, y en efecto, muchas cláusulas contenidas en el DIH prohíben la violación de DESC, tipificándolos como delitos internacionales, como la prohibición de atención médica.

Esta posición no se agota en esta simple afirmación, sino que encuentra sustento en las normas que regulan ambas ramas del derecho.

2. La complementariedad normativa entre DESC y DIH

2.1. Vigencia y contenido de las obligaciones de los Estados en materia de DESC

La primera cuestión a destacar respecto de la complementariedad entre las normas de DESC y del DIH es que para los Estados que han asumido obligaciones internacionales respecto de ambas ramas del DIP, la vigencia de las mismas es simultánea. Durante los conflictos armados, las normas sobre DESC no pierden virtualidad, las obligaciones continúan siendo aplicables y exigibles; de hecho, los Estados deben extremar las medidas respecto de aquellos sectores de la población que se encuentren expuestas a mayores condiciones de vulnerabilidad.

En ningún instrumento internacional referido a los DESC existe previsión que autorice a los Estados a suspender temporalmente las obligaciones contraídas respecto de estos derechos durante estados de excepción o conflictos armados. Esta circunstancia revela aún más importancia cuando advertimos que el instituto de la suspensión, si se encuentra contemplada en los pactos de derechos civiles y políticos, aunque sólo en relación a ciertos derechos (art. 27 Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

634 SALMÓN (2012).

635 SALMÓN (2012).

En el ámbito de las Naciones Unidas, el instrumento que regula de forma general lo atinente a los DESC es el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y en el ámbito interamericano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El contenido de ambos tratados es interpretado y desarrollado para su aplicación por lo dicho en su propia letra, así como por los documentos elaborados por los órganos de protección facultados al efecto, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y/o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estos instrumentos internacionales obligan a los Estados a respetar y garantizar los derechos sin discriminación, asegurando la vigencia de un contenido mínimo esencial de cada derecho a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado en cuestión, quien debe adoptar medidas –de cualquier índole– para lograr progresivamente el mayor nivel de satisfacción de cada derecho, utilizando a tal fin el máximo de los recursos disponibles incluso a través de la cooperación internacional, y encontrándose vedada la posibilidad de adoptar medidas de carácter regresivo respecto de la garantía de los derechos, salvo las situaciones expresamente justificadas.

En relación a la obligación de contenido mínimo esencial de cada derecho, el Comité es de la opinión que un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto.⁶³⁶

En el mismo sentido sostiene que cuando un Estado pretenda argumentar su incumplimiento a la obligación de contenido mínimo esencial en razón de carecer de recursos disponibles, deberá demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.⁶³⁷

La obligación de desarrollo progresivo se encuentra contemplada en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dice que

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Esta norma impone a los Estados la obligación de avanzar de forma constante para alcanzar la máxima satisfacción de los derechos, reconociendo de esta forma que ello no siempre puede lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene en su Observación

636 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991: párr.10).

637 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991: párr.10).

General n° 3 que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto...”⁶³⁸ agregando que

*el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo [...] impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.*⁶³⁹

La consecuencia lógica de la obligación de progresividad o desarrollo progresivo, es la prohibición de regresividad. Es así que para adoptar medidas de carácter regresivo, los Estados deberán demostrar que han considerado cuidadosamente las medidas que pretenden adoptar, justificándolas en referencia a la totalidad de los derechos consagrados en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.⁶⁴⁰

Por otra parte, al analizar la frase “por todos los medios apropiados” del citado artículo, entiende que entre las medidas que cabría considerar apropiadas, se encuentra la de establecer recursos judiciales que puedan considerarse justiciables conforme el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión, mencionando cláusulas del propio PIDESC que podrían habilitar esta posibilidad con carácter inmediato.⁶⁴¹

Por último, el Comité recuerda que aún en tiempos de crisis o limitaciones graves de recursos, como puede ser durante un conflicto armado, se puede y en realidad se debe proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de bajo costo.⁶⁴² Cuando dichas circunstancias también sean dificultosas, la misma norma impone a los Estados la obligación de acudir a la cooperación internacional para lograr cumplir sus obligaciones convencionales.

Asimismo, el apartado 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”, dando cuenta de la posibilidad que existe –para ciertas economías que no han alcanzado un grado de desarrollo sustantivo– de diferenciar a quienes se garantizarán y en qué medida los derechos económicos, sociales y culturales, basándose en razones de nacionalidad. Sin embargo, esta cláusula no implica que deba violentarse la garantía mínima de los derechos ni que se encuentre autorizada su suspensión. Conforme los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

638 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991: párr.12).

639 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991: párr.9).

640 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991: párr.9).

641 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991: párr.5).

642 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991: párr.12).

Sociales y Culturales “El propósito original del artículo 2 (3) era poner fin a la dominación de determinados grupos económicos no nacionales en la época de la colonización. Por lo tanto, la excepción estipulada en el artículo 2 (3) debería interpretarse en un sentido restringido.”⁶⁴³

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sí habilita en su art. 4 la posibilidad de establecer restricciones legítimas al goce y ejercicio de los derechos consagrados en los siguientes términos:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclaran los alcances de dicha cláusula. Entre las consideraciones que realiza en los puntos 64 y 65 sostiene que “la seguridad nacional no se puede utilizar como pretexto para la imposición de limitaciones vagas o arbitrarias y la misma se puede invocar sólo cuando existen protecciones adecuadas y recursos efectivos contra el abuso”, así como también que

la violación sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales socava la seguridad nacional verdadera y podría perjudicar la seguridad y la paz internacionales. Un Estado responsable de dicha violación sistemática no invocará la seguridad nacional para justificar medidas dirigidas a suprimir la oposición a la misma o incurrir en prácticas represivas contra su población.

Por otra parte, las Directrices de Maastrich sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresa que

en circunstancias de dominación extranjera, la privación de los derechos económicos, sociales y culturales podría ser imputable al Estado ejerciendo el control efectivo sobre el territorio en alusión. Esto es cierto en situaciones de colonialismo u otras formas de dominación extranjera y ocupación militar. La autoridad dominante u ocupante es la responsable de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.⁶⁴⁴

y cómo corolario de lo anterior, en la directriz 20 menciona a las poblaciones en situación de ocupación, personas que buscan asilo, refugiados y desplazados internos, como potenciales víctimas de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales.

643 Principios de Limburgo sobre Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Principio 43.

644 Directrices de Maastrich sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Maastrich, Países Bajos, 1997, directriz 17.

Los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastrich constituyen un puente imprescindible para dar contenido a la consideración conjunta de las normas del DIDH y el DIH. Entendemos que sin perjuicio de la naturaleza de *soft law* de estas declaraciones, las mismas resultan de imprescindible aceptación toda vez que fortalecen la cohesión de un sistema normativo que en última instancia debe velar siempre por la protección de la persona humana.

Por último, refuerza nuestra posición la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) conforme la cual los Estados deben interpretar y aplicar los pactos y convenciones internacionales de buena fe, sin menoscabar el objeto y fin de dichos instrumentos; de esta forma, no existe razón normativa para que un Estado en circunstancias de conflicto armado, pueda entender de forma excluyente y/o separada la aplicación de las normas en materia de derechos económicos, sociales y culturales y del DIH.

La Asamblea General de las Naciones Unidas también se ha ocupado de esta cuestión, y en 1974 adoptó la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estado de emergencia o de conflicto armado,⁶⁴⁵ en virtud de la cual se establece en su art. 6 que las mujeres y niños que formen parte de la población civil y que se encuentren en situaciones de emergencia o conflictos armados en la lucha por la paz, la libre determinación, la liberación nacional y la independencia, o que vivan en territorios ocupados, no serán privados del alojamiento, alimentos, asistencia médica ni de otros derechos inalienables.⁶⁴⁶

2.2. La complementariedad a través de normas de protección especial

Si bien la Organización de las Naciones Unidas en su origen tomó la decisión de no incorporar en las declaraciones y tratados de derechos humanos referencia alguna al DIH, esta posición fue modificada con el tiempo. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, son algunos ejemplos de tratados internacionales sobre derechos humanos que, por un lado, recogen tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, al tiempo que establecen su protección aún en situaciones de conflictos armados.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en sus arts. 38 y 39, dispone un deber para los Estados de proteger a los niños durante los conflictos armados, en especial, mediante la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Este deber de protección incluye, en consonancia con el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, la garantía de los DESC de

645 Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estado de emergencia o de conflicto armado, aprobada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX), del 14 de diciembre de 1974.

646 BELOFF, DEYMONNAZ, HERRERA, FREEDMAN Y TERRAGNI (2012: 229).

la infancia aún durante el transcurso de un conflicto armado.

Posteriormente, en el año 2000 se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, prohibiendo el reclutamiento obligatorio de niños por parte de las fuerzas armadas, se obliga a los Estados a desarrollar todas las medidas posibles para que ningún niño participe directamente en las hostilidades, y se insta a elevar la edad mínima a quince años para el reclutamiento voluntario por parte de las fuerzas armadas con el consentimiento informado de los padres y del niño.⁶⁴⁷

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra en su art. 11 que

Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

Por último, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en su art. 29 sostiene que

Los Estados Parte tomarán todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres, de conformidad con las normas de derecho internacional, en particular del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Los Estados Parte adoptarán medidas de atención específicas a las necesidades de la persona mayor en la preparación, prevención, reconstrucción y recuperación en situaciones de emergencias, desastres o conflictos.

3. La protección de los DESC en los instrumentos del DIH

Encontramos numerosas normas en el DIH que tienden a garantizar la protección de los DESC en contexto de conflictos armados. En este sentido es necesario destacar el rol que juegan los principios de distinción y humanidad del DIH como base de gran parte de las normas que en este apartado nos interesan. Estos principios implican, en primer lugar, la necesidad de distinguir entre personas y bienes que pueden ser objetivos militares respecto de aquellas personas y/o bienes que se encuentran amparados frente a los ataques militares. En segundo lugar, reclaman que en todas las ocasiones se brinde un trato acorde al respeto de la dignidad humana: de ésta forma, se prohíbe cualquier acto que atente contra la vida, integridad física o

647 BELOFF, DEYMONNAZ, HERRERA, FREEDMAN Y TERRAGNI (2012: 228).

psíquica y la salud de las personas.

Conforme lo expuesto, y tal como se verá en los apartados siguientes, la forma de establecer las protecciones a los DESC en las normas del DIH asume una redacción diferente a la de los instrumentos de derechos humanos: en reiteradas oportunidades, se protegen personal especializado, bienes, inmuebles, vehículos, transportes, etc., que son justamente los medios indispensables para garantizar las condiciones de vigencia de los DESC.

En particular, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos contienen normas que brindan protección al personal médico, a los medios de transporte e instalaciones destinadas a garantizar la salud y la vida de heridos y enfermos; otras tantas que regulan, en contextos de conflicto armado, las condiciones y términos bajo los cuales pueden desarrollarse actividades laborales, cómo y quién debe garantizar el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda y a la alimentación de diferentes personas, con particular protección de los niños que queden huérfanos.

Los Convenios de Ginebra han establecido que los heridos y enfermos serán recogidos y asistidos (art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra) y bajo ninguna circunstancia podrá dejárselos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia, o exponerlos a riesgo de contagio o de infección (art. 12 Convenio de Ginebra I y II, y art. 13 Convenio de Ginebra III). El personal destinado a su asistencia – como enfermeros y médicos– también es protegido conforme las reglas del DIH (art. 24 Convenio de Ginebra I, art. 36 Convenio de Ginebra II). Los establecimientos sanitarios, los barcos hospitales, los transportes sanitarios y las aeronaves, así como el material sanitario se encuentran protegidos, toda vez que es indispensable que puedan cumplir eficientemente la finalidad para la que han sido establecidos en tiempos de conflicto armado (art. 19, 33, 35 y 36 del Convenio de Ginebra I, art. 22, 38 y 39 del Convenio de Ginebra II). Por otra parte, los establecimientos y espacios destinados a la atención de prisioneros heridos o enfermos, deben encontrarse higienizados para prevenir enfermedades, contando con duchas y elementos de higiene personal que permitan el correcto aseo diario (art. 29 Convenio de Ginebra III), así como enfermerías, donde puedan ser atendidos y recibir asistencia médica.

En particular, el IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, tiene finalidad “garantizar el respeto de la dignidad y del valor de la persona humana, descartando todo atentado contra los derechos que, por esencia, le son inherentes, y contra las libertades sin las cuales pierde su razón de ser”.

Entre sus “Disposiciones generales” en el artículo 4 se hace referencia a la protección de las “personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.

El Título II regula la protección general de la población frente a determinados daños producidos por el conflicto armado, alcanzando a la población en su conjunto, es decir, a las personas protegidas y también a aquellas que no pueden reclamar su

protección y, particularmente, a las personas que se encuentren bajo el poder de la Potencia ocupante. De igual manera ocurre con el establecimiento de zonas sanitarias y de seguridad,⁶⁴⁸ así como de la protección de los hospitales civiles⁶⁴⁹ y de la protección de la infancia. En este punto en particular, establece una serie de protecciones para los niños huérfanos o separados de sus familias, sosteniendo que

*las Partes en conflicto tomarán las oportunas medidas para que los niños menores de quince años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra no queden abandonados, y para que se les procuren, en todas las circunstancias, la manutención, la práctica de su religión y la educación.*⁶⁵⁰

Posteriormente, remarca que la Potencia Ocupante *no deberá entorpecer la aplicación de las medidas preferenciales que hayan podido ser adoptadas antes de la ocupación en favor de los niños menores de quince años, de las mujeres encintas y de las madres de niños menores de siete años, por lo que respecta a la nutrición, a la asistencia médica y a la protección contra los efectos de la guerra.*⁶⁵¹

En la sección III del IV Convenio de Ginebra, al regular la situación de los territorios ocupados, se ocupa en lo atinente a la intangibilidad de los derechos,⁶⁵² de los niños⁶⁵³ (art. 50), de las condiciones de trabajo,⁶⁵⁴ así como de la higiene y salud pública.⁶⁵⁵

Por último, la sección IV reglamenta —en lo principal—, las cuestiones atinentes a la alimentación y vestuario, higiene y asistencia médica de las personas protegidas, resguardando de esta manera el derecho a la alimentación, a la salud, a un mínimo nivel adecuado de vida en situaciones de conflicto.

648 IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, arts. 14 y 15.

649 IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, art. 18.

650 IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, art. 24.

651 IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, art. 50.

652 IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra Art. 47.

653 IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, art. 50.

654 IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, art. 51.

655 IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, art. 56.

4. Algunas reflexiones finales

Considerando el desarrollo histórico de la regulación y protección de los DESC en contextos de conflictos armados, podemos determinar que desde 1948 a partir del periodo histórico de las Declaraciones de DDHH y, en el ámbito del DIH, con la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra, la vinculación entre ambas ramas se caracterizaba por una relación de indiferencia que la doctrina con el correr de los años, transformó en una relación de complementariedad.

Siguiendo este orden de ideas, las últimas convenciones de DDHH en el ámbito universal y en el interamericano, desde fines de la década de los ochenta, incorporan al plexo normativo la necesidad de mayor protección de los vulnerables en caso de conflictos armados y, en materia de niñez, la prohibición de reclutamiento por las fuerzas armadas o los ejércitos irregulares, demostrando un avance jurídico –ya no doctrinario– en materia de complementariedad.

Por otro lado, el fortalecimiento normativo y de protección de los DESC de los individuos en contextos de conflictos armados u ocupación territorial, ha sido consecuencia de la continuación de las violaciones a derechos –en particular de los DESC– que se producen en dichas situaciones, lo que ha demostrado la necesidad de una mayor y efectiva protección.

Resulta obvio, pero a la vez necesario, señalar que la adopción de nuevos tratados se traduce en mayores exigencias para los Estados Parte en materia de protección de derechos y garantía de los DESC, y que ello no se ha visto reflejado en la realidad de las personas que viven bajo un conflicto armado o en un territorio ocupado.

Para hacer realidad la complementariedad del DIDH y el DIH en materia de protección de DESC y resolver las cuestiones pendientes en la práctica, es necesario que los Estados avancen en la adecuación de su derecho interno, así como en cumplimiento de las obligaciones asumidas en el ámbito internacional.

5. Bibliografía

Fuentes primarias

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Quinto Período de Sesiones (1991), Observación General n° 3.

Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estado de emergencia o de conflicto armado (1997) aprobada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX).

Directrices de Maastrich sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997), Maastrich, Países Bajos.

IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra.

Principios de Limburgo sobre Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Bibliografía crítica (secundaria)

- BELOFF, M., DEYMONNAZ V., HERRERA, M., FREEDMAN D. Y TERRAGNI, M. (2012) Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y Anotada, 1° ed., Buenos Aires.
- DROEGE, C. (2008) “¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc-0871-droege.pdf>
- KOLB, R. (1998) “Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmgb.htm>
- SALMÓN, E. (2012) *Introducción al Derecho internacional humanitario*. Comité Internacional de la Cruz Roja.
- VINUESA, R. E. (1998) “Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, diferencias y complementariedad”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlj8.htm>

El rol de ACNUR en la creación del derecho internacional de los refugiados a través de su actividad interpretativa

MARÍA SOLEDAD DA SILVA

Universidad de Buenos Aires

A lo largo de las diferentes crisis de refugiados que se han ido sucediendo en sus casi 70 años de historia, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha logrado –con mayor o menor éxito– responder a ellas. Esto ha sido posible gracias a las diversas interpretaciones que la agencia ha hecho de su propio mandato y de las normas que rigen la protección internacional de los refugiados, extendiendo ambos a situaciones que no fueron previstas originalmente por los Estados signatarios de estos documentos.

El trabajo que presento hoy pretende ahondar en algunas de las tantas estrategias que ha llevado a cabo el ACNUR para erigirse como una autoridad interpretativa en el campo del derecho internacional de los refugiados, extendiendo su mandato y ampliando el alcance de las disposiciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

En tanto este es un trabajo que se encuentra aún en desarrollo, agradezco intervenciones y comentarios.

1. MARCO TEÓRICO: ACTORES Y AUTORIDADES SEMÁNTICAS

En primer lugar, un breve comentario general respecto del marco teórico de este trabajo. Para esta discusión parto de la base de la teoría de los actores en las relaciones internacionales (sostenidas por autores como MacDougall, Lasswell, Higgins) que consideran como sujetos o participantes del derecho internacional a todas aquellas entidades con capacidad para ejercer un poder efectivo dentro del proceso de toma de decisiones que implica esta rama del derecho.⁶⁵⁶

A través de su actividad interpretativa del derecho internacional, las organizaciones internacionales han ido adquiriendo una mayor autoridad semántica hasta convertirse en verdaderos actores autónomos, que actúan por fuera del control y más allá de las intenciones originales de sus creadores.⁶⁵⁷ Esto, por supuesto, representa cierta tensión, pues las organizaciones internacionales solo

656 PORTMANN (2010: 208).

657 VENZKE (2012: 76).

pueden actuar dentro del marco específico de los poderes que les fueron otorgados expresamente,⁶⁵⁸ pero también deben actuar con cierta autonomía para poder llevar a cabo sus funciones adecuadamente. En este sentido, existen funciones implícitas que derivan de los poderes expresos y que les permiten actuar con cierto grado de independencia y flexibilidad al determinar qué acciones llevarán a cabo, sin tener que solicitar autorización a los Estados por cada acción específica que emprenderán.⁶⁵⁹ Esto ha sido reconocido expresamente por la Corte Internacional de Justicia en las 3 Opiniones Consultivas sobre el rol de la ONU.⁶⁶⁰

2. EL ACNUR Y LA AMPLIACIÓN DE SU MANDATO

2.1. El mandato según el Estatuto

El 14 de diciembre de 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Estatuto del ACNUR como Anexo a la Resolución 428 (V). Allí, se le asignó como función principal la de proveer protección internacional y la de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados.⁶⁶¹ Esta protección internacional, incluía, principalmente, la promoción de tratados y la supervisión de su cumplimiento por parte de los Estados,⁶⁶² así como la intermediación de esta agencia de la ONU entre los Estados y los refugiados.⁶⁶³ El Estatuto, asimismo, incluía la repatriación y el reasentamiento dentro de las funciones del ACNUR, así como cualquier otra actividad que le asignara la Asamblea General.⁶⁶⁴ En cuanto a la provisión de asistencia material a los refugiados, se previó que el ACNUR no la proveyera en forma directa, sino que administrara los fondos recibidos y los transfiriera a aquellas organizaciones públicas y privadas que considerara mejor capacitadas para proveerla.⁶⁶⁵

658 LEWIS (2012: 58).

659 IBÍD.

660 En la Opinión Consultiva sobre Reparaciones, la Corte reconoció que, según el derecho internacional, ha de entenderse que la Organización de las Naciones Unidas posee todos aquellos poderes que si bien no se encuentran expresamente otorgados en la Carta son esenciales para llevar a cabo su cometido. International Court of Justice, “Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Case, Advisory Opinion”, 1949 I.C.J. 174, Sentencia del 11 de abril de 1949, párr. 182. En el mismo sentido, International Court of Justice, “Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion”, 1954 I.C.J. 47, Sentencia del 13 de julio de 1954; International Court of Justice, “Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion”, 1962 I.C.J. 151, Sentencia del 20 de julio de 1962.

661 Estatuto del ACNUR, art. 1.

662 IBÍD. art. 8.a).

663 IBÍD. art. 8.b), d), e).

664 IBÍD. art. 9.

665 IBÍD. art. 10.

En consecuencia, el mandato inicial del ACNUR consistía solo en proveer una especie de protección cuasi-consular a quien calificara como refugiado,⁶⁶⁶ además de supervisar a los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que luego se establecieron en la Convención de 1951 y en su Protocolo Adicional.

2.2. El mandato del ACNUR en la Convención de 1951

El artículo 35 de la Convención de 1951 es la única disposición que se refiere a las funciones del ACNUR en la materia y reitera la obligación de los Estados de cooperar con la organización para facilitar sus funciones de supervisión:

*Los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o con cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención.*⁶⁶⁷

2.3. AMPLIACIÓN DEL MANDATO POR INTERPRETACIÓN

2.3.1. Ampliación del mandato rationae materiae

El mandato inicial del ACNUR contenido en su Estatuto y reiterado –con un alcance mucho menor– en la Convención de 1951, era entonces bastante limitado y probó, desde los inicios de la organización, no estar a la altura de las exigencias que la realidad del fenómeno del desplazamiento forzado imponía. Es por ello que, ya el primer Alto Comisionado, Gerrit van Heuven Goedhart, debió utilizar la fuerza de los argumentos para ampliar el mandato a través de su interpretación, de modo tal de otorgarle a la agencia un margen de maniobra mucho más amplio que el previsto originalmente.⁶⁶⁸ En primer lugar, argumentó que la función de proveer protección internacional no podía llevarse a cabo sin proveer asistencia material, por lo que competencias del ACNUR deberían ser todas aquellas actividades que fueran necesarias para llevar a cabo su misión.⁶⁶⁹

En segundo lugar, y en consonancia con ello, argumentó que la enumeración de las funciones del ACNUR en el artículo 8 del Estatuto no era taxativa, sino meramente declarativa.⁶⁷⁰ Desde ese primer momento y hasta hoy,

666 VENZKE (2012: 95); KÄLIN (2003: 619).

667 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 35.

668 VENZKE (2012: 97).

669 IBID.

670 IBID.

*la protección internacional...ha evolucionado de ser una especie de protección consular y diplomática...hacia un concepto más amplio que incluye no solo la protección de los derechos contenidos en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, sino también de los derechos humanos de las personas refugiadas en general.*⁶⁷¹

y ha sido definida por la Asamblea General como una función dinámica orientada a la acción,⁶⁷² lo que permite que la organización, a través de su autoridad semántica, pueda seguir ampliando su campo de acción.

La protección internacional incluye ahora también la provisión directa de asistencia material. El ACNUR ha asumido esta función partiendo de un mandato inicial restringido que permitía prestar ayuda humanitaria en forma indirecta hasta posicionarse hoy como la principal agencia de las Naciones Unidas para la provisión de ayuda humanitaria. Hoy en día, el ACNUR administra campamentos donde viven miles de personas refugiadas a las que se les provee registración, determinación de estatus, documentos personales y servicios básicos como seguridad, educación, alimentación y salud,⁶⁷³ cumpliendo funciones cuasi-estatales.⁶⁷⁴

2.3.2. Ampliación del mandato *rationae personae*

2.3.2.1. Refugiados

El segundo Alto Comisionado, Auguste Lindt, utilizó también la fuerza de los argumentos para que la agencia pudiera brindar protección a los casi 200.000 húngaros que huyeron a Austria luego de que la Unión Soviética invadiera su territorio en 1956.⁶⁷⁵ A pedido del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la propia Austria, el ACNUR prestó colaboración inmediata en la protección de los refugiados.⁶⁷⁶ Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la agencia no tenía competencia para hacerlo, pues la Convención de 1951 limitaba el reconocimiento de la condición de refugiado a quienes hubieran sufrido persecución por los eventos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y, además, dada la definición de refugiado contenida en la Convención, la determinación de dicha condición debía hacerse teniendo en cuenta circunstancias personales e individuales, lo que resultaba imposible a la luz de la masividad de la situación.⁶⁷⁷

No obstante ello, Auguste Lindt argumentó que, en realidad, lo ocurrido

671 KALIN (2003: 619) [Traducción propia].

672 UNGA Res. 60/129 (XXXX), 16 de septiembre de 2005, párr. 9.

673 ACNUR (2017: 4).

674 VENZKE (2012: 88).

675 VENZKE(2012: 98).

676 IBÍD.

677 VENZKE (2012: 98-99).

había sido una consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y por lo tanto estaba relacionado con los eventos ocurridos antes de 1951.⁶⁷⁸ Asimismo, manifestó que la competencia personal en este tipo de situaciones masivas solo podría determinarse en forma grupal y no caso por caso en forma individual.⁶⁷⁹ La Asamblea General aceptó los argumentos de Lindt y a través de la Resolución 1129 (XXI) del 21 de noviembre de 1956 confirmó su apoyo a las acciones emprendidas por el ACNUR, nombrándola como su agencia principal para la coordinación de la ayuda humanitaria.⁶⁸⁰

Algo similar sucedió en la crisis de refugiados que desató la Guerra de Independencia de Argelia, con el desplazamiento de casi 85.000 personas refugiadas en Túnez para mayo de 1957.⁶⁸¹ En respuesta a la solicitud de Túnez, el ACNUR prestó ayuda inmediata pese al límite geográfico impuesto por la Convención y el Estatuto.⁶⁸² Luego de los hechos, el accionar del ACNUR fue refrendado por la Asamblea General –a través de las Resoluciones 1388 y 1389 (XIV) del 20 de noviembre de 1959– autorizando expresamente al Alto Comisionado a asistir, de allí en adelante, a través de sus “buenos oficios” a aquellos refugiados que quedaran fuera de su competencia original.⁶⁸³

2.3.2.2. Desplazados internos

Resulta claro de la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951 que el rol del ACNUR se limita a situaciones de carácter internacional, pues ambas normas requieren que las personas de interés hayan cruzado una frontera internacional y se hallen fuera del Estado de su nacionalidad o de residencia habitual.⁶⁸⁴ Sin embargo, durante la repatriación de refugiados sudaneses en 1972, el ACNUR extendió la provisión de asistencia a aquellas personas que habían sido desplazadas dentro del territorio país, acción que fuera respaldada por la Asamblea General a través de la Resolución 2958 (XXVII) del 12 de diciembre de 1972,⁶⁸⁵ inaugurando así el mandato del ACNUR sobre los desplazados internos.

2.3.2.3. Apátridas

En cuanto a las personas apátridas, tanto el Estatuto⁶⁸⁶ como la Convención

678 VENZKE (2012: 99).

679 IBÍD.

680 IBÍD.

681 VENZKE (2012: 101).

682 IBÍD.

683 IBÍD.

684 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 1(B).

685 VENZKE (2012: 103).

686 Estatuto del ACNUR, art. 6.A.II.

de 1951⁶⁸⁷ prevén la competencia del ACNUR para actuar en su favor siempre que estas personas califiquen a su vez como refugiadas. Por otro lado, ni la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 ni la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 prevén función alguna para el ACNUR. Sin embargo, la organización ha intervenido siempre en favor de los apátridas en general, sin distinguir si se trata de refugiados o no,⁶⁸⁸ pues ha interpretado su mandato de manera tal que lo que activa la protección o asistencia del ACNUR no es ya el hecho de que una persona califique como refugiada, sino su necesidad de protección internacional.⁶⁸⁹ La actuación del ACNUR en favor de todas las personas apátridas ha sido avalada por la Asamblea General a través de las Resoluciones 50/152 del 21 de diciembre de 1995 y 61/137 del 19 de diciembre de 2006.⁶⁹⁰

3. INTERPRETACIÓN AUTORITATIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

Además de ampliar sus funciones a través de la interpretación de su Estatuto y de las normas de la Convención de 1951 referidas a éstas, como participante en el discurso jurídico internacional, el ACNUR ha ejercido su influencia en la creación del derecho internacional de los refugiados a través de sus propias interpretaciones de las restantes disposiciones de Convención de 1951.⁶⁹¹ A través de sus Directrices sobre Protección Internacional, sus Notas Orientativas y sus Manuales, el ACNUR se expide sobre su interpretación de los diferentes alcances de las disposiciones de la Convención de 1951, pues entiende que ello forma parte de su mandato estatutario y del rol asignado por el artículo 35 de la Convención y el Artículo II del Protocolo de 1967.⁶⁹²

Según la agencia, estos documentos tienen por objeto brindar una orientación jurídica interpretativa para los gobiernos, los abogados, los jueces y todas aquellas personas involucradas en los procesos de toma de decisiones respecto de las personas de interés, así como para su propio staff.⁶⁹³ Pese a que dichos documentos carecen de obligatoriedad jurídica para los Estados, aun así han sido considerados por varios tribunales nacionales como interpretaciones autoritativas del derecho contenido en la

687 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art 1(A)(2).

688 ACNUR (2008: 43).

689 VENZKE (2012: 100).

690 UNHCR (2017: 5).

691 VENZKE (2012: 110).

692 IBÍD.

693 ACNUR (2012: 1).

Convención,⁶⁹⁴ aun cuando han resaltado su naturaleza no obligatoria.⁶⁹⁵

Por ejemplo, la Corte Suprema estadounidense ha reconocido que el Manual del ACNUR para la determinación de la condición de refugiado provee una “guía significativa” para la interpretación del derecho internacional de refugiados.⁶⁹⁶ La Cámara de los Lores, por su parte, ha resaltado la gran autoridad persuasiva de dicho Manual y su utilización por diversas cortes y tribunales nacionales.⁶⁹⁷

En la Argentina, la autoridad del Manual está incluso reconocida por ley. El artículo 35 de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (26.165) establece que tanto la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) como su Secretaría Ejecutiva deberán seguir los criterios interpretativos plasmados en las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, así como las recomendaciones de su Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado.⁶⁹⁸

En este mismo sentido se ha expresado la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en el caso *Larrosa*. Allí, al analizar el régimen jurídico aplicable a los refugiados, el tribunal se refirió expresamente al Manual del ACNUR para definir el alcance del concepto “temor fundado” contenido en la definición de refugiado de la Convención de 1951.⁶⁹⁹

No sólo el Manual ha sido considerado por tribunales nacionales. El Tribunal Supremo de España, por ejemplo, ha utilizado el documento “Directrices provisionales de elegibilidad para evaluar las necesidades de protección de solicitantes de asilo de Costa de Marfil” para resolver la solicitud de asilo de un ciudadano marfileño.⁷⁰⁰

En el mismo sentido, la *High Court* de Irlanda ha utilizado la definición de “familiar dependiente” contenida en el Manual de Reasentamiento del ACNUR, y los enfoques sugeridos por los documentos “*Background Note: Protecting the Family: Challenges in Implementing Policy in the Resettlement Context*” y “*Discussion Paper: Family Unit and Refugee Protection*” para resolver el caso de una ciudadana somalí que había solicitado la reunificación familiar respecto de sus dos sobrinos.⁷⁰¹

A través de la emisión de estos documentos y valiéndose de la autoridad interpretativa que ha ido consolidando a lo largo del tiempo, el ACNUR ha logrado cambios en el contenido del derecho establecido en la Convención de 1951. Principalmente, a través de un diálogo con el derecho internacional de los derechos

694 VENZKE (2012: 117).

695 HATHAWAY (2005: 115).

696 IBÍD.

697 IBÍD.

698 Ley 26.165, art. 35.

699 Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “*Larrosa, Asunción Ana c/ EN- M° Justicia y DDHH s/ Indemnizaciones-Ley 24053-Art. 3 (Expte. N° 50667/2016)*”, Sentencia de marzo de 2017.

700 Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, “*STS 3912/2016*”, Sentencia del 26 de julio de 2016.

701 High Court of Ireland, “*Ducale & Anor v. Minister for Justices & Ors.*”, Sentencia del 22 de enero de 2013.

humanos y con el derecho internacional humanitario, el ACNUR ha ampliado y reforzado los conceptos contenidos en la definición derefugiado.

El concepto “persecución”, por ejemplo, estuvo inicialmente relacionado con situaciones en las que estuviesen en peligro la vida o la libertad de una persona, pues los artículos 31 y 33 de la Convención de 1951 se refieren solo a este tipo de hechos.⁷⁰² Sin embargo, a través de sus documentos y en consonancia con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, el ACNUR ha ido ampliando el concepto hasta alcanzar hoy en día la noción de “graves violaciones a los derechos humanos”, ya sea por parte de agentes estatales como de agentes no estatales.⁷⁰³ De este modo, el concepto actual de persecución no solo incluye la amenaza a la vida o libertad, sino también serias violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, violencia doméstica, sexual y basada en género, huida como consecuencia de conflictos armados y hostigamiento por parte de grupos delictivos o pandillas juveniles (maras), entre otros.⁷⁰⁴

Además del concepto propio de persecución, los motivos de persecución establecidos en la Convención de 1951 (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opinión política) han sido modificados por interpretación del ACNUR. Así, por ejemplo, el concepto de “raza” ha sido interpretado a la luz de la Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial para incluir distinciones basadas en el color de la piel o el origen étnico.⁷⁰⁵

Tal como se ha visto *supra*, estas interpretaciones y ampliaciones conceptuales que ha realizado el ACNUR de las normas del derecho internacional de los refugiados han sido retomadas *motu proprio* por los tribunales nacionales de diversos Estados que, pese a no considerarlas como fuentes de obligaciones jurídicas, aun así les han reconocido una fuerte autoridad.

4. CONCLUSIÓN

Tal como se puede apreciar de lo reseñado hasta aquí, el acotado rol inicial que los Estados le asignaron al ACNUR dista ampliamente del que ocupa hoy en día en la escena internacional. A través de la fuerza de sus acciones y de su retórica, la agencia se ha posicionado como una verdadera autoridad semántica en el campo del derecho internacional de los refugiados hasta el punto tal en que los tribunales nacionales, pese a no considerarlas obligatorias, sostienen sus sentencias en sus produccionesinterpretativas.

Asimismo, aprovechando esta autoridad semántica, la agencia ha ido

702 VENZKE (2012: 123).

703 IBÍD.

704 ACNUR (2010).

705 VENZKE (2012: 123).

ampliando cada vez más su mandato hasta convertirse en el principal proveedor mundial de asistencia humanitaria. Si bien no se encuentra exento de críticas, lo sorprendente es que los Estados –quienes muchas veces se consideran los únicos sujetos del derecho internacional- han ratificado, a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las funciones cuasi-estatales que se ha ido arrogando el ACNUR en cuanto a la creación y la interpretación del derecho internacional de los refugiados y en lo que respecta a la provisión de servicios básicos y derechos fundamentales.

En este sentido, el rol que ocupa el ACNUR en el desarrollo del derecho internacional de los refugiados es de suma importancia, pues a través de su práctica interpretativa, la agencia ha cambiado de forma paulatina el foco de la normativa hacia los intereses reales de las personas que han sufrido serias violaciones a sus derechos humanos, ampliando de forma significativa las obligaciones que originalmente asumieron los Estados.

5. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

CONVENCIÓN PARA REDUCIR LOS CASOS DE APATRIDIA, 989 UNTS 175, 30 de agosto de 1961.

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, 2545 UNTS 189, 28 de julio de 1951.

CÁMARA NACIONAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, Sala V, “Larrosa, Asunción Ana c/ EN- M° Justicia y DDHH s/ Indemnizaciones-Ley 24053-Art. 3 (Expte. N° 50667/2016)”, Sentencia de marzo de 2017.

HIGH COURT OF IRELAND, “Ducale & Anor v. Minister for Justics & Ors.”, Sentencia del 22 de enero de 2013.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, SALA DE LO CONTENCIOSO, “STS 3912/2016”, Sentencia del 26 de julio de 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion”, 1962 I.C.J. 151, Sentencia del 20 de julio de 1962.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion”, 1954 I.C.J. 47, Sentencia del 13 de julio de 1954.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Case, Advisory Opinion”, 1949 I.C.J. 174, Sentencia del 11 de abril de 1949.

UNGA Res. 1129 (XXI), 21 de noviembre de 1956.

UNGA Res. 1388 y 1389 (XIV), 20 de noviembre de 1959.

UNGA Res. 1872, 1873 y 1874 (XVI) del 18 de diciembre de 1961.

UNGA Res. 2958 (XXVII), 12 de diciembre de 1972 UNGA Res. 60/129 (XXXX), 16 de septiembre de 2005.

UNGA Res.428 (V), 14 de diciembre de 1950.

ACNUR (2008) *Nacionalidad y Apatridia: Manual para Parlamentarios*.

ACNUR (2010) *Formas contemporáneas de persecución y la definición de refugiado*. Disponible en: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/CursoDI/ModuloVI_1Definicion_re.fugiados_persecucion.pdf?view=1

ACNUR (2012) *Directrices sobre Protección Internacional N° 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1ª (2) de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=518113d54>

UNHCR (2017) *UNHCR's mandate for refugees, stateless persons and IDPs en: UNHCR Emergency Handbook, version 1.6*. Disponible en: <https://emergency.unhcr.org>

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS APÁTRIDAS, 360 UNTS 117, 28 de septiembre de 1984.

PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, 606 UNTS 267, 31 de enero de 1967.

Bibliografía crítica (secundaria)

HATHAWAY, J. (2005) *THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW*, CAMBRIDGE.

KÄLIN, W. (2003) “Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Article 35 and Beyond”, en FELLER, E., TÜRK, V. & NICHOLSON, F. (eds.) *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: 614-666. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/470a33c00.html>

LEWIS, C. (2012) *UNHCR and International Refugee Law: From Treaties to Innovation*, New York.

PORTMANN, R. (2010) *Legal Personality in International Law*, Cambridge.

TÜRK, V.; “UNHCR'S Supervisory Responsibility”, en *Revue Québécoise de Droit International* 136-158. Disponible en: https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/14.1_-_turk.pdf

VENZKE, I. (2012) *How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford.

El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra y su interpretación desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

LAURA M. GIOSA

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires / Universidad de Buenos Aires

MARIANA BROCCA

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

La interrelación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) es, hoy en día, innegable. Esta situación ha dado lugar a que ciertos órganos de derechos humanos puedan interpretar el alcance de sus propias normas a la luz de instrumentos pertenecientes al DIH. Con base en ello, el presente trabajo tiene por finalidad exponer el análisis realizado por dos órganos en particular: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Para ello, se hará hincapié específicamente en determinados casos tratados por dichos tribunales respecto a conflictos armados no internacionales, tomándolos como referencia para poder determinar el estado de la materia en relación al Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Así las cosas, el trabajo se dividirá en tres apartados. El primero hará referencia a los estándares que emanan del Sistema Interamericano, abarcando desde los antecedentes que surgen con el caso “La Tablada” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y otros pronunciamientos de la Corte IDH, para luego sí hacer alusión a los fallos “Masacre de Mapiripán” y “Masacres de Ituango” donde el tribunal aborda el Protocolo Adicional II. Luego, el segundo apartado hará foco en su par europeo: el TEDH. Para ello, se mencionarán diferentes sentencias en las que los hechos se dieron en el marco de conflictos armados de carácter no internacional. Finalmente, se expondrán sucintamente las conclusiones a las que se hayan arribado.

1. LA INTERPRETACIÓN DEL PROTOCOLO ADICIONAL II EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Conforme fue señalado *supra*, el presente apartado abordará dos puntos diferentes: el primero hará referencia a los casos tratados por la CIDH (“La Tablada”) y la Corte IDH (“Las Palmeras Vs. Colombia” y “Bámaca Velásquez Vs. Guatemala”) que establecen las bases de la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco interamericano; el segundo tratará en forma específica dos sentencias de la Corte IDH (“Masacre de Mapiripán Vs. Colombia” y “Masacres de Ituango Vs. Colombia”) donde es utilizado el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949.

1.1. Antecedentes

La relación entre el Sistema Interamericano con el Derecho Internacional Humanitario ha ido variando a través de los años. En este contexto, los avances logrados han sido alcanzados, en gran medida, por el accionar de la CIDH en sus informes de fondo a distintos casos. En efecto, con el caso “Abella contra Argentina” (más conocido como “La Tablada”) la CIDH abrió la puerta a que se discutiera abiertamente hasta dónde llegaba la competencia *ratione materiae* de los órganos interamericanos relativos al Derecho de Ginebra. Así, la CIDH, con el caso “La Tablada” entendió que tenía competencia para aplicar en forma directa el Derecho Internacional Humanitario bajo los siguientes argumentos:

La competencia de la Comisión para aplicar las normas del Derecho humanitario se sustenta ampliamente en el texto mismo de la Convención Americana, en su propia jurisprudencia y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Virtualmente todos los Estados miembros de la OEA que son Parte de la Convención Americana, también han ratificado uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949 y/u otros instrumentos de Derecho humanitario. En su condición de Estados Partes de los Convenios de Ginebra, están obligados bajo principios de Derecho internacional consuetudinario a observar esos tratados de buena fe y a ajustar su legislación interna al cumplimiento de esos instrumentos. Además, han asumido el compromiso solemne de “respetar y asegurar el respeto” a esos Convenios en toda circunstancia, más particularmente en situaciones de hostilidades internacionales o internas.⁷⁰⁶

La postura adoptada por la CIDH en el caso “La Tablada” resultó sumamente polémica y, como consecuencia de ello, no mucho tiempo después la Corte IDH limitó notoriamente tales argumentos con su sentencia al caso “Las Palmeras Vs.

706 CIDH. Informe 55/97. Caso 11.137 (Juan Carlos Abella contra Argentina, “La Tablada”) de 18 de noviembre de 1997.

Colombia”. Allí, el tribunal interamericano, antes de analizar las cuestiones de fondo, debió resolver ciertas excepciones preliminares interpuestas por el Estado colombiano dentro de las cuales habían dos relativas a la incompetencia de la CIDH y de la Corte IDH para aplicar el Derecho Internacional Humanitario. De este modo, la Corte IDH utilizó su rol de última intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) para disipar dudas sobre la competencia *ratione materiae* en relación a los Convenios de Ginebra y para los intentos de avance realizados por la CIDH:

Si bien la Comisión Interamericana tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, de la Convención Americana se desprende, con toda claridad, que el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culmine en una demanda ante la Corte, debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención (cfr. artículos 33, 44, 48.1 y 48). Se exceptúan de esta regla, los casos en que otra Convención, ratificada por el Estado, confiere competencia a la Comisión o a la Corte Interamericanas para conocer de violaciones de los derechos protegidos por dicha Convención.⁷⁰⁷

Ahora bien, debe señalarse que la postura adoptada por la Corte IDH también fue sumamente criticada. Ello se debió a que el tribunal interamericano a lo largo de su sentencia a “Las Palmeras” hizo caso omiso de la innegable relación que existe entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, si bien resulta entendible que la Corte IDH establezca los límites de su competencia en razón de la materia, lo cierto es que en la sentencia al caso “Las Palmeras Vs. Colombia” lo que hizo fue dar la espalda por completo al Derecho de Ginebra, limitando así la protección de la población civil afectada.

No obstante, la postura tajante de la Corte IDH fue modificándose con el tiempo. Así, con el caso “Bámaca Velásquez Vs. Guatemala”, la Corte IDH entendió que, más allá de que no poseyera competencia para aplicar las normas emanadas del Derecho Internacional Humanitario, sí la tenía para utilizar a los Convenios de Ginebra para la interpretación que realizara de la CADH y demás instrumentos interamericanos sobre los que pudiera determinar su violación.

De esta manera, la Corte IDH consideró que – como había quedado comprobado que en el caso “Bámaca Velásquez” se encontraba ante un conflicto armado de carácter no internacional – el Estado no estaba exonerado de dar cumplimiento a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, sino que, por el contrario, debía actuar en concordancia con aquéllas. Para fundamentar su argumentación, la Corte IDH trajo a colación el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, según el cual el Estado que enfrente un conflicto armado no internacional tiene la obligación de brindar a las personas que no tengan participación directa en las hostilidades o que hayan quedado fuera del combate, un trato humano sin realizar distinción alguna de carácter desfavorable. Además, señaló que:

707 Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34.

Si bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común.⁷⁰⁸

Ahora bien, a pesar de que el caso “Bámaca Velásquez” hace referencia a hechos enmarcados en un conflicto armado de carácter no internacional y que, con anterioridad a los sucesos, el Estado de Guatemala ya había ratificado el Protocolo Adicional II, lo cierto es que, conforme surge de la sentencia, la Corte IDH limitó su interpretación solamente al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Como consecuencia de ello, no fue sino hasta sentencias posteriores, como “Masacre de Mapiripán” y “Masacres de Ituango”, donde la Corte IDH decidió ahondar en la normativa que surge del Derecho Internacional Humanitario para determinar el alcance de las disposiciones de la CADH cuando ello resulte necesario.

1.2. Las sentencias a los casos “Masacre de Mapiripán” y “Masacres de Ituango”

Como fue señalado anteriormente, fue recién en fallos como “Masacre de Mapiripán” y “Masacres de Ituango” donde la Corte IDH realizó una interpretación del Protocolo Adicional II relativo a los conflictos armados de carácter no internacional. Así, los hechos de ambos casos versan sobre los actos de tortura y asesinatos cometidos por grupos paramilitares en Colombia durante los años 1996 y 1997 – ya habiendo el Estado ratificado el Protocolo Adicional II – y la falta de una debida investigación de los hechos.

Particularmente, en “Masacre de Mapiripán” la Corte IDH estableció que para analizar el caso en cuestión, no podía dejar de lado la existencia de deberes generales y especiales de protección a favor de la población civil a cargo del Estado de Colombia, derivados del Derecho Internacional Humanitario, “en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II)”⁷⁰⁹. Con base en ello, la Corte IDH determinó que mientras el debido respeto a las personas bajo protección implica obligaciones de carácter pasivo – como no matar, no violar la integridad, entre otras – la debida protección implica obligaciones positivas “de impedir que terceros

708 Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

709 Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 114.

perpetren violaciones contra dichas personas”⁷¹⁰. Así, la Corte IDH agregó que “[l]a observancia de dichas obligaciones resulta de relevancia en el presente caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional”⁷¹¹.

Tal afirmación le permitió a la Corte IDH analizar las violaciones a la CADH no sólo desde el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 – como había hecho en el caso “Bámaca Velásquez” –, sino también a la luz del Protocolo Adicional II. Dicho avance, a fin de cuentas, resulta de gran importancia en el marco del Sistema Interamericano, donde generalmente se han presentado conflictos armados de carácter no internacional que han generado graves abusos y detrimentos a las disposiciones contenidas en el Derecho de Ginebra. En consecuencia, la utilización del Protocolo Adicional II como instrumento de interpretación para la CADH abre el paraguas de protección a la población civil que ve vulnerados sus derechos humanos en el marco de un conflicto armado no internacional.

Así las cosas, en ambas sentencias el tribunal interamericano procuró utilizar las bases del Protocolo Adicional II para analizar los alcances de los derechos humanos contenidos en la CADH. A modo de ejemplo, puede citarse el siguiente párrafo de la sentencia al caso “Masacres de Ituango” donde la Corte IDH hace alusión a la utilización del Protocolo Adicional II para interpretar el alcance del artículo 21 de la CADH:

En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado, de conformidad con el artículo 29 del mismo instrumento, utilizar otros tratados internacionales distintivos a la Convención Americana, tales como el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados de carácter interno, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional Humanitario. Colombia ratificó los Convenios de Ginebra el 8 de noviembre de 1961. El 14 de agosto de 1995 se adhirió a las disposiciones del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra.⁷¹²

Este avance por parte de la Corte IDH fue reiterado en sentencias posteriores, entre las que pueden enumerarse, como algunas de las más recientes, a “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia” y “Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador”. Consecuentemente, el tribunal interamericano ha logrado, a través de

710 Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 114.

711 Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 114.

712 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 179.

su jurisprudencia, una vasta protección a la población civil que se ve afectada como consecuencia de los conflictos armados de carácter no internacional, a pesar de que en un comienzo no parecía dispuesta a hacerlo.

2. **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su inexistente relación con el Protocolo Adicional II**

Si bien tanto la CIDH como la Corte IDH han forjado una estrecha relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional Humanitario, en el marco europeo no ha sucedido lo mismo. Así, por ejemplo, en los distintos casos relativos a conflictos armados no internacionales, el TEDH ha obviado por completo la existencia del Protocolo Adicional II – a diferencia de lo ocurrido en el Sistema Interamericano.

Ejemplo claro de esta relación inexistente entre el TEDH y el Protocolo Adicional II (o con el DIH en general, podría decirse) se observa a través de los distintos casos en que el órgano europeo ha tenido que abordar hechos relativos a los conflictos originados en Turquía con el Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK)⁷¹³ o, por ejemplo, en el caso “Isayeva Vs. Rusia”.

En efecto, si bien en la demanda del caso “Isayeva Vs. Rusia” se presentaron pruebas sobre la violación al Protocolo Adicional II y, además, al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el TEDH limitó su análisis al CEDH. Similar situación se generó en casos contra Turquía, como “Er y otros”, “Meryem Çelik y otros” y “Benzer y otros” – de los años 2012 y 2013 –. Allí el TEDH mantuvo la postura del caso “Isayeva Vs. Rusia”, dejando de lado el DIH y, junto con él, al Protocolo Adicional II, a pesar de que los hechos del caso se enmarcaban en un conflicto armado de carácter no internacional.

Si bien los órganos interamericanos han utilizado la jurisprudencia europea para echar luz sobre ciertas temáticas a lo largo del tiempo, pareciera ser que tal etapa ha llegado finalmente a su fin. Los avances realizados tanto por la CIDH como por la Corte IDH han demostrado que el órgano que se ha quedado rezagado ha sido ni más ni menos que el TEDH y que, en todo caso, debería ser éste el que deba darle seguimiento al Sistema Interamericano para generar avances en la protección de los derechos humanos de las personas.

3. **Conclusiones finales**

A partir del análisis realizado en los apartados anteriores, pueden observarse las claras diferencias entre la relación que mantiene la Corte IDH y el TEDH con el

713 A modo de ejemplo, ver: TEDH. “Er y otros Vs. Turquía”. Aplicación no. 23016/04. Sentencia de 31 de julio de 2012; TEDH. “Meryem Çelik y otros Vs. Turquía”. Aplicación no. 3598/03. Sentencia de 16 de abril de 2013; TEDH. “Benzer y otros Vs. Turquía”. Aplicación no. 23502/06. Sentencia de 12 de noviembre de 2013.

Derecho de Ginebra y, en particular, con el Protocolo Adicional II. Ahora bien, ante esta dispar situación, resta preguntarse qué afectaciones concretas puede tener para las personas que órganos como el TEDH no hagan uso del Protocolo Adicional II para determinar el alcance de las disposiciones que contiene el CEDH.

Ante este interrogante, surge de forma inmediata una respuesta preliminar: dada la carencia de un órgano específico que le dé real cumplimiento a las normas que emanan de los Convenios de Ginebra de 1949 y, en especial, del Protocolo Adicional II, el rol de los tribunales de derechos humanos recobra mayor importancia para la protección de las víctimas. Así, si bien quedó claro a lo largo de estas páginas que ni la Corte IDH ni el TEDH poseen competencia *ratione materiae* para aplicar en forma directa tales instrumentos, también fue puesto de manifiesto que tal limitante no obsta a que puedan ser utilizados como herramientas para interpretar sus propios convenios.

En efecto, esta posibilidad ha sido demostrada por la Corte IDH en su jurisprudencia. Particularmente, en lo que se refiere a los conflictos armados de carácter no internacional, el tribunal interamericano ha realizado un vasto análisis de la CADH a la luz del Protocolo Adicional II, logrando una protección mucho más amplia de la que hubiera logrado con sólo aplicar en forma directa las disposiciones del Pacto de San José.

Así las cosas, pareciera ser que el TEDH tiene un gran pendiente para con las víctimas de los conflictos armados en general, y para con las de los conflictos armados de carácter no internacional en particular. Las oportunidades para utilizar el Protocolo Adicional II como herramienta de interpretación se le han presentado; no obstante, el TEDH ha preferido dar la espalda al Derecho Internacional Humanitario y regirse solamente por las disposiciones del CEDH, sesgando su visión de los hechos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Consecuentemente, el TEDH ha logrado crear una grave brecha entre las dos ramas, a pesar de que su conexión e interrelación existe y es necesaria.

En suma, los avances realizados por la Corte IDH en relación Derecho Internacional Humanitario, en lo atinente al Protocolo Adicional II, dejan un sabor agri dulce. Ello, toda vez que su par europeo ha decidido optar por una mirada mucho más conservadora y limitada, dejando a las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional con una protección mucho menor de la que se ha logrado en el ámbito interamericano.

4. **Bibliografía**

Fuentes primarias

CIDH (1997) Informe 55/97. Caso 11.137 (Juan Carlos Abella contra Argentina, “La Tablada”).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana

sobre Derechos Humanos.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entrado en vigor en 1953.

Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977.

TEDH. “Benzer y otros Vs. Turquía”. Aplicación no. 23502/06. Sentencia de 12 de noviembre de 2013.

TEDH. “Er y otros Vs. Turquía”. Aplicación no. 23016/04. Sentencia de 31 de julio de 2012.

TEDH. “Isayeva Vs. Rusia”. Aplicación no. 57950/00. Sentencia de 24/02/2005.

TEDH. “Meryem Çelik y otros Vs. Turquía”. Aplicación no. 3598/03. Sentencia de 16 de abril de 2013.

Bibliografía crítica (secundaria)

BURGORGUE-LARSEN, L.; ÚBEDA DE TORRES, A. (2013) “La ‘guerra’ en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *ACDI*. Bogotá, Vol. 3 Especial, págs. 117-153.

IBAÑEZ RIVAS, J.M. (2016) “El derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, no. 36, págs. 167-198.

URIARTE, J.A. (2012) “Los problemas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

para aplicar el Derecho Internacional Humanitario” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, no. 43, págs. 875-899.

A 15 años de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: avances y retrocesos en rol de la mujer en los procesos de paz

MARIANA BROCCA

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

CAMILA A. ORMAR

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

En Sierra Leona, en una encuesta que solicitaba a varones excombatientes que identificaran quienes había desempeñado un papel fundamental en la ayuda que recibieron para reintegrarse, el 55% nombró a las mujeres de la comunidad. Sin embargo, entre 1992 y 2011, menos del 4 por ciento de las personas signatarias de los acuerdos de paz y menos del 10 por ciento de las y los negociadores sentados a la mesa de paz eran mujeres.

La situación de Sierra Leona, junto con tantas otras similares, no pasaron inadvertidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas quien en el año 2000 aprobó, por unanimidad, su resolución 1325 en la cual destacó la importancia de la participación de las mujeres, así como de la inclusión de la perspectiva de género en las negociaciones de paz, la planificación humanitaria y las operaciones de mantenimiento de la paz. Empero, si bien el Consejo de Seguridad reconoció que, en la actualidad, la mitad de todos los acuerdos de paz firmados hacen referencia a las mujeres, la paz y la seguridad, tan solo el 4 por ciento de las historias en las noticias de los medios retratan a las mujeres como líderes en países en situación de conflicto o posterior a un conflicto. De este modo, las cifras demuestran que, a pesar de los avances, las mujeres aún no son tenidas en cuenta como partícipes en las mesas de negociaciones.

Es en este contexto que el presente trabajo tiene como objetivo echar luz sobre la situación de las mujeres en los procesos de paz para visibilizar la vulnerabilidad sufrida por el género femenino en los ámbitos de poder. Para ello, se procederá, en primer lugar, a explorar los antecedentes previos al año 2000, para luego continuar con el análisis de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad a los efectos de comprender, a través de la misma, el trascendental papel que tiene la mujer en las negociaciones de paz para que los acuerdos alcanzados sean realmente llevados a la práctica. Asimismo, junto con lo anterior, se reseñarán los avances posteriores al año 2000 en el marco de las Naciones Unidas con miras a la participación de las mujeres

en el marco de la justicia transicional. Finalmente, se presentarán las conclusiones alcanzadas.

1. Mujeres, paz y seguridad

La importancia de realizar una lectura de la paz y la seguridad con perspectiva de género y derechos humanos, radica en que, absolutamente todos los conflictos armados generan consecuencias en las mujeres.⁷¹⁴ En otras palabras, no existe un solo conflicto armado que sea neutral al género, es decir, si antes del conflicto existe una desigualdad entre hombres y mujeres, durante las hostilidades las mismas se profundizan y aumentan las expresiones discriminatorias contra aquellos o aquellas que personifican identidades subordinadas.

Desafortunadamente, es posible dar cuenta de la discriminación se encuentra presente no solo durante el desarrollo de las hostilidades, sino también a lo largo de los procesos de paz que buscan poner punto final al conflicto. En este sentido, estadísticas reflejan que, “menos del 8 por ciento de las personas encargadas de negociar la paz son mujeres”,⁷¹⁵ al mismo tiempo que, si bien “la violencia sexual organizada es a menudo una táctica de guerra, sólo 17 de los 585 acuerdos de paz firmados después de 1990 hacen referencia a ella”.⁷¹⁶

Conforme se sostuvo en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing “La igualdad de acceso a las estructuras de poder y la plena participación de las mujeres en ellas y en todos los esfuerzos para la prevención y solución de conflictos son fundamentales para el mantenimiento y fomento de la paz y la seguridad”.⁷¹⁷ Por ello, la participación de las mujeres en la intervención y promoción de la paz y seguridad se asientan en dos pilares esenciales, que son, por un lado, el argumento basado en los derechos y la justicia, y por el otro, el argumento de la eficiencia.

El primero de ellos, esto es, el argumento basado en los derechos y de justicia sostiene que las mujeres –al igual que los hombres– tienen derecho a participar en la promoción y la prevención de la paz, la resolución del conflicto, la reconstrucción de las sociedades luego de las hostilidades, así como a exigir justicia por los delitos que se cometen contra ellas, y recibir reparación por los daños sufridos. Por ello, su exclusión de la toma de decisiones pública y política, incluidos los temas de paz y guerra así como la exclusión en la posterior resolución del conflicto, es una injusticia que multiplica la ausencia de un tratamiento adecuado a sus necesidades durante los periodos posteriores. Para decirlo con otras palabras, una representación más equitativa de las mujeres en la toma de decisiones políticas y económicas es un

714 DÍAZ D. I., ORTEGA VEGA S. M., PRIETO DELGADO P. y NADIESDA ZABALA CASTAÑEDA S. (2012: 69).

715 ONU MUJERES (2012: 4).

716 ONU MUJERES (2012: 4).

717 Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1 (1995).

requisito importante para lograr una sociedad más tolerante e inclusiva.⁷¹⁸

Mientras que el segundo de los argumentos, es decir, la eficiencia alude a que el impacto del conflicto en las mujeres no recibe la importancia que merece. Esta marginación de las mujeres socava cada una de las fases del proceso de resolución del conflicto y consolidación de la paz, ya que en muchos contextos las mujeres son un recurso para establecer acuerdos socialmente relevantes y efectivos, y para garantizar la inclusión social y una distribución justa de los dividendos de la paz, lo que, sencillamente, es una ineficiencia.⁷¹⁹

En ese contexto, si bien la Resolución 1325 del año 2000 marcó un quiebre en la agenda mundial en torno al papel de las mujeres en el mantenimiento de la paz y seguridad, es posible reconocer tímidos avances previos en la materia por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas –CSNU, en adelante. En este sentido, la participación del CSNU en la protección de las mujeres durante el desarrollo de los conflictos armados se volvió inevitable a partir de la violencia sexual desplegada en el conflicto de los Balcanes.⁷²⁰ En este sentido, no es difícil advertir que, una de las formas más concretas que reflejan patrones exacerbados de violencia y discriminación contra las mujeres en el marco de los conflictos armados es la violencia sexual.

A consecuencia de ello, mediante la Resolución 1261 del año 1999 se instó *...a todas las partes en conflictos armados a adoptar medidas especiales para proteger a los niños, y en particular a las niñas, de la violación y otras formas de abuso sexual, de la violencia basada en el género en situaciones de conflicto armado y a tener presentes las necesidades especiales de las niñas durante los conflictos y después de ellos, en particular en la prestación de asistencia humanitaria.*⁷²¹

Ese mismo año, de la mano de la resolución 1265, el CSNU reconoció los “efectos directos y específicos de los conflictos armados en la mujer”⁷²² “observando la importancia de incluir en los mandatos de las operaciones de paz, mantenimiento y consolidación de la paz, disposiciones especiales para mujeres y niños”⁷²³ y “llamando al Secretario General a velar porque el personal de Naciones Unidas tenga formación en temas de género”⁷²⁴.

Un año después, en abril del año 2000, mediante la Resolución 1296 el CSNU reforzó su preocupación por las consecuencias de los conflictos en la población civil,

718 ONU MUJERES (2012: 3).

719 ONU MUJERES (2012: 3).

720 Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23, 25 de mayo de 1993, párr. 38; Informe A/CONF.177/20 de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 17 de octubre de 1995, párr. 135.

721 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1999).

722 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1999).

723 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1999).

724 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1999).

con especial énfasis en mujeres, niños y otros grupos vulnerables,⁷²⁵ mientras que en la Resolución 1314 de agosto de ese mismo año, destacó la importancia de “tomar en consideración las necesidades y vulnerabilidades específicas de las niñas, incluidas las que son cabeza de familia, las huérfanas, las víctimas de explotación sexual y las utilizadas como combatientes”.⁷²⁶

2. La resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Empero –como se anunció líneas atrás– fue a partir de la adopción por unanimidad de la Resolución 1325 de octubre del año 2000⁷²⁷ que se asumió un compromiso más fuerte y un cambio de paradigma en la manera en que la comunidad internacional enfocaba la prevención, la resolución del conflicto, el mantenimiento de la paz, y su consolidación. En este sentido, las Directrices para la elaboración de un Plan de Acción Nacional sobre las Mujeres, la Paz y la Seguridad elaboradas por ONU Mujeres, aluden al carácter histórico de la Resolución 1325 al ser la primera que vincula exclusividad a las experiencias del conflicto que tienen las mujeres con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.⁷²⁸

Por ello, respecto del contenido específico de la Resolución 1325, es posible mencionar en líneas generales cuatro grandes directivas que son transversales a toda la resolución, a saber: participación y representación de las mujeres en la toma de decisiones y en los procesos de paz; la protección y atención a las necesidades específicas de las mujeres; la lucha contra la impunidad y justicia de género, a través de la solicitud a los Estados de enjuiciar a los responsables, declarando la violencia contra las mujeres como crimen de lesa humanidad y pidiendo excluirlo de las disposiciones de amnistía; y, por último, la documentación y visibilización desde una perspectiva de género.⁷²⁹

En cuanto al primer eje, esto es, participación y representación de las mujeres en la toma de decisiones y en los procesos de paz, la Resolución 1325 instó a los Estados Miembros a aumentar la representación de la mujer en todos los niveles de adopción de decisiones de las instituciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales para la prevención, la gestión y la solución de conflictos. En este sentido, la representación de la mujer en los distintos ámbitos que involucran negociaciones de paz se extiende, no solo a los Estados, sino también a los propios órganos de las Naciones Unidas. Esto se reflejó en el pedido al Secretario General en torno al aumento de la participación de la mujer en los niveles de adopción de decisiones en la solución de conflictos y los procesos de paz. De este modo, la solicitud por parte

725 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000).

726 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000).

727 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000).

728 ONU MUJERES (2012: 5).

729 DÍAZ D. I., ORTEGA VEGA S. M., PRIETO DELGADO P., NADIESDA ZABALA CASTAÑEDA S. (2012: 38).

del CSNU no implicó únicamente un aumento de la participación desde un punto de vista exclusivamente cuantitativo, sino también cualitativo en el sentido de aumentar los nombramientos de mujeres representantes especiales y enviadas especiales para realizar misiones de buenos oficios en su nombre.

En cuanto al segundo punto clave de la Resolución bajo análisis, es decir, la protección y atención a las necesidades específicas de las mujeres, el documento procuró solicitar a los Estados Miembros la elaboración de directrices específicas sobre la protección, los derechos y las necesidades especiales de las mujeres, así como sobre la importancia de la participación de las mujeres en la adopción de todas las medidas de mantenimiento de la paz y consolidación de la paz.

Por su parte, respecto de la lucha contra la impunidad y justicia de género, el CSNU subrayó la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas y, a este respecto, destacó la necesidad de excluir esos crímenes, siempre que sea viable, de las disposiciones de amnistía. Al mismo tiempo, se alentó, a quienes participen en la planificación para el desarme, la desmovilización y la reintegración, a que tengan presentes las necesidades distintas de los excombatientes según sean del género femenino o masculino y tengan en cuenta las necesidades de sus familiares a cargo.

Finalmente, en relación a la documentación y visibilización desde una perspectiva de género, la resolución resaltó que, tanto los Estados Miembro como el Secretario de las Naciones Unidas realizaran un seguimiento de los progresos realizados en la incorporación de las cuestiones de género en todas las misiones de mantenimiento de la paz y todos los demás aspectos relacionados con las mujeres y las niñas.

3. Justicia transicional con perspectiva de género: Avances posteriores a la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

La resolución 1325 se ha fortalecido y complementado con la aprobación de resoluciones posteriores del CSNU sobre las mujeres, la paz y la seguridad que contribuyen a definir los requisitos para el sistema internacional, los Estados Miembros y los actores de la sociedad civil para permitir la participación de las mujeres en la prevención, resolución y recuperación de los conflictos, y para fomentar capacidades que protejan a las mujeres ante la violencia además de responder a sus necesidades de recuperación inmediatas y a largo plazo.⁷³⁰ Dichas resoluciones son la 1820,⁷³¹ del año 2008; las 1888⁷³² y 1889,⁷³³ ambas de 2009; la 1960,⁷³⁴ del año 2010; las 2106⁷³⁵ y

730 ONU MUJERES (2012: 4).

731 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2008).

732 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2009).

733 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2009).

734 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2010).

735 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2013).

2122,⁷³⁶ ambas del año 2013; y finalmente, la Resolución 2242,⁷³⁷ del año 2015.

Por un lado, las resoluciones 1820, 1888, 1889 y 1960 reconocen la violencia sexual en el marco de conflictos armados como una táctica de guerra. Por ello, su prevención se convirtió en un componente crítico para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, requiriendo una respuesta desde el punto de vista del mantenimiento y negociación de la paz y la justicia. Ello implica la necesidad de aumentar los esfuerzos para prevenir la violencia sexual sistemática y generalizada en los conflictos a través de la capacitación de las fuerzas de seguridad nacionales, el personal judicial y encargado del mantenimiento de la paz, la prestación de servicios y recuperación a las víctimas. A modo de ejemplo, para cumplir con estos objetivos, la resolución 1888 creó la Oficina del Representante Especial del Secretario General sobre la violencia sexual en los conflictos armados, mientras que, la resolución 1960 instó a adoptar mecanismos de seguimiento y comunicación para favorecer una supervisión más efectiva del alcance y la gravedad de este crimen de guerra.

En 2013, la Resolución 2106 del Consejo de Seguridad reforzó la importancia aumentar los compromisos con la implementación de las resoluciones anteriores para combatir la impunidad de la violencia sexual relacionada con el conflicto. En igual sentido, la Resolución 2122 se colocó el énfasis en la rendición de cuentas sobre la aplicación de la Resolución 1325, y la importancia de la participación de las mujeres en todas las fases de la prevención de conflictos, resolución y recuperación.⁷³⁸

Por último, en el año 2015, en conmemoración de los 15 años de la Resolución 1325 y del 70º aniversario de las Naciones Unidas, se adoptó la Resolución 2242 con la intención de marcar el inicio de una nueva etapa que profundice las recomendaciones y exhortaciones a los Estados, a partir de la experiencia obtenida en los primeros quince años de vida de la Resolución 1325.

4. Reflexiones Finales

La Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas representó un paso fundamental en la protección en los derechos humanos de las mujeres, la paz y la seguridad al constituir el primer instrumento que exige a las partes en conflicto que los derechos de las mujeres sean respetados no solo durante el desarrollo de las hostilidades, sino también, en las etapas posteriores. En este sentido, la resolución destacó el impacto diferenciado y desproporcionado que los conflictos armados y situaciones de inseguridad tienen sobre las mujeres, especialmente la violencia de género, al mismo tiempo que procuró destacar el papel de las mujeres en la consecución de la paz.

En consecuencia, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas procuró el desarrollo de un marco de trabajo útil para mejorar la política sobre cuestiones de

736 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2013).

737 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2015).

738 GAUCHÉ MARCHETTI X (2016: 29).

género, desarrollo, paz y seguridad. Sin embargo, no es posible dejar de lado que, si bien el documento analizado constituyó una iniciativa muy positiva, aún queda mucho por hacer. En la actualidad, las violaciones y otras formas de violencia sexual no tienen freno.

Sin perjuicio de los diferentes avances y retrocesos que se producen en materia de protección de las mujeres y niñas no solo en el marco de los conflictos armados, sino también, durante el posconflicto, es innegable que el apoyo de la Comunidad Internacional es muy necesario en zonas donde la voz de las mujeres es silenciada de manera permanente. Como señaló el doctor Theo-Ben Gurirab, presidente del Consejo de Seguridad en el momento en que se aprobó la 1325, “si las mujeres son la mitad de toda comunidad. ¿No han de ser también la mitad de toda solución?”⁷³⁹

5. Bibliografía

Fuentes primarias

ONU MUJERES (2012) Las mujeres, la paz y la seguridad: directrices para la implementación nacional.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (1999) Resolución S/RES/1261.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (1999) Resolución S/RES/1265

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2000) Resolución S/RES/1296.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2000) Resolución S/RES/1314.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2000) Resolución S/RES/1325

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2008) Resolución S/RES/1820.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2009) Resolución S/RES/1888.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2009) Resolución S/RES/1889.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2010) Resolución S/RES/1960.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2013) Resolución S/RES/2106.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2013) Resolución S/RES/2122.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2015) Resolución S/RES/2242.

DECLARACIÓN Y PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJING (1995) Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1.

DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA (1993) A/CONF.157/23.

Bibliografía crítica

DÍAZ D. I., ORTEGA VEGA S. M., PRIETO DELGADO P, NADIESDA ZABALA CASTAÑEDA
739 REHN, E. y SIRLEAF, E. J. (2002: 76). Citado en MAGALLÓN, C. (2006).

S. (2012) *Mujeres, Paz y Seguridad. Destejiendo la guerra, tejiendo la paz*. Bogotá.

GAUCHÉ MARCHETTI X. (2016) “La Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A 15 años de su adopción” en *Revista Tribuna Internacional*, Vol 5, N° 9, pp. 53–68.

MAGALLÓN, C. (2006) *Mujeres en pie de paz*, Madrid.

La protección de la población civil en conflictos armados. Una lectura desde la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

CAMILA A. ORMAR

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

El 3 de mayo del año 2008 entró en vigor el primer instrumento internacional de derechos humanos del siglo XXI, la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad –CDPD. El objetivo de dicho instrumento, redactado en el marco de las Naciones Unidas, no ha sido crear nuevos derechos específicos para las personas con discapacidad – la minoría más grande a nivel mundial⁷⁴⁰ sino la aplicación del principio de no discriminación respecto de derechos ya regulados en otros instrumentos de derechos humanos.

Para esta oportunidad interesa destacar que dicho tratado señala, en su artículo 11, las obligaciones de los Estados parte a los efectos de garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de conflicto armado.⁷⁴¹

A la luz de lo anterior, la comunidad internacional ha destacado la complementariedad del derecho internacional humanitario –DIH– y el derecho internacional de los derechos humanos –DIDH– con miras a reforzar la protección de las personas con discapacidad, quienes se encuentran expuestas a una tasa mayor de malos tratos, descuido y abandono que aquellas personas que no tienen ningún tipo de discapacidad durante el desarrollo de las hostilidades.⁷⁴² En palabras del Comité Internacional de la Cruz Roja, “En situaciones de conflicto armado, el art. 11 debe leerse conjuntamente con la obligación de las partes en un conflicto -en virtud del DIH- de garantizar el respeto y la protección especiales de las “personas con discapacidad”. Por ejemplo, una parte hostil podría verse obligada a prestar especial atención a las necesidades específicas y a los desafíos que enfrentan las personas con discapacidad en situaciones de evacuación o de desplazamiento, así como a las

740 ONU. Algunos datos sobre las personas con discapacidad. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html>

741 El artículo 11 de la CDPD señala: Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

742 CICR. Derecho Internacional Humanitario y personas con discapacidad. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/derecho-internacional-humanitario-y-personas-con-discapacidad>

necesidades de las comunidades de acogida”.⁷⁴³ En particular, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en sus resoluciones 1894 del 2009, 2217 y 2225 ambas del año 2015, puso de relieve la necesidad de incluir en las respuestas humanitarias a las personas con discapacidad.⁷⁴⁴

1. **El Derecho internacional de los derechos humanos. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el mes de diciembre del año 2006 y entró en vigencia en mayo de 2008. De esta manera se constituyó como el primer instrumento universal de carácter vinculante que aborda de manera específica los derechos de las personas con discapacidad.

Dentro de las particularidades que rodearon la adopción de la CDPD, se ha destacado la participación activa por parte de la sociedad civil durante las negociaciones, lo cual fue un gran hito histórico ya que se trató de una modalidad totalmente inusual en el marco del derecho internacional, donde los trabajos preparatorios se encuentran a cargo únicamente de las delegaciones de los futuros Estados parte. A lo anterior también se sumó la posibilidad de que las organizaciones regionales de integración también puedan ratificar la Convención, de conformidad con el artículo 42 de la CDPD que señala “La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados y las organizaciones regionales de integración en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, a partir del 30 de marzo de 2007”.

Sin perjuicio de que este tratado sea la primera normativa vinculante, ya existían previamente una serie de principios y resoluciones en materia de discapacidad. Dentro de las más relevantes, se destacaron las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de las Naciones Unidas,⁷⁴⁵ los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención a la salud mental de Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.⁷⁴⁶ Estos antecedentes son el reflejo jurídico de la evolución del concepto de discapacidad a lo largo del tiempo, lo cual se ve sintetizado en lo que se conoce como modelos sobre discapacidad.

En este sentido, en primer lugar, se encuentra el modelo de la prescindencia que, en lo esencial, consideró que las personas con discapacidad son asumidas como innecesarias para la comunidad, lo que conllevaba a su exclusión o exterminio. Un segundo modelo, denominado asistencial, identificó a la discapacidad con el concepto

743 CICR. Derecho Internacional Humanitario y personas con discapacidad. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/derecho-internacional-humanitario-y-personas-con-discapacidad>

744 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2015) (2015).

745 ONU (1993).

746 ONU (1991).

de enfermedad, por lo que la persona con discapacidad pasó a ser un objeto de asistencia. Finalmente, el modelo social –receptado por la CDPD- considera que la discapacidad es el resultado de la interacción entre una deficiencia, que puede ser física, mental, sensorial o intelectual con las diversas barreras de la sociedad.

En cuanto a la estructura propia de la convención, cabe destacar que su objeto no ha sido crear nuevos derechos específicos para las personas con discapacidad, sino la aplicación del principio de no discriminación respecto de derechos ya regulados en otros instrumentos de derechos humanos. Sin perjuicio de ello, la misma plantea diversas innovaciones jurídicas, entre las que se destacan la accesibilidad, la rehabilitación y el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad, aspectos que mueven a la exploración de su naturaleza.

2. Obligaciones internacionales en materia de discapacidad. Especial énfasis en conflictos armados

Respecto de las obligaciones internacionales en materia de discapacidad, a los efectos del presente trabajo, interesa el artículo 11 que menciona expresamente

...al derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud de los cuales, los Estados parte deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado.

Este artículo refleja la toma de conciencia de los Estados respecto de que las personas con discapacidad sufren los efectos de los conflictos armados en mayor grado que a las personas que no sufren ninguna discapacidad.

En consecuencia, este enfoque de la discapacidad basado en los derechos humanos exige una nueva comprensión del derecho internacional humanitario. Por ello, el Consejo de Derechos Humanos junto con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos han presentado estudios temáticos en el mes de noviembre de 2015⁷⁴⁷ y más recientemente en marzo y abril de 2016 en virtud del artículo 11,1 donde justamente resaltó que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha marcado un cambio de paradigma, adoptando un enfoque de la discapacidad basado en los derechos humanos y centrándose en la eliminación de los obstáculos a la inclusión.

Sin embargo, en el ámbito del DIH, las disposiciones tanto de carácter consuetudinario como convencional, presentan un tratamiento de la discapacidad desde un modelo predominantemente médico y que, como consecuencia de ello, se centra en la protección de la persona desde una mirada asistencialista, probablemente producto del momento histórico en el que surgen tanto los convenios de Ginebra como los protocolos adicionales, donde justamente predominaba el modelo

747 ONU(2015).

rehabilitador. Por ello, sostiene el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que el artículo 11 de la Convención dispone que el derecho internacional humanitario debe leerse aplicando un enfoque de la discapacidad basado en los derechos humanos.

A modo de ejemplo, en el IV Convenio de Ginebra que justamente regula la protección de civiles presenta, en reiterados artículos, referencias a las personas con discapacidad como inválidos. Entre ellos, el artículo 16 relativo a la protección general de heridos y enfermos, el artículo 17 que alude a la evacuación de civiles, el artículo 18 relativo a la protección de hospitales o el artículo 21 que regula el traslado por vía terrestre o marítima.

Por ello, a los efectos de interpretar de manera conjunta el DIDH y el DIH es necesario desarrollar una lectura de los Convenios de Ginebra y demás normativa a la luz de la CDPD, con especial énfasis en su artículo 11. De modo tal, que el deber de protección especial de las personas con discapacidad no se reduce a garantizar la protección contra las hostilidades y a la atención médica, sino también incluir medidas como la disponibilidad de medios alternativos de comunicación, de accesibilidad y ajustes razonables, de protección contra los abusos, de autonomía personal y movilidad, de tecnología de la información y de la comunicación, de perspectiva de género y de edad y de acceso a la información.

3. Conclusiones

Existe una obligación jurídica de los Estados parte de la CDPD de cumplir con la protección especial en el marco de los conflictos armados en virtud de su artículo 11. En efecto, dicha regulación es más amplia que las disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra al momento de proteger a las personas con discapacidad que no participan en las hostilidades. Ello es así toda vez que, a la luz del DIDH la protección de las personas con discapacidad no se reduce a garantizar atención médica, sino incluye la disponibilidad de medios alternativos de comunicación, de accesibilidad y ajustes razonables, entre otras medidas.

En futuros trabajos corresponderá analizar, a la luz de la complementariedad entre la CDPD y el DIH, qué tipo de protección podría articularse en el caso de las personas con discapacidad con una deficiencia mental grave que participan activamente en combates, ¿puede o no dirigirse ataques contra ellos? ¿Qué salvaguardias permitirían garantizar el respeto de su voluntad y sus preferencias sin presiones indebidas?

4. Bibliografía

Fuentes primarias

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2009) Resolución 1894. S/RES/1894.

- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2015) Resolución 2217, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7434ª sesión.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2015). Resolución 2225, S/RES/2225.
- ONU (1971) Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.
- ONU (1991) Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”. Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 49, p. 189, ONU Doc. A/46/49 -1991.
- ONU (1993) Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.
- ONU (2006) Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- ONU (2015) Estudio temático sobre los derechos de las personas con discapacidad en virtud del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. A/HRC/31/30.
- ONU, Algunos datos sobre las personas con discapacidad. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html>

Bibliografía crítica

- CICR, Derecho Internacional Humanitario y personas con discapacidad. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/derecho-internacional-humanitario-y-personas-con-discapacidad>

Discriminación por orientación sexual en las Fuerzas Armadas: un análisis desde los derechos humanos

MARIANA BROCCA

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

CAMILA A. ORMAR

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

En todo el mundo, las personas homosexuales y bisexuales son objeto continuo de actos de violencia, discriminación, estigmatización y marginación. Como bien lo señala el Preámbulo de los Principios de Yogyakarta, “históricamente las personas han sufrido (...) violaciones a sus derechos humanos porque son lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales”. Si bien es cierto que en determinados lugares del mundo se han logrado avances en materia de orientación sexual – muestra de ello son los veintitrés países en donde se reconoce el matrimonio igualitario – lo cierto es que en muchos otros la homosexualidad aún sigue siendo ilegal. En efecto, en diversos Estados aún existen normativas que prohíben y penan la homosexualidad o la realización de actos sexuales entre individuos del mismo sexo y/o género, aplicando sanciones penales que, en ciertos países como en Arabia Saudí, pueden alcanzar la pena de muerte. Asimismo, debe señalarse que incluso en aquellos países en los que no se considera ilegal a la homosexualidad, no se suele contar con ordenamientos normativos que brinden una protección integral a las personas homosexuales y bisexuales contra actos discriminatorios.

En el marco del Sistema Interamericano de Derecho Humanos (SIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tuvo su primera oportunidad para pronunciarse respecto a los derechos humanos de las personas en relación a su orientación sexual en el renombrado caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.⁷⁴⁸ Como es sabido, dicho caso tuvo como base lo sucedido a Karen Atala Riffo, a quien el Estado de Chile le quitó la custodia de sus hijas utilizando como único fundamento la orientación sexual de aquélla. En su sentencia, la Corte IDH entendió que, a partir del principio *pro persona* y de una interpretación evolutiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de las categorías sospechosas del artículo 1.1 de la CADH, en el marco del término “otra condición social”.⁷⁴⁹ De este modo, a partir de este *leading case* la Corte

748 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

749 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de

IDH sentó por primera vez su estándar respecto a la protección que brinda la CADH a las personas en relación a su orientación sexual.

En el año 2016, es decir, cuatro años después de la sentencia al caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte IDH emitió su fallo *Flor Freire vs. Ecuador*,⁷⁵⁰ donde se pronunció sobre la violación a los derechos humanos de un hombre que formaba parte de las Fuerzas Armadas ecuatorianas, al haber sido expulsado de las mismas por su supuesta homosexualidad. En efecto, la víctima, Homero Flor Freire, fue separada de la Fuerza Terrestre ecuatoriana por la supuesta comisión de actos sexuales homosexuales dentro de las instalaciones militares. Como consecuencia de ello, la Corte IDH entendió que el Estado de Ecuador era responsable internacionalmente por el incumplimiento de las obligaciones y derechos contenidos en la CADH respecto de Flor Freire, dado que la expulsión del mismo se había basado únicamente en la aplicación de normas internas que sancionaban con mayor severidad los actos sexuales homosexuales que los heterosexuales.

Si bien es cierto que esta fue la primera oportunidad que tuvo la Corte IDH para pronunciarse respecto a la discriminación con base en la orientación sexual en el marco de las Fuerzas Armadas de los Estados, debe señalarse que su par europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ya tenía para ese entonces una vasta cantidad de fallos en la materia. En efecto, la misma Corte IDH tomó como parámetro orientador los pronunciamientos del TEDH para adoptar su decisión final en el caso *Flor Freire vs. Ecuador*. Debido a ello, el presente trabajo expondrá, en primer lugar, los antecedentes de la sentencia *sub examine* emanados del Sistema Europeo. Luego, se analizará lo expuesto por la Corte IDH en el caso *Flor Freire vs. Ecuador*, señalando seguidamente la crítica que consideramos pertinente respecto de dicha sentencia. Por último, se concluirá con las reflexiones finales.

1. Antecedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tal como se mencionó previamente, con anterioridad a la sentencia al caso *Flor Freire vs. Ecuador*, el par europeo de la Corte IDH tuvo diversas oportunidades para pronunciarse respecto a la discriminación por orientación sexual en las Fuerzas Armadas. En efecto, entre los años 1999 y 2002 llegaron al TEDH cuatro casos de miembros de las Fuerzas Armadas británicas, donde – a cada uno de los nueve aplicantes – se los había relevado de sus funciones debido a su homosexualidad.

Los primeros dos casos – *Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido* y *Smith y Grady vs. Reino Unido* –⁷⁵¹ obtuvieron su sentencia por parte del TEDH en el año 1999. Los cuatro aplicantes, al momento de los hechos, eran miembros de las

24 de febrero de 2012, párrs. 83 a 93.

750 Corte IDH. Caso *Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

751 TEDH. Caso *Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido*. Sentencia de 27 de septiembre de 1999. TEDH. *Smith y Grady vs. Reino Unido*. Sentencia de 27 de septiembre de 1999.

Fuerzas Armadas de Reino Unido. Como consecuencia de una política de exclusión de las personas homosexuales de las Fuerzas Armadas, impulsada por el Ministerio de Defensa del Estado, las cuatro víctimas – que eran homosexuales – fueron relevadas de sus actividades con el único fundamento de su orientación sexual. De este modo, al arribar sus respectivos casos al TEDH, los aplicantes solicitaron al órgano europeo que entendiera que sus derechos al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8, Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH]) y a la prohibición de discriminación (artículo 14) habían sido violados por Reino Unido. Además, los aplicantes Smith y Grady solicitaron que se reconociera que se habían visto violados los derechos contenidos en los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 10 (libertad de expresión). El TEDH rechazó este último pedido, en el entendimiento de que no existía – para el primer derecho – el mínimo de severidad necesario y – para el segundo – la necesidad de tratarlo en forma separada al derecho al respeto a la vida privada y familiar de los aplicantes. Sin embargo, sí dictaminó en ambas sentencias que Reino Unido era responsable internacionalmente por la violación a los derechos contenidos en los artículos 8 y 14 del CEDH, como así también del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) para el caso de Smith y Grady. Los siguientes casos – Perkins y R. vs. Reino Unido y Beck, Copp y Bazeley vs. Reino Unido –,⁷⁵² cuyos hechos se asemejan a los primeros, obtuvieron su sentencia por parte del TEDH en el año 2002. Al igual que en los sucesos mencionados con anterioridad, el TEDH determinó que los derechos contenidos en los artículos 8 y 14 del CEDH habían sido violados, y que – para el caso de Beck, Copp y Bazeley – también lo había sido el establecido en el artículo 13.

En las cuatro sentencias, el fundamento principal del TEDH para dictaminar la violación al derecho contenido en el artículo 8 fue la innegable intromisión en la vida privada de los aplicantes a través de las entrevistas realizadas por funcionarios de las Fuerzas Armadas con la finalidad de inmiscuirse en aspectos relacionados a la orientación sexual de las víctimas, recayendo en preguntas relacionadas con cuestiones sumamente personales como: quiénes habían sido sus parejas previas, si padecían VIH-SIDA, si habían mantenido algún tipo de relación amorosa con personal de las Fuerzas Armadas, entre otras. A tal situación se le puede adherir el hecho de que Reino Unido tuvo como principal argumento de defensa que la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas hubiera tenido un efecto negativo en la moral y, consecuentemente, en el poder de combate y en la efectividad de las Fuerzas Armadas. El TEDH entendió que esa mirada se fundaba solamente en las actitudes negativas del personal heterosexual contra el homosexual, y que con ello no podía justificar, de manera alguna, tal intromisión en la vida privada de los aplicantes. Como consecuencia de ello, el TEDH entendió que por los mismos hechos violatorios del derecho al respeto a la vida privada y familiar también se había visto violada la prohibición a la discriminación, contenida en el artículo 14, debido al tratamiento discriminatorio que habían recibido los aplicantes como consecuencia de la política

752 TEDH. Perkins y R. vs. Reino Unido. Sentencia de 22 de octubre de 2002. TEDH. Beck, Copp y Bazeley vs. Reino Unido. Sentencia de 22 de octubre de 2002.

adoptada por el Ministerio de Defensa de Reino Unido.

2. El caso de Flor Freire vs. Ecuador

Como fue señalado anteriormente, Homero Flor Freire fue separado de las Fuerzas Terrestres ecuatorianas con fundamento en el entonces vigente Reglamento de Disciplina Militar. Dicho reglamento contenía sanciones de distinta gravedad para los actos sexuales, teniendo en cuenta si eran de índole heterosexual u homosexual. En efecto, el artículo 67 del Reglamento de Disciplina Militar establecía que era una “falta atentatoria” la realización de “actos sexuales ilegítimos en el interior de repartos militares” la cual sólo implicaba una sanción de “[a]rresto de rigor de [10 a 15] días”, “[a]rresto de rigor en otro Reparto de [3 a 10] días”, o “[s]uspensión de funciones de [10 a 30] días”.⁷⁵³ En cambio, el artículo 117 del reglamento establecía que “[l]os miembros de las Fuerzas Armadas que sean sorprendidos en actos de homosexualidad [...] dentro o fuera del servicio, se sujetarán a lo previsto en artículo 87, literal (i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas”, el cual determinaba que la sanción correspondiente era la baja.⁷⁵⁴ Debido a tales normas, la Corte IDH sostuvo que

*además de la posible diferencia mencionada supra, existía una diferencia de trato en la regulación de los ‘actos sexuales ilegítimos’ y los ‘actos de homosexualismo’ en dos sentidos: (i) respecto de la gravedad de la sanción, pues la sanción para los ‘actos sexuales ilegítimos’ oscilaba entre 10 días de arresto y 30 días de suspensión, mientras que la sanción para los ‘actos de homosexualidad’ era la baja del oficial, y (ii) respecto del alcance.*⁷⁵⁵

Así, la Corte IDH reiteró el estándar establecido en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en cuanto a que la orientación sexual es una categoría sospechosa incluida en el artículo 1.1 de la CADH, de modo que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, sea esta real o percibida”.⁷⁵⁶ Al respecto, la Corte IDH añadió, en el caso *sub examine*, que

el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las

753 Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 115.

754 Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 115.

755 Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 117.

756 Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 118.

*personas. En este sentido, los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual.*⁷⁵⁷

Ahora bien, al tratarse la orientación sexual de una de las categorías protegidas en el artículo 1.1 de la CADH, las restricciones a los derechos en tales casos exigen una fundamentación rigurosa por parte del Estado, motivo por el cual las razones deben ser sumamente serias y sustentarse en una argumentación exhaustiva.⁷⁵⁸ Ergo, la Corte IDH sostiene que

*es el Estado quien tiene la carga de la prueba para mostrar que la diferencia de trato entre los actos sexuales homosexuales y los llamados 'actos sexuales ilegítimos' se encuentra justificado, sin fundamentar su decisión en estereotipos. En el presente caso, las diferencias en la regulación disciplinaria evidencian una distinción relacionada con la orientación sexual, categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención. Sin embargo, Ecuador no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad.*⁷⁵⁹

3. Conclusiones

Si bien la Corte IDH reiteró el estándar aplicado en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile en cuanto a la protección específica que debe tener la orientación sexual en relación a los derechos contenidos en la CADH, resulta llamativo que en el caso *sub* examine el tribunal interamericano haya entendido que podría ser razonable y admisible la imposición de restricciones a las relaciones sexuales al interior de las instalaciones militares o durante el servicio, a los efectos de preservar la disciplina militar. En su sentencia, la Corte IDH sólo analizó la ausencia de una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales homosexuales en el marco de las Fuerzas Terrestres ecuatorianas, sin efectuar crítica alguna respecto a la severidad de las sanciones de los artículos 67 y 117 del reglamento en sí mismas. Surge así el interrogante de si – tanto la sanción mínima del artículo 67 como la máxima del artículo 117 – constituyen restricciones legítimas y proporcionales con la finalidad de preservar la disciplina militar, o si, en realidad, no lo son. En efecto, la falta de análisis por parte de la Corte IDH pareciera indicar que la disciplina militar es un fin legítimo a los efectos de poder restringir los derechos de las personas, permitiendo la

⁷⁵⁷ Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 119.

⁷⁵⁸ Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 125.

⁷⁵⁹ Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párrs. 125 y 126.

interrupción por parte del Estado en la vida privada de su personal.

4. **Bibliografía**

Fuentes primarias

CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

CORTE IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

TEDH. Beck, Copp y Bazeley vs. Reino Unido. Sentencia de 22 de octubre de 2002.

TEDH. Caso Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido. Sentencia de 27 de septiembre de 1999.

TEDH. Perkins y R. vs. Reino Unido. Sentencia de 22 de octubre de 2002.

TEDH. Smith y Grady vs. Reino Unido. Sentencia de 27 de septiembre de 1999.

ASPECTOS EMOCIONALES DE LA RELACIÓN ENTRE LOS REFUGIADOS Y LOS ESTADOS RECEPTORES: EL CASO DE LOS PAÍSES EUROPEOS EN LA ACTUALIDAD

ANDREA PAULA PESARESI

Universidad de Buenos Aires

Desde 2015, una oleada de personas sin precedentes inició su trayecto hacia Europa con el fin de establecerse allí bajo el status de refugiados. Según datos estadísticos aportados por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, en la totalidad de la región europea la cantidad de individuos en esta situación en 2017 supera los diez millones. Los desplazamientos se originan en su mayoría de zonas de conflicto; principalmente huyen de la guerra en Siria, pero también desde otras áreas inestables como Afganistán, Irak o Eritrea, entre otros.⁷⁶⁰ En el intento de alcanzar un lugar seguro donde obtener protección, se movilizan en embarcaciones precarias cruzando el Mediterráneo, o por largas vías terrestres, pagando elevadas sumas a traficantes de personas, arriesgando su vida y dejando atrás todo lo que tienen.

En los distintos países de Europa, los solicitantes de asilo han sido recibidos con diversos grados de rechazo hacia su presencia o de solidaridad con su situación. La mayoría de los Estados dictaron normas para regular y limitar el ingreso de refugiados; mientras que algunos optaron por la posición extrema de cerrar sus fronteras, otros impusieron condiciones regulatorias. Estas últimas tomaron la forma de cupos de admisión, o requisitos tales como el aprendizaje del idioma del país receptor, la obligación de trabajar o asistir a la escuela, entre otro. Es así que los jefes de Estado se vieron en la necesidad de obtener legitimidad para las políticas implementadas en respuesta a este desafío. Con este fin, las medidas dictadas fueron acompañadas de discursos e imágenes, destinadas a dotar de sentido y justificar su accionar, a través de la apelación a las emociones de la ciudadanía.

En el presente trabajo se analizarán dos argumentos emocionales extremos. Por un lado, puede distinguirse un discurso que identifica a los refugiados como una amenaza para el país receptor, de modo tal que genera miedo hacia este grupo y justifica la toma de medidas para rechazarlos. Por otro lado, puede identificarse una corriente discursiva que fomenta la identificación del ciudadano europeo con el otro recién llegado, para producir una respuesta compasiva y hospitalaria. Como representación del primero de estos discursos se tomarán las declaraciones de Viktor Orbán, el actual Primer Ministro de Hungría. Por su parte, para ilustrar la retórica compasiva se considerarán las expresiones de la Canciller alemana Angela Merkel.

760 Ver: <http://reporting.unhcr.org/node/31> (último acceso: 30/09/17).

Previamente, para comenzar el análisis, resulta esclarecedor observar el impacto de la identidad europea y la percepción de la otredad hacia los refugiados sobre ambas corrientes discursivas, que se desarrollarán en la siguiente sección.

1. La identidad europea y el “orientalismo”

La autopercepción de los europeos como una entidad única es un factor clave en sus relaciones con el resto del mundo. La historia del continente europeo está definida por la interacción entre las naciones que lo componen, sus alianzas y sus rivalidades. A partir del siglo XIX, los intentos de cooperación entre los Estados europeos para la solución pacífica de sus conflictos se cristalizaron en incipientes sistemas institucionales dedicados a ese fin. Estas propuestas adquirieron una mayor atención del público luego de la Primera Guerra Mundial; pero sólo desde la segunda posguerra comenzaron a nacer los primeros mecanismos más serios de cooperación institucional. Las tres comunidades que precedieron a la Unión Europea (la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica) tuvieron fines de cooperación en sectores específicos y en materia económica. La integración a nivel político se produjo recién en 1992, con la firma del Tratado de Maastricht y la creación de la Unión.⁷⁶¹

De la lectura del Tratado constitutivo de la Unión Europea puede inferirse la intención de los Estados partes de profundizar su integración más allá de la mera cooperación económica. En su Preámbulo hace referencia a una “*herencia cultural, religiosa y humanista de Europa*”, a partir de la cual se desarrollaron una serie de valores universales, comunes a todos los miembros de la Unión. Además, las disposiciones del Tratado incluyen la libre circulación de personas dentro del Espacio Schengen, la ciudadanía de la Unión, y la delegación de competencias en materia de política exterior y de seguridad común, el control de las fronteras exteriores, las migraciones y el asilo.⁷⁶²

Junto con la idea de valores europeos comunes, el Preámbulo del Tratado refleja el concepto de identidad europea. En este sentido, los Estados miembros de la Unión adoptaron en 1973 una Declaración sobre la Identidad Europea, donde abordaron esta noción desde dos vertientes: una referente a la herencia cultural, valores e intereses comunes de los países; otra, relativa a su actitud como conjunto hacia el resto del mundo. Al tiempo que reafirmaron la voluntad de profundizar sus vínculos, los Estados reconocieron la diversidad propia del continente.⁷⁶³ Lejos de la homogeneidad cultural y étnica, en Europa coexisten múltiples identidades individuales y colectivas, a nivel nacional, geográfico, religioso, de género, económico

761 MAYER y STANIK (2013: 1, 2, 11).

762 Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, 2010 O.J. C 83/01, Preámbulo y arts. 2, 3 y 9.

763 Declaration on European Identity, Copenhagen, 14 de diciembre de 1973, Introducción y párr. I.1, I.3.

y político, entre otros. Podría describirse a la identidad europea como una “*unidad a través de la diversidad*”⁷⁶⁴ Inclusive en la esfera individual cada persona se reconoce como parte de más de un grupo o colectividad, y todas las identidades que se superponen en ella cobran mayor o menor relevancia en contextos determinados.⁷⁶⁵

La noción de una identidad común de todos los Estados europeos parece contradecirse con sucesos recientes como la salida del Reino Unido del bloque en 2016. No obstante, la identidad europea no es tanto un rasgo inherente a las naciones de la región, sino una construcción nacida de su voluntad. En este sentido, el ex Presidente checo Václav Havel afirmó un discurso ante el Parlamento Europeo en 1994 que los valores, la historia y las tradiciones comunes de la llamada “civilización europea” fueron en verdad el fruto del proceso que transitaron hacia la integración, y no su causa.⁷⁶⁶ Esta identidad puede caracterizarse como una “comunidad imaginaria” o “tradición inventada”: una herramienta de la que se valen los grupos dominantes para alcanzar objetivos políticosdeterminados.⁷⁶⁷ De este modo, la identidad común puede funcionar como un medio para movilizar a los habitantes de Europa a recibir a los refugiados, en pos del cumplimiento de su ideal de una civilización demográficamente diversa, solidaria e inclusiva. Sin embargo, es factible recurrir a la misma identidad colectiva para obtener el resultado contrario, apelando a un ideal de sociedad homogénea, por oposición a aquellos grupos considerados externos a la comunidad.⁷⁶⁸

Cuanto mayor es la profundidad de los vínculos que unen a los miembros de la Unión, más se erosionan las diferencias culturales y los límites nacionales hacia el interior de Europa, al tiempo que se refuerzan las fronteras que la separan del resto del mundo. Así, se produce un contraste entre los valores de la comunidad propia y la ajena, que puede derivar en la formación de estereotipos y prejuicios xenófobos.⁷⁶⁹ La doctrina denomina “orientalismo” a una visión estereotipada sobre las culturas de religión musulmana, que considera que los practicantes de este culto tienen una mentalidad y características esencialmente diferentes de las occidentales.⁷⁷⁰ Entre los estereotipos comúnmente asociados a estas comunidades, la ONG *The Runnymede Trust* identificó a la percepción del Islam como un bloque estático e inmutable, asociado a la violencia, el terrorismo y el sexismo, de carácter primitivo y enemigo de Occidente.⁷⁷¹ Muchas de estas ideas nacen del prejuicio de que todos los musulmanes tienen la misma visión del mundo y el Islam carece de diversidad y diferencias internas.⁷⁷² Así,

764 LOM y MURILLO (2002: 318-319).

765 COMISIÓN EUROPEA (2012: 8).

766 HAVEL (1994).

767 LOM y MURILLO (2002: 319).

768 KINNVALL (2013: 155).

769 COMISIÓN EUROPEA (2012: 22-23).

770 AKRAM (2000: 8).

771 EUROPEAN MONITORING CENTRE ON RACISM AND XENOPHOBIA (2006: 60-61).

772 GREEN (2015: 12).

las interpretaciones desnaturalizadas de los preceptos religiosos islámicos que realizan los grupos terroristas para justificar sus acciones son atribuidas a la religión misma. Como resultado, se responsabiliza a los refugiados por la violencia perpetrada por el mismo grupo que los persigue.⁷⁷³ En la medida en que se concibe a los valores propios de Oriente y Occidente como naturalmente opuestos, el choque entre ambas civilizaciones parece inevitable.⁷⁷⁴ La llegada de los refugiados elimina la distancia imaginada entre ambos grupos, y por ende es percibida como una amenaza.⁷⁷⁵

Las declaraciones de los mandatarios europeos evidencian conceptos diferentes de la identidad común del continente y de su relación con el mundo musulmán. Desde el punto de vista de Angela Merkel, la Unión Europea representa una “*comunidad de valores, derechos y responsabilidades*”; por lo tanto, sus miembros deben responder al influjo de refugiados mediante la acción conjunta y con un espíritu de solidaridad común.⁷⁷⁶ De esta manera, parte de una noción de la identidad europea que busca promover una respuesta compasiva. Desde una visión opuesta, Viktor Orbán alega que los inmigrantes tienen una concepción del trabajo, las relaciones humanas y la familia que es ajena al marco del pensamiento europeo.⁷⁷⁷ En consecuencia, entiende que su llegada representa un desafío a la cultura y el modo de vida locales, que pone en riesgo su supervivencia, y por lo tanto “*Hungría debe proteger su composición étnica y cultural*”.⁷⁷⁸ Mediante estas ideas estereotipadas y prejuiciosas, Orbán promueve la respuesta de rechazo a los refugiados, identificándolos como “*otros*” que constituyen un peligro para la comunidad.

2. La respuesta basada en el miedo

Aristóteles define al miedo como una emoción negativa que se siente ante la representación de un mal serio e inminente.⁷⁷⁹ En el caso de los peligros que presenta la sociedad, el miedo no es instintivo, sino que se produce conforme a la manera de percibir una situación determinada. Como explica Nussbaum, una de las características de esta emoción es su capacidad de desplazamiento hacia un objeto distinto del que originó el problema. Respecto de los oradores políticos, Aristóteles afirmaba que pueden utilizar el discurso para provocar el miedo en los demás, reuniendo una serie

773 AKRAM (2000: 18).

774 GREEN (2015: 13-15).

775 ALLEN (2010: 107-108).

776 Ver: http://www.bundesregierung.de/Content/EN/Artikel/2015/09_en/2015-09-24-reg-erklaerung-merkel_en.html?nn=393344. http://www.bundestkanzlerin.de/Content/EN/Artikel/2015/08_en/2015-08-27-westbalkankonferenz_en.html (último acceso: 30/09/17).

777 Ver: <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/news/the-eu-cannot-build-its-future-on-immigration-instead-of-families> (último acceso: 30/09/17).

778 Ver: <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/news/europe-is-being-invaded>. <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/viktor-orban-s-speech-at-the-14th-kotcse-civil-picnic> (último acceso: 30/09/17).

779 ARISTÓTELES (1382a22).

de condiciones: (a) presentar a un hecho como inminente y altamente significativo para la supervivencia o el bienestar de las personas; (b) mostrarlo como cercano; y (c) producir en la gente una sensación de su propia vulnerabilidad personal y de falta de control. Por ejemplo, es posible causar temor hacia un grupo de personas caracterizando sus intenciones como maliciosas y creando una imagen de su poder para causar daño. La sensación de vulnerabilidad se acrecienta ante la idea de un enemigo oculto bajo una apariencia de normalidad e inocuidad.⁷⁸⁰

En el caso bajo análisis, la representación de los refugiados como una amenaza se configura sobre la base de una narrativa orientalista, que los caracteriza como ajenos al continente europeo. Esta concepción parte de la premisa errónea de una diferenciación absoluta entre el yo y el otro, cuya diferencia implica por sí sola un desafío a la identidad europea. En razón de la diversidad que simbolizan los solicitantes de asilo, su llegada es percibida como una fuente de inestabilidad interna.⁷⁸¹ Como mecanismo de defensa ante el peligro, la sociedad busca fortalecer su unidad interior, y se vuelve cada vez menos tolerante de las diferencias. Así, se crea una frontera imaginaria entre los integrantes de la comunidad y quienes son ajenos a ella, y se los identifica como chivos expiatorios, depositarios de todos los hechos negativos.⁷⁸² Por ejemplo, Viktor Orbán responsabiliza a los refugiados por las deficiencias en el sistema de seguridad, afirmando que “*aquellos Estados con grandes cantidades de inmigrantes ilegales experimentan incrementos dramáticos del delito, con un decrecimiento proporcional en la seguridad pública.*”⁷⁸³

Por su parte, los ciudadanos de Europa se identifican como legítimos beneficiarios de la seguridad y la prosperidad derivadas de la pertenencia a la comunidad. Entienden que los recién llegados no tienen derecho a aprovecharse del fruto del esfuerzo previo de los ciudadanos, que construyeron la nación mediante el trabajo y el pago de impuestos.⁷⁸⁴ Siguiendo este relato, Orbán describe a los refugiados como invasores que intentan arrebatarles la paz y la prosperidad a los europeos. Sostiene que todos “*han trabajado duro para vivir en paz y seguridad: tanto los individuos como las comunidades nacionales;*”⁷⁸⁵ y si bien la dignidad humana y la seguridad son derechos fundamentales, “*el estilo de vida alemán, austríaco o húngaro no son derechos básicos de todas las personas en la tierra. Sólo es un derecho de los que han contribuido a él.*”⁷⁸⁶

780 NUSSBAUM (2012: 23, 31).

781 MOISI (2009: 155-156).

782 GENTRY (2015: 137, 143).

783 Ver: <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-presentation-at-the-26th-balvanyos-summer-open-university-and-student-camp> (último acceso: 30/09/17).

784 AHMED (2004: 1, 2, 43).

785 Ver: <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-address-in-parliament-before-the-start-of-daily-business20170223> (último acceso: 30/09/17).

786 Ver: <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/speech-of-viktor-orban-at-the-epp-congress20151024>(último acceso: 30/09/17).

Además de identificar a los refugiados como externos, el discurso los identifica como una amenaza oculta. La emoción de miedo está retórica y emocionalmente vinculada a esta noción de la incertidumbre y lo desconocido.⁷⁸⁷ Como se mencionó anteriormente, la sensación de la propia vulnerabilidad se exagera ante la presencia de una amenaza indeterminada y carente de un referente fijo. En este sentido, el discurso sobre los refugiados hace referencia a la posibilidad de que ingresen al territorio europeo “falsos solicitantes de asilo”, ya sean migrantes por motivos económicos o aun terroristas. Esta diferenciación produce una narrativa de incertidumbre: dado que su apariencia es igual a la de los refugiados genuinos, existe un riesgo de que no se pueda diferenciar a los falsos. En consecuencia, la llegada masiva de refugiados se anticipa como un daño potencial a la nación, justificando el rechazo hacia todo el grupo para protegerla.⁷⁸⁸ Orbán cuestiona en sus discursos el derecho de los recién llegados a obtener asilo, afirmando que muchos de ellos son en verdad migrantes económicos.⁷⁸⁹ Agrega que “*hay una clara correlación entre los inmigrantes ilegales que están inundando Europa y la expansión del terrorismo*”, y considera que los europeos son “*incapaces de detectar terroristas en una masa de gente tan enorme*”.⁷⁹⁰

El miedo hacia los refugiados se funda en el peligro percibido por los europeos como consecuencia de la representación discursiva de la amenaza. Aunque el discurso no necesariamente tiene un correlato en la realidad, los presuntos afectados sienten el miedo de la misma manera que si lo tuviera.⁷⁹¹ A medida que la sociedad se complejiza, las probabilidades de que exista esta disonancia son mayores.⁷⁹² De esta manera, la reacción ante la amenaza percibida puede tomar la forma de retaliación, en lugar de constituir una respuesta racional ante los hechos. En particular, el énfasis en la protección de la seguridad nacional puede primar sobre las concepciones de la seguridad humana.⁷⁹³ Sin embargo, no se trata de objetivos incompatibles: es posible apelar a concepciones más amplias de la seguridad, que permitan responder a potenciales riesgos de seguridad sin actuar a expensas de los grupos vulnerables como los solicitantes de asilo.⁷⁹⁴

En principio, como explica Nussbaum, el miedo es una emoción valiosa y necesaria para mantener la conciencia sobre la seguridad y el bienestar de una comunidad, y rechazar potenciales peligros.⁷⁹⁵ No obstante, es susceptible de

787 GENTRY (2015: 139).

788 AHMED (2004: 46-47).

789 Ver: <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/viktor-orban-s-speech-at-the-14th-kotcse-civil-picnic> (último acceso: 30/09/17).

790 Ver: <http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-presentation-at-the-26th-balvanos-summer-open-university-and-student-camp> (último acceso: 30/09/17).

791 KINNVALL (2013: 146).

792 NUSSBAUM (2012: 27).

793 GENTRY (2015: 143).

794 PORTER (2006: 110).

795 NUSSBAUM (2012: 27).

manipulación a través de la política y la retórica. Para formarse una idea sobre los requisitos para la seguridad y el bienestar de la comunidad se requiere de un pensamiento sofisticado, que no resulta instintivo. El proceso que emplea una sociedad para identificar amenazas y delimitar el miedo recibe influencias de la cultura, la política y la retórica.⁷⁹⁶ El orador político puede destacar los peligros existentes, o inclusive construir percepciones del peligro donde no existe realmente. Aristóteles analizó el proceso por el cual se crean o eliminan sensaciones de peligro mediante la retórica política, y concluyó que existen diversos elementos que pueden conducir a errores. Las equivocaciones pueden producirse al identificar la amenaza o la magnitud de su gravedad, o sus causas; puede tenerse una concepción equivocada del propio bienestar, que conduzca a temer a un agente que no causa un daño real.⁷⁹⁷ De este modo, las elites políticas, las figuras públicas y los medios de comunicación pueden utilizar el discurso para influir sobre las emociones individuales y colectivas para lograr determinados fines.⁷⁹⁸ Por ejemplo, los medios pueden delinear el marco del debate al elegir el lenguaje con el que se refieren a los refugiados y las imágenes que muestran. Así, el problema puede interpretarse como un desastre humanitario que requiere de una repuesta pública compasiva, o como una potencial amenaza que requiere de la aplicación de mecanismos de seguridad y de control de fronteras.⁷⁹⁹

Con fundamento en el discurso del miedo, Hungría adoptó una serie de medidas de rechazo hacia los refugiados. En primer lugar, levantó vallas en sus fronteras con Serbia y Croacia, para evitar el ingreso de personas desde estos países. Determinó que sólo se aceptarán peticiones de asilo de nacionales de zonas en conflicto, que ingresen con documentación y por los puntos de entrada oficiales, y se devolverá a quienes no sean aceptados. En segundo lugar, sancionó normas penales que establecen una pena de 3 años de prisión para quienes ingresen ilegalmente al territorio húngaro, elevada a 5 años por el agravante de dañar la valla. La normativa fue aplicada en procedimientos abreviados. Se dispuso la aplicación condicional de las penas para quienes cometen el delito por primera vez, junto con su expulsión del territorio, y la imposición de la prisión efectiva para quien lo intente por segunda vez. En las provincias fronterizas húngaras se declaró el estado de crisis, se intensificaron los controles y se autorizó a la policía y al ejército a registrar a los refugiados. Las normas habilitaron al ejército a utilizar armamento no letal para proteger las fronteras, incluyendo balas de goma y gases lacrimógenos.⁸⁰⁰

3. La respuesta compasiva

796 NUSSBAUM (2012: 29).

797 NUSSBAUM (2013: 321-322).

798 KINNVALL (2013: 148-149).

799 BLEIKER et al (2013: 399).

800 Ver: https://elpais.com/internacional/2015/09/15/actualidad/1442302871_868115.html.
https://elpais.com/internacional/2015/09/21/actualidad/1442847984_430598.html (último acceso: 30/09/17).

Aristóteles define a la compasión como una emoción dolorosa dirigida hacia el infortunio o sufrimiento de otra persona. Según en consenso general de la tradición filosófica, para que se produzca un sentimiento de compasión es necesaria la presencia conjunta de tres elementos. El primero de ellos consiste en la creencia de que el sufrimiento del otro es serio, no trivial. En segundo lugar, se requiere juzgar que el sufrimiento de la persona no derivó de su propia acción culpable, al menos no en lo principal. Finalmente, el tercer elemento implica una creencia de que las posibilidades propias de quien siente compasión son similares a las de quien sufre.⁸⁰¹ En el supuesto que analizamos, el sufrimiento que enfrentan los refugiados al dejar atrás sus hogares y exponerse a innumerables peligros es indudablemente grave. Respecto del segundo requisito, para que se produzca la respuesta compasiva es importante que los ciudadanos europeos sean conscientes de que las circunstancias en las que se encuentran los refugiados son ajenas a su responsabilidad;⁸⁰² una actitud de reproche inhibiría la formación de la emoción compasiva.⁸⁰³ En cuanto al tercer requisito, es fundamental para la respuesta compasiva reconocer un sentimiento de comunidad con el otro para comprender cómo se sentiría enfrentar su misma situación. Según Aristóteles, en ausencia de esta actitud se produciría una reacción indiferente, sin un intento de aliviar el dolor ajeno. Una forma de impedir la respuesta compasiva es mostrar a quienes sufren como personas de una clase y posibilidades absolutamente disímiles a las propias.⁸⁰⁴

La compasión no es un sentimiento simple, sino una actitud emocional compleja hacia otra persona. Se caracteriza por un pensamiento imaginativo sobre la condición de otro, y lleva implícita la acción para aliviar su sufrimiento. La primera parte del proceso que lleva a la producción de la respuesta compasiva es la identificación imaginaria con el otro, para entender su experiencia y sentir su dolor. La siguiente etapa consiste en una respuesta a la necesidad ajena utilizando la sabiduría práctica compasiva; esto significa llevar a la práctica las buenas intenciones mediante acciones basadas en decisiones efectivas y razonadas. El co-sufrimiento característico de la emoción compasiva presupone un sentimiento de humanidad común: la situación de quien sufre se percibe como un hecho que podría sucederle a cualquier persona, en tanto todo ser humano es vulnerable al sufrimiento.⁸⁰⁵ Desde esta perspectiva, es posible sentir compasión incluso hacia personas cuyas circunstancias son marcadamente diferentes de las propias y de ningún modo afectan al sujeto compasivo, mediante la reconstrucción imaginativa de la experiencia de otro.⁸⁰⁶ Los límites de la capacidad de imaginar la situación de otra persona determinan los alcances de la compasión. Cuanto mayores sean las diferencias entre los sujetos, más difícil resultará

801 NUSSBAUM (1996: 31).

802 NUSSBAUM (1996: 33).

803 NUSSBAUM (2013: 142-144).

804 NUSSBAUM (1996: 34-35).

805 PORTER (2006: 100-103).

806 CARR (1999: 424).

la producción de la emoción compasiva.⁸⁰⁷

La representación simbólica de la crisis humanitaria a través de las imágenes publicadas por los medios de comunicación impacta notablemente en la producción de la respuesta compasiva. Las visualizaciones seleccionadas permiten representar el sufrimiento que experimentan los refugiados y facilitar su comprensión, transformándolo en un problema colectivo de toda la sociedad.⁸⁰⁸ En particular, los retratos individuales de los refugiados producen un fuerte efecto humanizante sobre esta problemática, y favorecen las reacciones compasivas. Por el contrario, las imágenes de personas cuyo rostro no se visualiza claramente, o las meras estadísticas numéricas, deshumanizan a los refugiados y carecen del estímulo emocional necesario para que se produzca la compasión. El efecto humanizante se debe a que el sufrimiento de una sola persona genera empatía más fácilmente en la audiencia; en especial si el retrato muestra a una víctima indefensa, como un niño o un anciano.⁸⁰⁹ A modo de ejemplo, podemos recordar el caso de Aylan Kurdí, un niño sirio de 3 años que falleció ahogado cuando su familia intentaba cruzar el Mediterráneo para solicitar asilo en Europa. Las imágenes de su cuerpo en una playa de Turquía se multiplicaron en los medios de comunicación, convirtiéndose en un símbolo del sufrimiento de los refugiados sirios, y reavivando la conciencia de la comunidad internacional sobre la magnitud de la catástrofe humanitaria.⁸¹⁰

Mediante el discurso de la compasión, la nación es imaginada como un ideal multicultural, hospitalaria, abierta y pluralista. La identificación con este ideal produce en el sujeto compasivo el placer de autoperibirse como bueno y tolerante.⁸¹¹ En sus expresiones públicas, Merkel promueve a la solidaridad como uno de los valores comunes de la Unión Europea. Entiende que según el modo en que los países de la Unión manejen la situación de los refugiados está en juego *“la aceptación de la Unión Europea y sus valores en el mundo, y eso torna a este problema de vital importancia, especialmente con el fin de salvar vidas humanas”*.⁸¹² Afirma, en nombre de los países europeos: *“Todos estamos comprometidos a respaldar los valores humanitarios y humanos. Todos hemos firmado la Convención sobre el Status de los Refugiados. Las imágenes que hemos visto en los últimos días no se corresponden con los valores a los que nos sentimos comprometidos”*.⁸¹³

Al tiempo que sostiene la necesidad de cumplir con el deber de brindar asilo, Angela Merkel resalta la importancia de combatir los factores que llevan a la gente a huir de sus hogares: *“necesitamos un proceso político que involucre a todos los actores regionales e*

807 CARR (1999: 425-426).

808 BLEIKER et al (2013: 406, 411).

809 BLEIKER et al (2013: 408).

810 Ver: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/03/actualidad/1441232434_109669.html (último acceso: 30/09/17).

811 AHMED (2004: 133).

812 Ver: https://www.bundestkanzlerin.de/Content/EN/Reiseberichte/2015/2015-04-23-sonder-er-bruessel_en.html (último acceso: 30/09/17).

813 Ver: http://www.bundestkanzlerin.de/Content/EN/Reiseberichte/2015/2015-10-25-treffen-bruessel-balkan-fluechtlinge_en.html (último acceso: 30/09/17).

internacionales para resolver la crisis en Siria – con un papel mayor para Europa. Debemos ayudar a los vecinos de Siria para que puedan ofrecer condiciones decentes a los millones de refugiados”.⁸¹⁴ Sin embargo, la respuesta de los países europeos a la crisis no resultó efectiva. Los países vecinos a Siria, como Jordania y Líbano, recibieron las mayores cantidades de refugiados, con magnitudes muy superiores a las que ingresaron a Europa. No obstante, el financiamiento internacional de la ayuda humanitaria fue insuficiente para brindarles condiciones de vida dignas.⁸¹⁵ Más allá de sus falencias, Alemania ha concedido junto con Suecia más de la mitad de las solicitudes de asilo otorgadas en Europa.⁸¹⁶ Merkel manifiesta el compromiso del Estado a brindar un trato digno y humano a cada solicitante: “*Alemania es un país que respeta la dignidad de cada individuo. Esto está establecido en nuestra constitución y es aplicable a toda persona en nuestro país*”.⁸¹⁷ Condena además a los grupos xenófobos que rechazan a los refugiados y promete sancionarlos con la mayor severidad.⁸¹⁸

Para que la nación pueda realizar su ideal multicultural y hospitalario deben cumplirse ciertas condiciones básicas de seguridad que permitan resguardar la integridad de la nación. Por este motivo, los refugiados tienen el deber de demostrar que no son meros migrantes económicos y de contribuir al bienestar común mediante su trabajo.⁸¹⁹ Deben socializar sus diferencias, integrarse a la comunidad multicultural y aprender el idioma nacional.⁸²⁰ Angela Merkel declaró: “*tenemos la expectativa de que [los refugiados] respeten las normas y valores establecidos en nuestra constitución, y que se integren a la sociedad alemana sobre esa base*.”⁸²¹ Por otra parte, aclaró que sólo serán acogidas las personas que tengan un derecho de asilo garantizado por las normas internacionales, y que para asistir a este grupo de manera eficiente “*aquellos que vienen hacia nosotros movidos por dificultades económicas, que invocan nuestro derecho fundamental al asilo sin justificación, deben dejar nuestro país*.”⁸²² Los adultos que obtienen el status de refugiados en Alemania son contactados por una Agencia Federal de Empleo para ayudarlos a ingresar al mercado laboral; mientras que los niños reciben lecciones de idioma alemán para

814 Ver: https://www.bundesregierung.de/Content/EN/Reden/2015/2015-10-07-merkel-ep_en.html (último acceso: 30/09/17).

815 Ver: https://www.nytimes.com/2015/09/05/world/middleeast/exodus-of-syrians-highlights-political-failure-of-the-west.html?_r=1 (último acceso: 30/09/17).

816 Ver: https://elpais.com/internacional/2016/04/20/actualidad/1461171081_129046.html (último acceso: 30/09/17).

817 Ver: http://www.bundeskanzlerin.de/Content/EN/Artikel/2015/08_en/2015-08-24-fluechtlinge-heidenau_en.html (último acceso: 30/09/17).

818 Ver: https://www.bundeskanzlerin.de/Content/EN/Artikel/2015/08_en/2015-08-19-fluechtlinge_en.html (último acceso: 30/09/17).

819 AHMED (2004: 135-136).

820 AHMED (2004: 134).

821 Ver: https://www.bundesregierung.de/Content/EN/Artikel/2015/09_en/2015-09-24-reg-erklaerung-merkel_en.html (último acceso: 30/09/17).

822 Ver: <https://www.bundeskanzlerin.de/Content/EN/Regierungserklaerung/2015-10-15-regierungserklaerung-bundestag.html> (último acceso: 30/09/17).

incorporarse al sistema educativo.⁸²³ Se adoptaron modificaciones legislativas para acelerar los procedimientos de asilo y de devolución de quienes no tienen derecho a obtenerlo.⁸²⁴ Finalmente, Alemania reformó su legislación en materia de residencia y deportaciones. Estableció que aquellos extranjeros que se hayan integrado correctamente (tengan trabajo, hablen alemán, no tengan antecedentes penales) y que hayan vivido en Alemania por un largo tiempo (ocho años, o menos en determinados casos) adquirirán el derecho de residencia permanente.⁸²⁵

4. Reflexiones finales

Los Jefes de Estado europeos debieron enfrentarse forzosamente al desafío que representó el ingreso masivo en su territorio de personas ajenas a su comunidad, y con visiones del mundo que perciben como radicalmente diferentes a las suyas. Ante una misma situación de crisis humanitaria, las respuestas políticas y normativas ofrecidas por cada Estado fueron fundamentalmente diferentes. No obstante, tanto en el caso de Viktor Orbán como en el de Angela Merkel, la apelación del discurso a las emociones de la ciudadanía cumplió un rol legitimador esencial. El Primer Ministro húngaro identificó a los refugiados como un peligro para la nación, con el fin de cerrarles las puertas; mientras que la Canciller alemana fomentó la compasión, entendida como un valor europeo, para recibir e integrar a los refugiados a la comunidad. Estas actitudes responden a concepciones diferentes de la identidad europea: en el primer caso, como una cultura homogénea que se encuentra en riesgo; en el segundo, como una comunidad de valores abierta e inclusiva. Como puede verse, la retórica emocional es un instrumento para obtener un fin determinado; la prevalencia del miedo a las diferencias o de los sentimientos de humanidad común será determinada por cada sociedad en el campo de la política.

5. Bibliografía

Fuentes primarias

ARISTÓTELES, *Retórica*, 1382a22.

DECLARATION ON EUROPEAN IDENTITY (1973) Copenhague.

HAVEL, V. (1994) discurso ante el Parlamento Europeo, Estrasburgo.

VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2010 O.J. C 83/01.

823 Ver: https://www.bundestkanzlerin.de/Content/EN/Artikel/2015/10_en/2015-10-15-asyl-fluechtlingspolitik.html (último acceso: 30/09/17).

824 Ver: https://www.bundestkanzlerin.de/Content/EN/Artikel/2015/10_en/2015-10-15-asyl-fluechtlingspolitik.html (último acceso: 30/09/17).

825 Ver: https://www.bundestkanzlerin.de/Content/EN/Artikel/2015/08_en/2014-12-03-reform-bleiberecht_en.html (último acceso: 30/09/17).

Bibliografía crítica

- AHMED, S. (2004) *Cultural politics of emotion*, New York.
- AKRAM, S. M. (2000) “Orientalism revisited in asylum and refugee claims”, en *International Journal of Refugee Law* 12(1), 7-40.
- ALLEN, C. (2010) *Islamophobia*, Farnham: Ashgate Publishing Limited.
- BLEIKER, R. et al (2013) “The visual dehumanization of refugees”, en *Australian Journal of Political Science* 48(4), 398-416.
- CARR, B. (1999) “Pity and compassion as social virtues”, en *Philosophy* 3, 411-429.
- COMISIÓN EUROPEA (2012) “The development of European identity/identities: unfinished business”.
- EUROPEAN MONITORING CENTRE ON RACISM AND XENOPHOBIA (2006), “Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia”.
- GENTRY, C. (2015) “Anxiety and the creation of the scapegoated other”, en *Critical Studies on Security* 3(2), 133-146.
- GREEN, T. (2015) *The fear of Islam: An introduction to islamophobia in the West*, Minneapolis: Augsburg Fortress Publishers.
- KINNVALL, C. (2013) “Trauma and the politics of fear: Europe at the crossroads”, en NICOLAS DEMERTZIS (ed.), en *Emotions in politics: The affect dimension in political tension*, Houndmills: Palgrave Macmillan, 143-166.
- LOM, P. y MURILLO, L. (2002), “Los Límites de la identidad europea”, en *Foro Internacional* 42(2), 317-330.
- MAYER, F. y STANIK, I., “European Union, Historical Evolution”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- MOÏSI, D. (2009) *La geopolítica de las emociones*, Bogotá.
- NUSSBAUM, M. (1996) “Compassion: The basic social emotion”, en *Social Philosophy and Policy* 13(1), 27-58.
- NUSSBAUM, M. (2012) *The new religious intolerance: Overcoming the politics of fear in an anxious age*, Cambridge/Massachusetts/London
- NUSSBAUM, M. (2013) *Political Emotions: Why love matters for justice*, Cambridge/London.
- PORTER, E. (2006) “Can politics practice compassion?”, en *Hypatia* 21(4), 97-123.

Discursos antagónicos que subyacen al derecho internacional de los refugiados: el estado actual del realismo y el cosmopolitismo

MARTÍN H. BARROS

Universidad de Buenos Aires

Previo a inmiscuirme en la transcripción de la ponencia realizada el 18 de noviembre de 2017 en el marco del IX Coloquio sobre Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal, considero pertinente efectuar una serie de aclaraciones de fundamental importancia.⁸²⁶ En primer lugar, entiendo necesario explicar tanto la elección de la materia que subyace a la exposición, como el marco teórico sobre el cual se sitúa la misma. El fenómeno catalizador de la elección temática fue el inicio del 72° Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁸²⁷ Elegí dicho evento por su doble función, tanto como hecho político como por tratarse de un espacio que se presta para el análisis de las cosmovisiones reinantes en materia de política exterior. A su vez, es preciso agregar que dicha sesión en particular revistió una característica especial; la misma se presentó como el escenario sobre el cuál el nuevo presidente de los Estados Unidos, Donald J. Trump, explicitó los lineamientos generales de su doctrina en materia de política exterior.⁸²⁸ Pese a que los mismos ya habían sido expuestos en los primeros meses de su presidencia,⁸²⁹ consideré pertinente tomar dicho acontecimiento como la representación cabal de la polarización discursiva entre el *ethos* globalista,⁸³⁰ y la re-significación de realismo como evidencia de la creciente adopción de argumentos nacionalistas.⁸³¹ De esta manera, decidí tomar como punto de partida, por un lado, el enfoque realista de Trump, y por el otro, las posturas globalistas de presidente francés Emmanuel Macron y del ministro de relaciones exteriores alemán Sigmar Gabriel. La elección y el análisis de ambas posturas en clave dicotómica tuvo por fin primordial el presentar un marco

826 Dado que la exposición realizada por noviembre versó primordialmente sobre las tensiones presentes en los abordajes cosmopolitas y realistas, tomando el contexto alemán y su controversial política de refugiados como caso de estudio, resulta imperioso proveer una actualización de los hechos. Tal aseveración se deriva de la brecha temporal entre la finalización del coloquio (noviembre de 2017) y la presentación escrita de la exposición (julio de 2018). Por lo que la misma será agregada en un apartado previo a las reflexiones finales.

827 Asamblea General de las Naciones Unidas 72° Período de Sesiones. Nueva York, 12 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/es/ga/72/agenda/>

828 PATRICK (2017).

829 BRANDS, H. (2017).

830 UN NEWS (2017).

831 MASON & HOLLAND (2017).

adecuado para adentrarse en los dilemas y las paradojas inherentes tanto al realismo como al cosmopolitismo.

1. Delimitación conceptual

En segundo lugar, considero importante expresar tanto que entiendo por realismo y cosmopolitismo, cómo por qué decidí delimitar el espectro teórico de esta manera. Al hablar de realismo me refiero a la teoría *mainstream* que dominó (y continúa dominando) el campo de las relaciones internacionales.⁸³² La misma se consolida sobre 3 principios: el estatismo (con un enfoque estado céntrico), la auto-ayuda (como principio de acción en un escenario anárquico), y la supervivencia (consolidando la supremacía del interés nacional)⁸³³ postulando una doctrina de amoralidad en el orden internacional (en un claro contraste con la moral doméstica), en el marco de una cosmovisión supeditada a una lógica de un juego de suma cero. Por el contrario, en el caso del cosmopolitismo hago referencia a la teoría que desestima la importancia de los estados-naciones como únicos actores relevantes en el orden internacional, centrándose en la existencia de valores que escapan las fronteras artificialmente instituidas, y que generan un manto universal y en mayor o menor medida homogéneo que engloba a toda la humanidad bajo una moralidad común.⁸³⁴ Sin embargo, el hablar de cosmopolitismo en abstracto significaría dejar de lado las múltiples aristas presentes en dicha teoría, en tanto existe un cosmopolitismo moral, uno político y uno cultural.⁸³⁵ A los fines de simplificar este amplio espectro, tomo como referencia el cosmopolitismo estoico que subyace el sistema de justicia distributiva de Martha Nussbaum,⁸³⁶ que postula el deber del ciudadano no a su estado nacional, sino a la comunidad moral basada en un respeto fundamental por la humanidad. A los fines de esta exposición, rechazo entonces otras variantes cosmopolitas, como el cosmopolitismo patriótico y relativista de Kwame Anthony Appia.⁸³⁷ A su vez, debe también diferenciarse conceptualmente el cosmopolitismo la *cosmopolitización*,⁸³⁸ que involucra ya no un proceso voluntario de integración, sino más bien una imposición desde arriba hacia abajo, en una lógica de homogeneización forzada pasible de radicalizar las diferencias sociales.

Ahora bien, podría objetarse que la interposición del cosmopolitismo y realismo como discursos antagónicos posee un sesgo reduccionista, en tanto esta relación diádica enmarca una serie de simplificaciones, especialmente al referirse a la teoría realista. Sin embargo, y pese a entender tales potenciales objeciones como

832 COX (2016:107).

833 BAILEYS, J., SMITH, S. & OWENS (2011:87).

834 Hoof (2009).

835 DELANTY (2006: 25-47).

836 NUSSBAUM (1994).

837 NASEEM & HYSLOP-MARGISON (2006: 56).

838 BORDONI (2014).

legítimas, la categorización realizada obedece a la necesidad de presentar en términos generales la presencia de 2 marcos de referencia claros, que consecuentemente permitan diferenciar cosmovisiones globales. Probablemente la antítesis del cosmopolitismo, a los efectos de mantener la existencia de clivajes inherentes al sistema internacional, sea la del “populismo” o “nacionalismo”. Frente a este razonamiento, considero que tal conceptualización implicaría recaer en una vaguedad incluso superior. Por lo que decido mantener la diferenciación original, meramente por fines prácticos. De esta manera, al hablar de realismo, se entiende el inherentemente férreo componente nacionalista.

Por último, previo a desarrollar la ponencia, describiré la línea de trabajo a seguir: en primer lugar analizaré los discursos de Trump bajo una óptica de la *realpolitik*, para luego contrastar brevemente este enfoque con el de Macron y Gabriel. Posteriormente, proveeré el ejemplo de Alemania en el caso relativo a los refugiados (destacando la política migratoria pre electoral, así como su viraje post-elecciones), en pos de demostrar cómo interactúan ambas dinámicas discursivas concretamente. Finalmente, esbozaré unas reflexiones finales, repasando lo expuesto y analizando futuros prospectos.

2. Análisis discursivo: Donald J. Trump, Emmanuel Macron y Sigmar Gabriel

Ubicar a Trump en un marco teórico monolítico resulta una tarea complicada, teniendo en cuenta que su práctica discursiva en materia de política exterior ha sido, cuanto menos, contradictoria y rudimentaria.⁸³⁹ Sin embargo, si se analiza su presentación en el marco de la Asamblea General se puede notar que los primeros lineamientos de su doctrina se basaron (en sus propias palabras) en un enfoque tradicionalmente realista, instrumentalizando la soberanía (palabra que menciona 21 veces)⁸⁴⁰ y la seguridad (esta última atada a un componente nacionalista) como pilares semánticos.⁸⁴¹ De la interpretación de su discurso se deriva la existencia de una cosmovisión clara: Trump entiende que el mundo es seguro cuando las naciones son “fuertes, independientes, y libres que abracen la soberanía para promover la seguridad”.⁸⁴² Esta línea de argumentación se manifiesta en el marco de una reconfiguración revisionista,⁸⁴³ en la que se dispone a modificar el rol de su país con las organizaciones internacionales. Sus medidas epitomizan su auto-impuesto antagonismo con la burocracia internacional, representada por la Organización de las

839 CASSIDY (2017).

840 LANDLER (2015).

841 Remarks by President Trump to the 72nd Session of the United Nations General Assembly (2017).

842 IBID.

843 IKENBERRY (2017).

Naciones Unidas,⁸⁴⁴ mediante la propuesta de políticas de desfinanciamiento en pos de dismantelar la arquitectura institucional del sistema multilateral. A la reducción de 32% del presupuesto del Departamento de Estado norteamericano⁸⁴⁵ se le suma el desfinanciamiento en la ayuda humanitaria internacional⁸⁴⁶ como prioridad de su esquema de ajuste, bajo el marco de un presupuesto aislacionista que propone reducir significativamente las contribuciones a las agencias especializadas, así como a las operaciones de mantenimiento de la paz, con el argumento de utilizar ese capital para potenciar el poderío militar norteamericano.⁸⁴⁷ Es por eso que no resulta extraña la presencia de cálculos de costo-beneficio en su discurso de la Asamblea General. Al mencionar la problemática de los refugiados, se refiere al tema únicamente utilizando una vía monetaria, despojada de cualquier tipo de consideración humana: “(...) por el costo de relocalización de un refugiado en los EEUU, podemos asistir a más de 10 en su país”.⁸⁴⁸

Si se contrasta esta línea argumental con la de Macron (quién menciona la palabra “soberanía” únicamente 2 veces), se puede apreciar la presencia de influencias teóricas sumamente disímiles. El presidente francés estableció que “(...) la protección de refugiados es un deber moral y político que Francia ha decidido cumplir”.⁸⁴⁹ Por su parte, el ministro de relaciones exteriores alemán Sigmar Gabriel,⁸⁵⁰ se encargó de enfatizar que la doctrina nacionalista es una receta que prolifera el conflicto y reduce las posibilidades de lograr la paz, al manifestar que

*está ganando terreno una cosmovisión que pone primero los intereses nacionales y que no se interesa en balancear los intereses de los países (...) el egoísmo nacionalista no sirve como principio regulatorio mundial (...) en la cooperación internacional, nadie pierde sus soberanía; por el contrario, ningún país ganara si solo piensa en sus propios intereses.*⁸⁵¹

Habiendo definido la existencia de dos discursos antagónicos, es menester ilustrar como los mismos permeabilizan realidades locales, influyendo en el electorado, así como en el diseño de políticas públicas. Es por ello que elegí como caso de estudio la controversial política migratoria alemana, sujeta a la susodicha dualidad discursiva.

3. Caso de estudio: la situación en Alemania

Resulta interesante observar el viraje en materia de refugiados del gobierno

844 NICHOLS (2017).

845 SCHWARTZ (2017).

846 KONYNDYK (2017).

847 BORGEN (2017).

848 TRUMP speech.

849 FRANCE DIPLOMATIE (2017).

850 Speech by SIGMAR GABRIEL (2017).

851 IBID.

de Angela Merkel para entender que es a lo que se enfrenta el cosmopolitismo/globalismo en tiempos nacionalistas. Es pertinente destacar que Alemania, en pos de evitar una catástrofe humanitaria, comenzó a aplicar su *wilkommenspolitik*⁸⁵² (política de bienvenida), recibiendo 1.6 millones de refugiados en 2015, siendo el país de la Unión Europea con mayor recibimiento.⁸⁵³ En esta época el discurso de la mandataria se esbozaba sobre la solidaridad que Europa debía tener para con las poblaciones vulnerables provenientes particularmente del medio oriente y del norte de África. Esta postura le valió el reconocimiento como una de las mayores exponentes del internacionalismo liberal.⁸⁵⁴ Irónicamente, la apertura *merkeliana* no solo no promovió ideales cosmopolitas en su población, ni mucho menos la integración de los migrantes, sino que institucionalizó el crecimiento superlativo del partido más xenófobo del espectro político local: Alternativa por Alemania, ubicado en la extrema derecha.⁸⁵⁵ Este partido capitalizó la ansiedad de gran parte del electorado alemán, que percibió la dificultosa integración de los refugiados en su territorio.

Por ende, hasta el momento de la exposición de la ponencia (noviembre de 2017), el escenario en el que se encontraba Merkel era sustancialmente distinto al de 2015: habiendo obtenido una magra victoria⁸⁵⁶ en las elecciones de septiembre, debía formar un gobierno de coalición para poder gobernar, ante el debilitamiento no sólo de su partido sino también de la centro-izquierda, frente al crecimiento relativo de Alternativa por Alemania. La necesidad de conformar un gobierno fragmentado implicaba la realización de concesiones: en este marco, sin dudas la más polarizante de las mismas era la relativa a la recepción de refugiados. Mientras que el Partido Verde y los Demócratas Libres apoyaban la política de recepción, la Unión Social Cristiana (partido de Bavaria, gemelo a la Unión Democrática Cristiana que Merkel lidera) quería establecer un límite de 200,000 refugiados al año.⁸⁵⁷

Entendiendo que sus posturas de apertura hacia refugiados le habían costado millones de votos, hacia fines de 2017 Angela Merkel se encontraba ante una encrucijada: Renunciar o morigerar sustancialmente sus políticas de apertura (uno de los pilares del internacionalismo liberal que el cosmopolitismo ha tomado como una de sus banderas) para evitar exponerse a la cooptación de más votos por parte del fantasma de la derecha populista y nacionalista (es decir, mover su discurso hacia el realismo, implicando un establecimiento de controles en las fronteras, culminando la era libre de pasaportes potencialmente rediseñando del acuerdo de Schengen, y así renunciando a los valores cosmopolitas priorizando el interés nacional y continental); o bien mantener su política progresista en materia de refugiados (en concordancia con la visión liberal internacional que comenzó a exponer por el 2015), pero a expensas

852 HOCKENOS (2016).

853 KNIGHT (2017).

854 BENNER (2016).

855 MUDDE (2017).

856 CONNOLY (2017).

857 STONE (2017).

de la entrega de todo su capital político hacia los partidos nacionalistas, quienes consolidan su posición mientras más refugiados ingresen.⁸⁵⁸

3.1. Actualización: entre noviembre de 2017 y julio de 2018

Con posterioridad al fracaso de los esfuerzos de aliarse con el Partido Democrático Libre y el Partido Verde, la presión recibida por Merkel comenzó a escalar, con la posibilidad de una nueva elección si el armado de una coalición no prosperaba.⁸⁵⁹ Finalmente, y luego de 5 meses de incertidumbre, se formó la coalición tanto con el Partido Socialdemócrata de Alemania, como con la Unión Social Cristiana. La frágil construcción de dicha alianza reinstauró la aparición de nuevas tensiones, claramente arraigadas en la controversial problemática de los refugiados.

La pretensión del ahora nuevo ministro de interior Horst Seehofer (líder de la Unión Social Cristiana), de establecer controles policiales en el la frontera del sur chocó con el enfoque de Merkel, quien se rehusaba a rechazar las solicitudes de asilo de refugiados incluso si los mismos habían aplicado en otro país previamente, o si habían sido rechazados, teniendo en cuenta que tal posición es contraria tanto al derecho europeo,⁸⁶⁰ como a su ideario integracionista que reniega la aplicación de medidas de fuerza unilaterales. Siguiendo sus premisas liberales, Merkel propuso forjar un acuerdo en el marco de la Unión Europea, para homogeneizar las prácticas de asilo.⁸⁶¹

Hacia junio de 2018, la mandataria se encontraba sujeta a la negociación con su propio ministro y máximo representante de uno de los partidos de su coalición, sabiendo que si este ponía en práctica su plan, no había más remedio que despedirlo, ocasionando una implosión del poder ejecutivo. El momento de mayor tensión se produjo cuando el propio ministro le dio un *ultimatum* de 2 semanas a la canciller, para negociar una solución europea ante la problemática migratoria, o él mismo cerraría unilateralmente la frontera alemana, llevando a un potencial colapso del gobierno alemán.⁸⁶²

Finalmente Angela Merkel logró arribar a un acuerdo con el ministro. La

858 El filósofo Peter Singer realiza un planteo similar, al exteriorizar lo que él denomina “el dilema de la migración”, que enfrentan en general los políticos, y en el caso particular Merkel: o establecen un control fronterizo lo suficientemente estricto como para que el apoyo público hacia los partidos de extrema derecha baje, o arriesgan que esos partidos ganen más poder, desafiando aún más los valores fundamentales de occidente. SINGER (2018). The Migration Dilemma. Project Syndicate. Disponible en: https://www.project-syndicate.org/commentary/migration-moral-dilemma-europe-america-by-peter-singer-2018-07?a_la=english&a_d=5b3f73ef78b6c71ff454b15e&a_m=&a_a=click&a_s=&a_p=%2Fpodcasts%2Fthe-populist-prosperity-paradox&a_li=migration-moral-dilemma-europe-america-by-peter-singer-2018-07&a_pa=featured&a_ps

859 NIENABER (2018).

860 CONNOLY (2018).

861 LEONARD (2018).

862 VALLERO (2018).

resolución, que está siendo celebrada y ejecutada al momento de esta redacción, implica un endurecimiento de los controles fronterizos,⁸⁶³ mediante el establecimiento de campamentos de tránsito para solicitantes de asilo, establecidos en la frontera alemana que separa Baviera de Austria. Los mismos pretenden ser erigidos en pos de limitar el flujo de migración secundaria y endurecer el ingreso a territorio germano.⁸⁶⁴ En palabras de Seehofer, el pacto pretende crear “centros de internamiento” en los cuales “se encerraría a migrantes y se examinaría su solicitud de asilo”.⁸⁶⁵ En caso de no poder ingresar, los mismos volverán al país por donde accedieron. La nueva legislación alemana implica que los inmigrantes no aceptados deberán volver al país por donde accedieron.⁸⁶⁶ Con el establecimiento de tales centros, principalmente en la frontera con Austria, los migrantes serán escaneados para determinar si ya han comenzado su proceso de asilo en otro país miembro de la Unión Europea. Si así fuese el caso, serán devueltos a tal país. A su vez, no debe dejar de remarcar que la efectividad de este cambio de paradigma dependerá de la voluntad de 2 figuras diametralmente opuestas a Merkel: tanto Viktor Orban en Hungría como Sebastian Kurz en Austria han llevado a cabo políticas anti-inmigración,⁸⁶⁷ y quienes deberán aceptar la nueva dinámica migratoria.

3.2. Análisis de la problemática

El acuerdo mencionado supone un viraje restrictivo en la política migratoria alemana, diferenciándose ya del idealismo que Merkel abogaba por el 2015, cuando permitió la registración de refugiados que ya se encontraban inscriptos en otros países de la Unión Europea⁸⁶⁸ relajando los controles con Austria, y permitiendo el ingreso

863 SAUERBREY (2018).

864 EDDY (2018).

865 CARBAJOSA (2018).

866 Cabe destacar que bajo la legislación europea, la aplicación del asilo se debe realizar en el país de arribo. Sin embargo, el gobierno alemán dejó de cumplir con esta prerrogativa hace unos años, aceptando que tal proceso se dé en Alemania, país de migración secundaria (es decir, la migración que se produce luego de arribar en territorio europeo). Pese a tener la facultad para devolver tales migrantes al país por el cual ingresaron, las múltiples cláusulas de la Convención de Dublin, así como la negativa de los países a aceptar la devolución, terminaron disuadiendo al gobierno alemán. Convención de Dublin (1990:1997). Unión Europea.

867 El problema es que la devolución inmediata es pasible de sobrecargar a los países por los cuales ingresan, creando un problema aún mayor para la unión europea, que no contiene un sistema común de asilo. En este contexto explica el ex – primer ministro sueco Carl Bildt que en el actual escenario político, si Alemania devolviese aquellos refugiados rechazados a Austria, este país lo haría con Italia, generando un complejo enredo que anatanogice a los países miembros, creando el temido efecto dominó. Tras efectuarse el acuerdo alemán, Austria ya ha anunciado su idea de regorzar sus fronteras lindantes con Italia, generando un daño colateral. CARBAJOSA (2018). La dolorosa metamorfosis de Merkel. El País. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/07/04/actualidad/1530722980_231395.html

868 VONBERG (2018).

de flujos migratorios por parte de Hungría, en el pináculo del despliegue de su rol como una de las abanderadas del liberalismo internacional.⁸⁶⁹

Resulta interesante analizar las causales del mantenimiento del sentimiento anti-migratorio en el *zeitgeist* germano, teniendo en cuenta como ha decrecido la cantidad de ingresos. Luego de llegar al millón en 2015, las solicitudes de asilo bajaron dramáticamente a 280,000 en 2016, y a 186,644 en 2017.⁸⁷⁰ Más aún, de acuerdo a la Agencia Federal Alemana de Migración y Refugiados, solo un 25% de los que solicitaron asilo en Alemania en 2018 ya habían comenzado el proceso en otro país miembro.⁸⁷¹ Así, se bajó el techo de 200,000 solicitudes insistido por sectores conservadores.

Sin embargo, la percepción social negativa, potenciada y manipulada por la derecha germana, influye en las preocupaciones que se perciben por parte de la población, en relación al presunto abuso del estado de bienestar alemán por parte de los inmigrantes, como al incremento en actividades criminales, pese a la evidencia en contrario.⁸⁷² En el caso de Seehofer, en palabras de Slawomir Sierakowski, la manipulación de esta temática refleja parcialmente los desafíos que su partido enfrenta debido al crecimiento de Alternativa por Alemania.⁸⁷³ Pero por otro lado, explica el autor que la asociación del Ministro de interior con la coalición de líderes nacionalistas como el canciller austríaco Sebastian Kurz y el Primer Ministro Húngaro Viktor Orban plantean la presencia de discursos anti-cosmopolitas y euroescépticos en el seno del poder ejecutivo alemán.

Teniendo en cuenta entonces el rechazo de parte del electorado alemán a las políticas de apertura de fronteras, no sorprende ver como Merkel pasó de lanzar la campaña *Wir schaffen das*(Podemos hacerlo) por 2015, a decir actualmente que “los eventos de 2015 no deben ser repetidos”.⁸⁷⁴ En el medio de ambas declaraciones, y ante la presión que le fue ejercida, restringió drásticamente las leyes de asilo: A principios de 2016, permitió que las fuerzas de seguridad revisen los celulares de los ingresantes; a su vez, aceleró los procesos de solicitud y aprobación/rechazo de asilo, así como llevó a cabo negociaciones bilaterales con Turquía para frenar el éxodo de refugiados a Grecia.⁸⁷⁵

No caben dudas que el endurecimiento de los controles migratorios es parte de la última de las concesiones que Merkel tuvo que realizar para mantenerse a flote. Lejos quedó la percepción de la canciller como la figura que pregonaba la apertura de las puertas de su país, enarbolando la bandera cosmopolita. Es claro que tal desviación no es producto de un cambio ideológico, sino consecuencia de la falta

869 SHUBERT (2015).

870 CHASE (2018).

871 IBID n 36.

872 CHARTER (2018).

873 SIERAKOWSKI (2018).

874 IBID n 41.

875 LÓPEZ (2018).

de capital político. Las restricciones en los procesos de solicitud de asilo epitomizan el pragmatismo que hoy en día debe aceptar el gobierno alemán, ante el decreciente apoyo de un electorado que mira a la extrema derecha como la legítima garante de su seguridad. Sin embargo, la realidad es que el euroescepticismo no es compartido por la totalidad de la población. Al fin y al cabo, como explica Wolf Biermann, en el siglo 21 los alemanes se “encuentran en una encrucijada: entre un valiente avance hacia una Europa cosmopolita y liberal, y un cobarde retroceso hacia el mezquino nacionalismo del siglo 19”.⁸⁷⁶

4. Reflexiones finales

El viraje político de Angela Merkel permite divisar claramente las tensiones inmanentes que existen en el escenario cosmopolita actual, especialmente ante el surgimiento de partidos políticos que, basados en ideales primordialistas, desestiman la coexistencia intercultural. Para que el cosmopolitismo pueda aplicarse y ser aceptado, y no devenga en una suerte de imposición moral forzosa, debe tener un fuerte contenido democrático, emergiendo de la deliberación. Si no se democratiza y se aplica igualmente, se convierte en la previamente mencionada *cosmopolitización*. Esto es lo que me da la sensación que ha ocurrido en Alemania: debido a los nobles deseos de una líder que sin dudas se ubicó dentro del espectro internacional como una globalista fuertemente arraigada en el cosmopolitismo en materia de apertura frente a los refugiados, se impuso la apertura unilateral en pos de un deseo naïve de integrar una población rechazada por varios sectores de la población local.

El intento de integración forzoso conlleva a la comprensión de que la encrucijada a la que se ve expuesta Merkel es, en gran media, aquella que afecta al cosmopolitismo en la actualidad. El mismo se propone realizar lo irrealizable: encargarse de la construcción de una sociedad “libre” bajo principios “consensuados” universalmente pero que se imponen unilateralmente, limitando la libertad de los mismos individuos que vienen de culturas exógenas. Esto lleva a la paradoja que alguna vez planteo la académica e investigadora de los fenómenos nacionalistas, Jessica Jackson Preece.⁸⁷⁷ La autora explica que antropológicamente existe una tensión inherente en los deseos humanos de ser libres y al mismo tiempo de pertenecer a una comunidad. Ambos deseos son igualmente importantes, pero exclusivos: la libertad requiere autonomía de acción, mientras que el pertenecer requiere coordinación y subordinación de acción. La libertad necesita una diversidad de elecciones y por eso promueve una variedad de valores e identidades; el pertenecer perpetúa una cohesión social, limitando las elecciones para preservar una identidad común. Esta es la tensión cosmopolita entre uniformidad y diversidad. En algún punto, ambos valores colisionaran. Así ocurrió en Alemania.

En el caso del realismo esta problemática no se presenta. Al realismo no le

876 BIERNMANN (2018).

877 BAIN (2006: 185).

preocupa la tensión entre pertenecer y formar una comunidad, al menos en el orden internacional. Dentro de sus estados sí, pero por fuera no. Pregonan la soberanía nacional como una extensión del relativismo cultural porque aceptan la incuestionable concepción anárquica del sistema internacional. Los cosmopolitas, en cambio, al intentar establecer patrones de conducta comunes por sobre consideraciones culturales, esquematizan la posibilidad de democratizar el orden internacional. Es por eso que la posición frente a la diversidad cultural es sumamente contradictoria tanto desde el realismo como desde el cosmopolitismo: en el primer caso, por su hipocresía dependiendo si se encuentra dentro o fuera de las barreras territoriales. Si es dentro, su supresión se encuentra justificada para mantener la unión nacional; por fuera, se considera un acto bárbaro y disruptivo del orden internacional. Y en el caso cosmopolita, es igual de contradictoria por la tensión previamente mencionada entre libertad y comunidad. En tanto y en cuanto se quiera imponer esta última desde arriba hacia abajo, se caerá en la cosmopolitización, generando nuevas y más fuertes diferencias: en este sentido, la decisión unilateral de abrir las fronteras por parte de Merkel fue paralelamente un acto sumamente noble pero una jugada política cosmopolitizante, porque obvió las diferencias sustanciales entre las comunidades entrantes y las existentes; porque pensó que se podía crear una oximorónica comunidad homogénea de gente libre bajo una normativa occidental, en el contexto de una sociedad en la que las distinciones culturales son instrumentalizadas por partidos políticos para sembrar miedo.

La reconfiguración de su política migratoria, producto de las previamente mencionadas presiones intrapartidarias, es fiel reflejo no de una inevitable coexistencia entre distintas culturales, sino justamente de la percepción de la sociedad alemana de su imposibilidad, fuertemente influenciada por políticos que apelan a la manipulación. Esto lleva a preguntarse para concluir, cual es la respuesta más efectiva a las tensiones polarizares entre ambos discursos dominantes del espectro político en materia de refugiados: la impresión que me da es que obviamente ni el nacionalismo, ni la *cosmopolitización* unilateral desde arriba se esgrimen como soluciones. Frente a una sociedad influenciada políticamente por discursos anti-refugiados, en la que la manipulación se erige como el instrumento político principal, la renuncia parcial y momentánea a la integración intercultural, aunque dolorosa, quizás sea la manera más eficiente y paradójicamente realista para enfrentar y no perder frente a la corriente ultra-nacionalista emergente.

5. Bibliografía

Fuentes primarias

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2017) 72º Período de Sesiones. Nueva York, Disponible en:<http://www.un.org/es/ga/72/agenda/>

CONVENCIÓN DE DUBLIN (1990:1997) Unión Europea.

FRANCE DIPLOMATIE (2017) *United Nations General Assembly. Speech by M. Emmanuel Macron, President of the Republic (New York, 19 September 2017)* Disponible en: <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/united-nations/events/united-nations-general-assembly-sessions/unga-s-72nd-session/article/united-nations-general-assembly-speech-by-m-emmanuel-macron-president-of-the>

(2017) *Remarks by President Trump to the 72nd Session of the United Nations General Assembly. The White House.* Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-72nd-session-united-nations-general-assembly/>

(2017) *Speech by Sigmar Gabriel, Member of the German Bundestag and Federal Minister for Foreign Affairs at the 72nd session of the United Nations General Assembly New York, 21 September 2017.* Disponible en: https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/72/de_en.pdf

Bibliografía crítica

BAILEYS, J., SMITH, S., & OWENS, P. (2011) *The globalization of world politics. An introduction to international relations.* Oxford.

BAIN, W. (2006) *The Empire of Security and the Safety of the People.* Chapter 2: “The safety of the people is the supreme law. Beyond Hobbes but not as far as Kant” Jackson, R. New York, US.: Routledge. pp 24; Chapter 8: “Cultural diversity and security after 9/11” Jackson Preece, J. pp 146; Chapter 9: “Intervention. Beyond ‘dictatorial interference’ Roberts, A. pp 185.

BENNER (2016) *Europe’s lonely liberal hegemon.* Politico. Disponible en: <https://www.politico.eu/article/merkel-shock-refugee-crisis-germany-policy-europe/>

BIERNMANN (2018) *The Tragedy of Angela Merkel.* The New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/06/29/opinion/wolf-biermann-merkel-refugees.html>

BORDONI (2014) *Cosmopolitanism and Migration.* Social Europe. Disponible en: <https://www.socialeurope.eu/cosmopolitanism-migration>

BORGEN (2017) UN funding: alarm at reports Trump will order sweeping cuts. The Guardian. Disponible en: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/26/un-funding-alarm-at-reports-trump-will-order-sweeping-cuts>

BRANDS, H. (2017) Foreign Policy. “6 things we know about Trump’s Foreign Policy After 100 days” Disponible en: <https://foreignpolicy.com/2017/04/26/6-things-we-know-about-trumps-foreign-policy-after-100-days/>

CARBAJOSA (2018) El Gobierno alemán acuerda crear centros de migrantes en la frontera con Austria. El País. Disponible en: <https://elpais.com/>

internacional/2018/07/02/actualidad/1530527632_526912.html

- CARBAJOSA (2018) *La dolorosa metamorfosis de Merkel*. El País. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/07/04/actualidad/1530722980_231395.html
- CASSIDY (2017) *There is No Trump Doctrine, Only Contradictions and Bluster*. The New Yorker. Disponible en: <https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/there-is-no-trump-doctrine-only-contradictions-and-bluster>
- CHARTER (2018) *Record fall in German offending belies fear of migrant crime wave*. The Times. Disponible en: <https://www.thetimes.co.uk/article/rapefugees-fears-quashed-after-crime-rate-in-germany-plunges-g8vhfjpb0>
- CHASE (2018) *Refugee numbers in Germany dropped dramatically in 2017*. DW. Disponible en: <https://www.dw.com/en/refugee-numbers-in-germany-dropped-dramatically-in-2017/a-42162223>
- CONNOLY (2017) *German election: Merkel wins fourth term but far-right AfD surges to third*. The Guardian. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2017/sep/24/angela-merkel-fourth-term-far-right-afd-third-german-election>
- CONNOLY (2018) *Angela Merkel stands firm as Germany's refugee row intensifies*. The Guardian. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2018/jun/15/angela-merkel-precarious-as-germany-refugee-row-intensifies>
- COX, M. (2016) *Introduction to international relations*. University of London International Programmes. London, LSE.
- DELANTY, G. (2006) *The cosmopolitan imagination: critical cosmopolitanism and social theory*. The British journal of sociology, 57(1), 25-47.
- EDDY (2018) *Migration Deal Rescued Merkel's Government. Now, She Must Save The Pact*. The New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/07/04/world/europe/merkel-germany-migrants-austria-hungary.html>
- HOCKENOS (2016) *The Political Price of Merkel's Migrant Policy*. The Atlantic. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2016/09/merkel-isis-refugee-germany-afd/499550/>
- HOOFT, S. (2009) *Cosmopolitanism: A Philosophy for Global Ethics*. Routledge.
- IKENBERRY (2017) "The Plot Against American Foreign Policy. Can the Liberal Order Survive?", En *Foreign Affairs*. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2017-04-17/plot-against-american-foreign-policy>
- KNIGHT (2017) *1.6 million people seek humanitarian protection in Germany*. DW. Disponible en: <https://www.dw.com/en/16-million-people-seek-humanitarian-protection-in-germany/a-41228807>
- KONYNDYK (2017) "Trump's aid Budget is breathtakingly cruel – cuts like these will

kill people'. The Guardian. Disponible en: <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2017/may/31/trumps-aid-budget-is-breathhtakingly-cruel-cuts-like-these-will-kill-people>

LANDER (2015) *Trump Offers a Selective View of Sovereignty in U.N. Speech*. The New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/09/19/world/trump-speech-united-nations.html>

LEONARD (2018) *Merkel on the ropes*. Project Syndicate. Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/bigpicture/merkel-on-the-ropes>

LÓPEZ (2018) *El repliegue migratorio de Merkel*. La vanguardia. Disponible en: <http://www.lavanguardia.com/internacional/20180709/45775687955/merkel-risis-migratoria-csu-refugiados.html>

MASON & HOLLAND (2017) Trump's U.N. speech shows nationalist instincts firmly intact. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-un-assembly-trump-doctrine-analysis/trumps-u-n-speech-shows-nationalist-instincts-firmly-intact-idUSKCN1BV06I>

MUDE (2017) What the stunning success of AfD meant for Germany and Europe. The Guardian. Disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/sep/24/germany-elections-afd-europe-immigration-merkel-radical-right>

NASSEM & HYSLOP-MARGISON (2006) *Nussbaum's Concept of Cosmopolitanism: Practical Possibility or Academic Delusion?* Concordia University, Canada. *Paideusis*, V.15, N 2. Pp 51-60

NICHOLS (2017) *Trump budget cut bid would make it 'impossible' for U.N.* Reuters. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-usa-budget-un-idUSKBN18K1V2>

NIENABER (2018) *German Social Democrats under pressure to form grand coalition*. Reuters. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-germany-politics/german-social-democrats-under-pressure-to-form-grand-coalition-idUSKBN1DN0WM?il=0>

NUSSBAUM (1994) *Patriotism and Cosmopolitanism*. Boston Review Disponible en: <http://bostonreview.net/martha-nussbaum-patriotism-and-cosmopolitanism>

PATRICK (2017) *Trump's Sovereignty Doctrine*. Council of Foreign Relations. Disponible en: <https://www.cfr.org/blog/trumps-sovereignty-doctrine>

SAUERBREY (2018) *Germany's Political Crisis Has Just Begun*. The New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/07/05/opinion/germanys-political-crisis-has-just-begun.html?action=click&pgtype=Homepage&clickSource=story-heading&module=opinion-c-col-right-region®ion=opinion-c-col-right-region&WT.nav=opinion-c-col-right>

region

- SCHWARTZ (2017) Trump Administration proposes 32% Cut to State Department Budget. Wall Street Journal. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/trump-administration-proposes-32-cut-to-state-department-budget-1495583006>
- SHUBERT (2015) *Refugee crisis: How Germany rose to the occasion*. CNN. Disponible en: <https://edition.cnn.com/2015/09/13/europe/germany-refugees-shubert/index.html>
- SIERAKOWSKI (2018) *Merkel on the ropes*. Project Syndicate. Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/bigpicture/merkel-on-the-ropes>
- SINGER (2018) *The Migration Dilemma*. Project Syndicate. Disponible en: https://www.project-syndicate.org/commentary/migration-moral-dilemma-europe-america-by-peter-singer-2018-07?a_la=english&a_d=5b3f73ef78b6c71ff454b15e&a_m=&a_a=click&a_s=&a_p=%2Fpodcasts%2Fthe-populist-prosperity-paradox&a_li=migration-moral-dilemma-europe-america-by-peter-singer-2018-07&a_pa=featured&a_ps
- STONE (2017) *Angela Merkel imposes annual 200,000 cap on refugees Germany will take in*. Independent. Disponible en: <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/angela-merkel-refugees-refugee-crisis-200000-cdu-csu-coalition-a7990821.html>
- VALLERO (2018) *El ministro de Interior alemán da un ultimátum a Angela Merkel en política migratoria y la canciller lo acepta*. *El Mundo*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2018/06/18/5b279ccfe5fdeaad168b4607.html>
- VONBERG (2018) *Why Angela Merkel is no longer the 'refugee chancellor'*. CNN. Disponible en: <https://edition.cnn.com/2018/07/06/europe/angela-merkel-migration-germany-intl/index.html> (2017) UN News. At General Assembly, France urges return to optimism, values that underpinned UN's founding. Disponible en: <https://news.un.org/en/story/2017/09/565282-general-assembly-france-urges-return-optimism-values-underpinned-uns-founding>

El derecho a la verdad en el marco de los conflictos armados. Una lectura desde los estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

CAMILA A. ORMAR

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

FRANCESCA CIUFFARDI

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

JULIETA DIAB

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

El derecho a la verdad nace como respuesta frente a la falta de esclarecimiento, investigación, juzgamiento y sanción a las graves violaciones de derechos humanos por parte de los Estados en conflictos armados, guerras civiles y situaciones de violencia generalizada. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha advertido en reiteradas oportunidades que “la falta de información completa, objetiva y veraz sobre lo sucedido durante esos períodos ha sido una constante, una política de Estado e incluso una “estrategia de guerra”, como en el caso de la práctica de las desapariciones forzadas”.⁸⁷⁸

Frente a ello, es válido recordar que los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIPDH) han elaborado estándares regionales que dan contenido al derecho a la verdad, al mismo tiempo que, los Estados junto con la sociedad civil han desarrollado enfoques e iniciativas para implementarlos. De esta forma, el derecho a la verdad se constituye como uno de los pilares de los mecanismos de justicia transicional para combatir la impunidad.

En este contexto el presente trabajo tiene como objetivo abordar el derecho a la verdad desde una doble dimensión. Por un lado, el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos. Por otro lado, como un derecho que pertenece a la sociedad en su conjunto a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. Ambas perspectivas se traducen en la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables y de garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones de derechos humanos que se encuentran en instalaciones y archivos estatales.

878 CIDH (2014).

1. El derecho a la verdad en relación con las garantías judiciales y el acceso a un recurso judicial

Los países latinoamericanos se han caracterizado a lo largo de su historia por las reiteradas interrupciones a sus órdenes democráticos, donde se producían violaciones sistemáticas a los derechos humanos de la población. En estos contextos la desaparición forzada de personas fue una de las graves violaciones a los derechos humanos más frecuente, la cual ha sido caracterizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como una violación permanente a varios derechos⁸⁷⁹ ya que la misma comienza con la privación de la libertad, continúa con la falta de información de su paradero y permanece mientras no se encuentre a la persona. En consecuencia, el derecho a la verdad surge ante la falta de investigación, esclarecimiento, sanción y reparación de estos actos atroces que lesionan derechos humanos fundamentales como la vida y la integridad personal.

Así, en el SIPDH el primer órgano en pronunciarse fue la CIDH en su Informe Anual de 1977 donde resaltó la gravedad del fenómeno.⁸⁸⁰ Posteriormente, en el Informe sobre los derechos humanos en Argentina la CIDH aludió por primera vez a la adopción de medidas a cargo de los Estados para lograr “la averiguación y oportuna comunicación a los familiares de la situación en que se encuentran las personas desaparecidas”.⁸⁸¹

Por su parte, la Corte IDH relacionó el derecho a la verdad con los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* al afirmar que existe el derecho de los familiares a conocer el paradero de la víctima y el destino de sus restos,⁸⁸² lo que representa una expectativa que el Estado debe satisfacer con todos los medios que posea a su alcance. Posteriormente, en el año 2001 la Corte IDH en sus sentencias a los casos *Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional*, ambos contra el Estado Peruano, agregó que los derechos a la protección judicial y a las garantías judiciales buscan combatir la impunidad, entendida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”⁸⁸³ de modo que, “la falta de diligencia del Estado propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.⁸⁸⁴

879 Corte IDH. Caso *Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, párr. 191; CIDH (2014).

880 CIDH (1978).

881 CIDH (1980).

882 Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 181.

883 Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 186; Corte IDH. Caso del *Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 123.

884 Corte IDH. *Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004.

En el mismo sentido, de las sentencias a los casos Baldeón García⁸⁸⁵ y Radilla Pacheco⁸⁸⁶ surge que el derecho de los familiares implica el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes a través de una investigación y juzgamiento que previenen los artículos 8.1 y 25 de la CADH. De esta forma,

*los Estados tienen el deber de iniciar ex officio, sin dilación y con debida diligencia, una investigación seria, imparcial y efectiva, tendiente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones. Para asegurar este fin es necesario, inter alia, que exista un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares.*⁸⁸⁷

A partir de esto, la CIDH en su informe El derecho a la verdad en las Américas manifestó que

*el derecho a la verdad surge como una consecuencia básica e indispensable para todo Estado Parte en la Convención Americana de conformidad con el artículo 1.1 de dicho instrumento, puesto que el desconocimiento de hechos relacionados con violaciones de los derechos humanos significa, en la práctica, que no se cuenta con un sistema de protección capaz de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables.*⁸⁸⁸

En cuanto a la participación de las personas más afectadas en los procedimientos judiciales, la Corte IDH sostuvo en el caso Masacre de Río Negro vs. Guatemala, del año 2012, que los Estados poseen la obligación de garantizar el derecho a las víctimas o sus familiares de tomar participación en todas las etapas de los procedimientos. Aquella participación, debe tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una reparación justa. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte IDH recalcó que la búsqueda efectiva de la verdad es una obligación que le compete al Estado.⁸⁸⁹

Finalmente y en relación con lo anterior, la Corte IDH afirmó en su sentencia al caso Masacre de la Rochela que deben determinarse judicialmente los patrones de actuación, las distintas personas que participaron en los hechos en cuestión, así como también las responsabilidades que les incumben para, de esta manera, garantizar una construcción de la verdad integral.⁸⁹⁰

Serie C No. 117, párr. 126.

885 Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 166.

886 Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 180.

887 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 296; Corte IDH. Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

888 CIDH (2014).

889 Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 193.

890 Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Cos-

2. El derecho a la verdad y derecho de acceso a la información

Hasta el momento, el presente trabajo ha pretendido abordar el derecho a la verdad como un concepto construido a lo largo de la jurisprudencia del SIPDH. Se han examinado las principales consideraciones que amerita el análisis del derecho a la verdad contenido en el marco de los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (acceso a un recurso sencillo, rápido y expedito) de la CADH con especial énfasis en los casos relativos a desapariciones forzadas y transiciones a la democracia.

Sin perjuicio de ello, es necesario destacar que la interpretación de este derecho ha evolucionado y actualmente se considera que el derecho a la verdad pertenece no solo a las víctimas de un determinado caso y a los familiares de esta, sino también a la sociedad en conjunto. Es por ello que, en determinados supuestos vinculados al acceso a la información contenida en archivos del Estado, agencias de seguridad, dependencias militares o de policía, el derecho a la verdad se refleja también en los artículos 13 (libertad de expresión) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la CADH.

En tal sentido, al igual que ha ocurrido con el alcance de otros derechos, la CIDH ha asumido la tarea de impulsar la construcción del derecho a la verdad a partir de las disposiciones contenidas en el artículo 13 de la CADH que, en lo pertinente, consagra el derecho a recibir y difundir información. Así, en el año 1998 la CIDH entendió en su informe N°25/98 –relativo a un conjunto de casos que involucraban al Estado de Chile–⁸⁹¹ que el derecho a la verdad se vincula con el acceso a la información relativa a hechos que implicaran graves violaciones a derechos humanos. Concretamente, en dichos casos, se discutía si la aplicación de la ley de amnistía en Chile –conforme la cual se perdonaban los crímenes cometidos entre los años 1973 y 1978– violaba los derechos de las víctimas de la represión durante el régimen de Pinochet dado que dejaba impunes los delitos cometidos al impedir toda investigación y sanción. Al respecto, la CIDH reafirmó que recae sobre el Estado la obligación de dar a conocer los hechos que configuren graves violaciones a los derechos humanos junto con la identidad de quienes participen en los mismos.⁸⁹² A lo que agregó que, “además de los familiares de las víctimas directamente afectados por una violación a los derechos humanos, también es titular del derecho a ser debidamente informada la sociedad en general”.⁸⁹³ Sin embargo, si bien la CIDH señaló que el derecho al conocimiento de la verdad emana de los artículos 1.1, 8, 25 y 13 de la CADH, lo cierto es que no manifestó, en forma expresa, que se hubiera infringido el artículo 13 de dicho instrumento.

Aproximadamente una década después, la Corte IDH retomó los argumentos de expresados por la CIDH sobre el derecho de acceso a la información en su

tas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. párr. 195.

891 CIDH (1998).

892 CIDH (1998).

893 CIDH (1998).

sentencia al caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.⁸⁹⁴ En aquella oportunidad, se declaró que el Estado era responsable internacionalmente como consecuencia de las incursiones militares llevadas a cabo por el ejército durante los años 1973 y 1974, que produjeron la desaparición y muerte de presuntos miembros del grupo de resistencia Guerrilha do Araguaia, así como por la falta de investigación, sanción y reparación a las víctimas de dichas incursiones.

En lo pertinente, la Corte IDH señaló que el Estado vulneró el derecho de acceso a la información de los familiares de las víctimas de los operativos militares, al omitir la oportuna entrega de la información que existiera sobre los mismos. En el año 1982, los familiares de las víctimas interpusieron una acción judicial para que les fuera entregada la información existente respecto de dichos operativos. Dos décadas después, la sentencia de primera instancia ordenó al Estado entregar la información requerida por los familiares de las víctimas en un plazo no mayor a 120 días. Sin embargo, la ejecución de la misma recién se ordenó en el año 2009, por lo que el Estado de Brasil entregó documentos del Archivo Nacional (en los cuales se daba cuenta de las operaciones llevadas a cabo en la década de 1970) aproximadamente cuarenta años después de ocurridos los hechos.

Dentro de los lineamientos esbozados por la Corte IDH, el tribunal recordó que de acuerdo a la protección que otorga la CADH, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión abarca el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, y además protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado,⁸⁹⁵ existiendo, por tanto, la consecuente obligación positiva del Estado de suministrarla. En tal sentido, además de adoptar la postura expresada por la CIDH respecto del derecho de acceso a la información y el derecho a la verdad, la Corte IDH agregó mayores precisiones al respecto.

En primer lugar, señaló que los Estados tienen la obligación de entregar la información solicitada sin que resulte necesario acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal.⁸⁹⁶ Lo anterior obedece a que permite contribuir a la circulación de la información en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla, reforzando el Estado de Derecho en una sociedad democrática. En segundo término, la Corte IDH sostuvo que la decisión de calificar como secreta la información y, en consecuencia negar su entrega, así como la determinación de si la documentación existe, no puede depender exclusivamente del órgano estatal a cuyos

894 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

895 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 197. En este sentido, la Corte IDH reafirma la postura expresada en su sentencia al caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151) aunque los aplica a un contexto totalmente diferente.

896 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 197.

miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito.⁸⁹⁷

Como tercer puno, el Tribunal concluyó que el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de documentos solicitados por las víctimas o sus familiares sino que, por el contrario, tiene la carga de fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que había adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que la información solicitada no existe. En palabras de la Corte IDH

*Resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial del presente caso.*⁸⁹⁸

Desafortunadamente, dos años después de la mencionada sentencia en contra del Estado de Brasil, la Corte IDH en el caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala⁸⁹⁹ omitió, sin mayores argumentaciones, pronunciarse respecto de la violación autónoma del artículo 13 de la CADH. A diferencia de la sentencia anterior, la Corte IDH sostuvo que, si bien la falta de colaboración del Ministerio de la Defensa de Guatemala constituyó un obstáculo para el esclarecimiento de desapariciones forzadas, dicha actuación debe ser analizada únicamente en el marco de los artículos 8 y 25 de la CADH.

3. El derecho a la verdad ¿un derecho autónomo?

El derecho a la verdad es reconocido por diversos órganos e instrumentos internacionales como un derecho autónomo, por ejemplo, en 2006 la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) concluyó que el derecho a conocer la verdad acerca de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las infracciones graves de las normas de derechos humanos es un derecho autónomo e inalienable, vinculado a la obligación y el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, realizar investigaciones eficaces y velar por que haya recursos efectivos y se obtenga reparación.⁹⁰⁰ Por ello, el 21 de diciembre de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó⁹⁰¹ el 24 de

897 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 202.

898 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 211.

899 Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

900 ONU (2006).

901 ONU (2010).

marzo como Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas.

En el ámbito regional, el derecho a la verdad no nace en forma explícita de la CADH, ni se encuentra consagrado en ningún otro instrumento del SIPDH. Sin embargo, la Corte IDH ha expresado en su sentencia al caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia “la necesidad de que ésta empiece a declarar violaciones autónomas del derecho a conocer la verdad”.⁹⁰² Ya que, conforme se explicó en el apartado anterior, la jurisprudencia del SIPDH ha subsumido su violación en los derechos contenidos en los artículos 8 y 25⁹⁰³ o 13⁹⁰⁴ de la CADH.

Con base en los puntos resolutivos del caso Gomes Lund y otros (Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil el juez de la Corte IDH Ferrer Mac–gregor Poisot en su voto concurrente al caso Rodríguez Vera Y Otros –al cual adhirieron los jueces Vio Grossi y Ventura Robles– indicó que la Corte IDH debió declarar violado el derecho a la verdad en forma autónoma, dado que, aun cuando habían transcurrido 29 años desde que ocurrieron los hechos, éstos seguían sin esclarecerse. Sin embargo, la Corte IDH manifestó, sin mayores fundamentos, que

*(...) toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias el artículo 13 de la Convención (...), el derecho a conocer la verdad (...). No obstante, considera que en el presente caso el derecho a conocer la verdad se encuentra subsumido fundamentalmente en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los artículos 8 y 25 de la Convención (...), lo cual constituye además una forma de reparación.*⁹⁰⁵

4. A modo de cierre

902 Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie c no. 287, adhesión del juez Manuel e. Ventura Robles al voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac–gregor Poisot caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de la justicia) Vs. Colombia, párr. 11.

903 Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, Párrafo 116 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 131.

904 Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

905 Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie c no. 287, párr. 155.

El presente trabajo pretendió constituirse como un breve repaso de la jurisprudencia del SIPDH en materia de derecho a la verdad. En tal sentido se advirtió, como primer punto, que el derecho a la verdad ha surgido como una construcción propia de la CIDH y luego de la Corte IDH aun cuando en los instrumentos principales de nuestro sistema no se reconoce en forma expresa el derecho en cuestión.

En tal sentido, en sus primeros pronunciamientos, la Corte IDH encuadró el derecho a la verdad en el marco de los artículos 8 y 25 de la CADH, es decir, incluidos como parte de las garantías judiciales y del derecho a acceder a un recurso efectivo. De esta forma, adoptando los estándares elaborados previamente por la CIDH, el tribunal interamericano pretendió tutelar los derechos de los familiares de víctimas desaparecidas principalmente en el marco de los gobiernos de facto de nuestra región.

Con posterioridad, la jurisprudencia avanzó tímidamente hacia el reconocimiento del derecho a la verdad no solo como un derecho del cual son titulares los familiares de las víctimas, sino también, toda la sociedad en su conjunto. En tal sentido, la Corte IDH ha señalado que el derecho a la verdad se encuentra contenido no solo en los artículos 8 y 25 de la CADH –lo que constituiría su jurisprudencia clásica– sino también, dentro del artículo 13 del mismo instrumento como consecuencia del derecho a acceder a la información pública.

Por lo demás, en la actualidad ha comenzado a planearse el interrogante dentro de la Corte IDH –a partir de votos concurrentes– acerca de si el derecho a la verdad constituye o no un derecho autónomo dentro del SIPDH. Ello refleja, sin lugar a dudas, que los desafíos en materia de tutela efectiva de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos continúan para nuestra región.

5. Bibliografía

Fuentes primarias

CIDH (1978) “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977”, OEA/Ser.L/V/II.43.

CIDH (1980) Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, Cap. III, F.e.

CIDH (2014) “El derecho a la verdad en las Américas” OEA/Ser.L/V/II.152.Doc. 2.

CIDH. Informe N° 25/98. Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705. Chile. 7 de abril de 1998.

CORTE IDH. Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117.

CORTE IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo,

- Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.
- CORTE IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.
- CORTE IDH. Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- CORTE IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- CORTE IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- CORTE IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- CORTE IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- CORTE IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.
- CORTE IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 186; Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- CORTE IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.
- CORTE IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- CORTE IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie c no. 287, adhesión del juez Manuel e. Ventura Robles al voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Macgregor Poisot caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de la justicia) Vs. Colombia.
- CORTE IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie c no. 287.
- CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- NACIONES UNIDAS (2006) Consejo Económico y Social E/CN.4/2006/91.

Luces y sombras en materia de reparaciones por graves violaciones a los Derechos Humanos. Consideraciones a partir de la sentencia “Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”

CAMILA A. ORMAR

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

El análisis de la responsabilidad internacional de los Estados como consecuencia de violaciones a los derechos humanos debe ser abordado desde diversas perspectivas. Una de ellas –tal vez la más importante por el impacto que genera en las víctimas– es la obligación que surge para los Estados de reparar dichas violaciones. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH– ha sostenido a partir de la sentencia “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”⁹⁰⁶ que la reparación del daño ocasionado por la infracción de obligaciones internacionales consiste en el restablecimiento del derecho conculcado y la reparación de los daños producidos. Sin embargo, cuando se afecta el derecho a la vida las limitaciones fácticas impiden restablecer el derecho afectado. Por lo tanto, para solucionar las dificultades que plantea la vulneración de ciertos derechos, la práctica jurisprudencial ha desarrollado el concepto de reparación integral que abarca medidas indemnizatorias, de restitución, satisfacción, y garantías de no repetición.

Desafortunadamente, aun cuando transcurrieron más de 25 años desde aquel emblemático fallo, graves violaciones a los derechos humanos continúan ocurriendo en nuestra región. Un ejemplo de ello es el reciente fallo “Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”⁹⁰⁷ –también conocido como Chavín de Huantar– en donde se declaró responsable a Perú por la ejecución extrajudicial de un miembro del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru –MRTA– en el año 1997. Si bien los criterios utilizados por la Corte IDH para el fondo del asunto no variaron con relación a su jurisprudencia constante, resulta llamativo que las reparaciones ordenadas se limitaron a medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, sin disponer una indemnización por daños inmateriales originados por el sufrimiento de la víctima y sus familiares.

Esta diferencia con respecto a la tradicional jurisprudencia de la Corte IDH, invita a reflexionar acerca de la aplicación concreta de una reparación integral para el caso bajo análisis. Para ello, en primer lugar, se revisarán las ideas principales en materia de responsabilidad internacional y la obligación de reparar en el Sistema

906 Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras” Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166.

907 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú” Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C No. 292.

Interamericano de Protección de los Derechos Humanos –SIPDH. En segundo término, se realizará una síntesis de los hechos que motivaron el fallo y las reparaciones ordenadas en contra del Estado, con el objetivo de reflexionar en torno a dos puntos concretos: las posibles razones de la Corte IDH para apartarse de su jurisprudencia tradicional, y posibilidad –o no– de afectar el derecho de las víctimas a recibir una reparación integral por graves violaciones a los derechos humanos. Finalmente, como tercer punto, se presentarán algunas conclusiones alcanzadas.

1. Responsabilidad internacional y obligación de reparar en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

En el derecho internacional, los compromisos deben asumirse de buena fe de conformidad con el principio *Pacta Sunt Servanda*. Este deber adquiere características particulares en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH– ya que el objeto y fin de los tratados es la protección de derechos humanos y no la regulación de intereses recíprocos entre las altas partes contratantes.⁹⁰⁸

A los efectos del presente trabajo, interesa destacar que la obligación de reparar es la consecuencia que surge luego de que la Corte IDH decida que un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH– ha incurrido en responsabilidad internacional. En otras palabras, los Estados deben realizar todas las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas como consecuencia de la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la CADH⁹⁰⁹ y conforme lo establecido en el artículo 63.1 del mismo instrumento.⁹¹⁰ Vale aclarar que esta última disposición presenta un doble anclaje ya que tiene como objetivo borrar las huellas que produjo el actuar del Estado en la víctima –es decir, busca mirar hacia el pasado, o sea, al momento en el que se vulneraron los derechos– y además, pretende evitar futuras vulneraciones a los derechos consagrados en la CADH.⁹¹¹ Ello se articula con lo expresado por los magistrados Cançado Trindade y Abreu Burelli en el sentido de que “los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana abren a la Corte un horizonte bastante amplio en materia de reparaciones”.⁹¹² De esta forma, la Corte IDH se diferencia de su par europeo que reenvía al ordenamiento jurídico interno del Estado de que se trate el otorgamiento de medidas de reparación, limitándose solo si procede, a

908 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2, párr. 29.

909 Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, párrs. 161 y 167.

910 En palabras de la Corte, “refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado” Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina” Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39, párr. 43.

911 ROUSSET SIRI, A. J (2001).

912 Corte IDH, “Caso Loayza Tamayo Vs. Perú” Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42, párr. 5.

ordenar una satisfacción equitativa.⁹¹³

La importancia que los magistrados le han otorgado a las reparaciones se comprueba desde los primeros pronunciamientos de la Corte IDH, con solo revisar el voto separado del juez Piza Escalante en la sentencia “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”⁹¹⁴ relativo al lugar que deben ocupar las víctimas en torno a las reparaciones. De hecho, de conformidad con una interpretación evolutiva de la CADH se han identificado distintas formas de reparación ajustándose a las exigencias que cada caso plantea.⁹¹⁵ Así, se refuerza la finalidad principal que debe perseguir un sistema de protección internacional de derechos humanos que no solo es declarar la responsabilidad internacional, sino también, apuntar a la plena reparación de quienes fueron víctimas de una acción u omisión imputable a un Estado.⁹¹⁶

La Corte IDH ha entendido en forma pacífica y constante que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible la plena restitución, es decir, el restablecimiento de la situación anterior a que se vulneren los derechos consagrados en la CADH. De no ser factible aquello, se ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños a través de una reparación integral, concepto que incluye compensaciones pecuniarias, medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. En este sentido, la Corte IDH ha tomado en su jurisprudencia⁹¹⁷ lineamientos expuestos en diversas resoluciones de Naciones Unidas, dentro de los que se destacan los Principios para la Lucha contra la Impunidad⁹¹⁸ y los Principios y Directrices sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Graves a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario a obtener Reparación.⁹¹⁹ En definitiva, las reparaciones implican complejo diseño holístico de medidas que tienden no sólo a borrar las consecuencias dañosas que un hecho haya generado, sino que también abarca medidas tendientes a evitar su posible repetición.

A modo de ejemplo, las medidas de restitución comprenden la cesación de los efectos de sentencias emitidas por tribunales internos que sean violatorias de la

913 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y Enmendado por los Protocolos Adicionales Números 3, 5, 8 Y 11, mayo de 1963, 20 de enero de 1966, 19 de marzo de 1985 y 28 de noviembre de 1996, Respectivamente, artículo 41.

914 Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”.

915 Corte IDH, “Caso de la “Masacre de Mapiripán Vs. Colombia”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 106.

916 ROUSSET SIRI, A. J (2001).

917 Corte IDH, “Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219; “Caso Gelman Vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

918 ONU (2005).

919 ONU (1996).

CADH⁹²⁰ o la restitución del material incautado como medida de censura previa,⁹²¹ entre otras. Respecto de las medidas de satisfacción se destacan la modificación de nombre de calles, plazas, centros médicos o escuelas para conmemorar a las víctimas,⁹²² la publicación de los resúmenes oficiales de las sentencias de la Corte IDH en un diario de circulación nacional del país donde se cometió la violación,⁹²³ dentro de las más frecuentes. En cuanto a las garantías de no repetición es posible mencionar la exigencia de adecuación de la legislación interna,⁹²⁴ la formación de los funcionarios públicos en derechos humanos⁹²⁵ o medidas para dotar de eficacia al recurso de Habeas Corpus,⁹²⁶ etc. La rehabilitación, que se refiere a medidas que proveen atención social, médica y psicológica, así como servicios legales.

Además se distingue, por un lado, el daño material –que involucra categorías propias del derecho privado como lucro cesante y daño emergente, y en oportunidades, se ha aludido a la categoría de “perdida de chance”–⁹²⁷ definido como “la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y, en su caso, de sus familiares más los gastos efectuados como consecuencia de los hechos en el caso *sub judice*”;⁹²⁸ y por el otro, el daño inmaterial que comprende “tanto los sufrimientos y las aficciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”.⁹²⁹ En cuanto a los criterios probatorios para el daño inmaterial, la Corte IDH ha entendido que tanto las víctimas como los miembros más íntimos de la familia no deben acreditar haber sufrido daño moral toda vez que “resulta evidente (...) que toda persona sometida a torturas, agresiones y vejámenes (...) experimenta dolores corporales y un profundo sufrimiento”.⁹³⁰

920 Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 195.

921 Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. párr. 250.

922 Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil” Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 242.

923 Corte IDH, “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 235.

924 Corte IDH, “Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 11 de marzo 2005, Serie C No. 123.

925 Corte IDH, “Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 102.

926 Corte IDH, “Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela”, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C No. 138, párr. 102.

927 Corte IDH, “Caso Bulacio Vs. Argentina” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 83 c).

928 Corte IDH, “Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 155.

929 Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 255.

930 Corte IDH, “Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sen-

Asimismo, es importante recordar que existen categorías contenidas dentro del daño inmaterial, como es el daño al proyecto de vida.⁹³¹

En el presente trabajo, corresponde destacar respecto del daño que, en cuanto a las indemnizaciones que se otorgan en concepto de daño inmaterial, la Corte IDH ha establecido que

*son muchos los casos en que otros tribunales internacionales han acordado que la sentencia de condena per se constituye una suficiente indemnización del daño moral (...). Sin embargo, (...) aun cuando una sentencia condenatoria, puede constituir en sí misma una forma de reparación y satisfacción moral, haya habido o no reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, ésta no sería suficiente dada la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al sufrimiento moral causado a las víctimas y sus familias, las cuales deben ser indemnizadas conforme a la equidad.*⁹³²

2. “Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”. Sentencia del 17 de abril de 2015

Los hechos del caso se desarrollaron en el marco del conflicto armado no internacional que afrontó Perú desde comienzos de la década de 1980 hasta finales del año 2000 entre distintos grupos armados -dentro de los cuales, se destacaron Sendero Luminoso y el MRTA- y agentes de las fuerzas policiales y militares. De hecho, la Corte IDH anteriormente ha emitido sentencias relativas a hechos vinculados al conflicto armado peruano dentro de los que se destacaron “La Cantuta”⁹³³ y “Barrios Altos”⁹³⁴ emblemáticos en materia de inadmisibilidad de amnistías y excluyentes responsabilidad para los autores de graves violaciones a los derechos humanos.

En concreto, los hechos del caso Chavín de Huantar se desarrollaron a partir de mediados de diciembre de 1996. En ese entonces, mientras se realizaba un festejo en la residencia del Embajador de Japón en Perú, catorce miembros del MRTA ingresaron en la residencia tomando de rehenes a los invitados.

A pesar de las negociaciones entre el gobierno peruano y el MRTA –durante las que se liberaron a la mayoría de los rehenes– en abril de 1997 se ordenó ejecutar un plan de rescate conocido como “Nipón 96” que logró la liberación de los restantes rehenes. Según el informe confeccionado una vez finalizado el operativo, los catorce emmerretistas murieron mientras se desarrollaba el operativo de rescate. Empero, a partir de declaraciones a la prensa y una carta remitida al Poder Judicial en el año 2001 tencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 255.

931 Corte IDH, “Caso Loayza Tamayo Vs. Perú” Op. Cit. Supra nota 8, párr. 144 y ss.

932 Corte IDH, “El Amparo vs. Venezuela”. Reparaciones y costas, sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie 28, párr. 35.

933 Corte IDH, “Caso La Cantuta Vs. Perú” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162.

934 Corte IDH, “Caso Barrios Altos Vs. Perú” Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

por un ex rehén, se presentaron dudas sobre la posibilidad de que tres emerretistas – dentro de ellos, Cruz Sánchez– podrían haber sido objeto de ejecuciones extrajudiciales una vez finalizado el operativo.

Tomando en cuenta el contexto previamente referenciado, la controversia giraba en torno a determinar si tres de los emerretistas habían dejado de participar en las hostilidades al momento de perder la vida, dado que, si ello era así, las presuntas víctimas eran acreedores de la protección que brinda el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, a luz del cual se debía interpretar el alcance del artículo 4 de la CADH.⁹³⁵ Luego de evaluar las pruebas obrantes en el expediente, la Corte IDH solo encontró acreditado que la muerte de uno de los miembros del MRTA – Cruz Sánchez– se dio en el marco de una ejecución extrajudicial. Con base en ello se declaró la responsabilidad internacional de Perú por la violación del derecho a la vida –reconocido en el artículo 4.1 de la CADH– en perjuicio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, el artículo 5 (derecho a la integridad personal) en perjuicio del hermano de la víctima, junto con los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (acceso a recursos) por vulneraciones al debido proceso en el marco de las investigaciones desarrolladas, todos en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Conforme la estructura que siguen las sentencias en el SIPDH, una vez establecidos los derechos vulnerados se ordenó las reparaciones que la Corte IDH estimó correspondientes. En tal sentido se hizo hincapié en disponer la continuidad del proceso penal iniciado el 11 de junio de 2002 respecto de los hechos relacionados con la ejecución extrajudicial del emerretista,⁹³⁶ siendo importante asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de los familiares en todas las etapas del proceso y la abstención de recurrir a figuras impliquen la posibilidad de excusarse de los autores. Sumado a lo anterior se dispuso –al igual que en el resto de su jurisprudencia– la publicación la sentencia y el resumen oficial de manera que sean accesibles a todo el público, como medida de satisfacción para el presente caso.⁹³⁷ Además, al momento de establecer garantías de no repetición, el Tribunal reiteró la obligación de “vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”.⁹³⁸ Aunque entendió que no correspondía ordenar la implementación de programas de capacitación en derechos humanos ya que la medida había sido dispuesta para el Estado en otros casos,⁹³⁹ al mismo tiempo que desestimó el pedido de la CIDH y los representantes de las víctimas, de adoptar protocolos que limiten el uso de fuerza por

935 En reiteradas oportunidades, la Corte IDH se ha valido del DIH para determinar el alcance de los derechos consagrados en la CADH en los casos que se dan en el marco de un conflicto armado. Entre otros, Corte IDH, Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 187.

936 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, párr. 418.

937 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, párr. 466.

938 Corte IDH, “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150, párr. 66.

939 Corte IDH, “Caso La Cantuta Vs. Perú”, Op. Cit. Supra nota 30, párr. 240.

parte de agentes estatales.⁹⁴⁰

Por otra parte, una vez acreditada la afectación a la integridad personal del hermano de Cruz Sánchez⁹⁴¹ se ordenó como principal medida de rehabilitación, la prestación de tratamiento psicológico y/o psiquiátrico necesario⁹⁴² para reparar el perjuicio sufrido por la muerte de su familiar. Sin embargo, en cuanto a las indemnizaciones pecuniarias no se ordenó una compensación por el daño material. Si bien la Corte IDH no fundamentó su decisión, es posible encontrar antecedentes similares en su jurisprudencia que también analizaron reparaciones por daños materiales para miembros de grupos armados, en especial, respecto del lucro cesante.⁹⁴³

Empero, la situación cambia en forma radical respecto del daño inmaterial. A pesar de haber establecido la violación por parte de Perú a los derechos consagrados en la CADH,⁹⁴⁴ la Corte IDH estimó que no era pertinente ordenar el pago de una compensación económica en razón de la violación del derecho a la vida en perjuicio de Cruz Sánchez, ni por la afectación al derecho a la integridad de su hermano, bajo el único argumento de que “esta sentencia constituye, *per se*, una suficiente indemnización del daño inmaterial”.⁹⁴⁵

3. Análisis de la sentencia

Las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH para el caso *sub examine* invitan a reflexionar acerca de dos cuestiones. La primera de ellas, refiere a los posibles fundamentos del Tribunal para establecer las reparaciones del caso, mientras que el segundo punto de análisis recae sobre las facultades que podría llegar a tener la Corte IDH al momento de afectar los derechos de las víctimas a recibir una reparación integral por graves violaciones a los derechos humanos.

En este orden de ideas, para ensayar posibles respuestas a la primera incógnita resulta interesante citar un análisis presentado por el Centro Internacional de Justicia Transicional⁹⁴⁶ que plantea diferentes hipótesis. Una de ellas, toma como base la posibilidad de que la Corte IDH haya considerado que la participación de Cruz Sánchez en la toma de rehenes de civiles, implicaba que la víctima no mereciera una indemnización por daño inmaterial e incluso que su accionar y exposición a posibles daños, implicaba una renuncia a su derecho a ser reparado en caso de que existiera un exceso en el uso de la fuerza por parte de agentes estatales. Sin embargo, una vez que la Corte IDH declaró la vulneración del derecho a la vida del Sr. Cruz Sánchez

940 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, párr. 471.

941 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, párr. 450.

942 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, párr. 463.

943 Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 595.

944 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, XIII Puntos resolutivos.

945 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, párr. 483.

946 CORREA, C. (2015).

y reconoció que lo anterior causó sufrimiento en su hermano, toda la jurisprudencia anterior del tribunal apuntaba a establecer el derecho a indemnización por daño inmaterial a los efectos de reparar dicho sufrimiento. Es decir, se encuentra fuera de discusión el hecho de que los actos terroristas merecen el más enérgico rechazo, pero, el presente caso –al igual que todos los casos que tramitan en el SIPDH– no tuvo por objeto establecer la responsabilidad penal de los miembros del MRTA sino establecer la conformidad o no de los actos estatales con la CADH en cuanto a si existió ejecución extrajudicial en el marco de la operación de rescate de rehenes. Entonces, si ante la Corte IDH la realización de actos criminales no es un criterio tomado en cuenta para establecer la vulneración de derechos humanos, es coherente pensar que tampoco debe ser considerado para definir las indemnizaciones que se establecen a los efectos de reparar derechos vulnerados por el Estado.

Además, cabe aclarar que, la procedencia de indemnizaciones por daños inmateriales no debe confundirse con la procedencia de lucro cesante que sí ha sido denegada en casos similares y que no se discute en este trabajo. A modo de ejemplo, en el fallo “Rodríguez Vera y otros Vs. Colombia”,⁹⁴⁷ la Corte IDH estuvo de acuerdo con el Consejo de Estado cuando la institución denegó indemnizaciones por lucro cesante a familiares de miembros del M-19 que habían participado de manera activa en la toma del Palacio de la Justicia durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985. El Estado de Colombia fundó su resolución en que “no constituye fuente de indemnización la pérdida de ingresos o ayudas provenientes de actividades ilícitas como a las que se dedicaba la desaparecida”.⁹⁴⁸ Al respecto, el Tribunal entendió en el caso colombiano que, de conformidad con el principio de subsidiariedad, no debía pronunciarse sobre ese punto ya que los criterios utilizados por la jurisdicción contencioso administrativa colombiana eran objetivos y razonables.⁹⁴⁹

Para la segunda cuestión, relativa a las limitaciones en la afectación del derecho a percibir una reparación integral, son pertinentes dos votos individuales de la sentencia analizada elaborados por los jueces Alberto Pérez Pérez y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, quienes expresaron su disconformidad con la decisión de la mayoría respecto a las cuestiones indemnizatorias.

En este sentido, el juez Pérez Pérez argumentó su punto de vista a través del análisis del concepto de indemnización compensatoria por daños que “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”.⁹⁵⁰ Sin lugar a dudas, la vulneración del derecho a la vida que establece en la sentencia Cruz Sánchez contra Perú, “afecta, valores muy significativos para

947 Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros Vs. Colombia.

948 Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros Vs. Colombia, párr. 594.

949 Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros Vs. Colombia, párr. 595.

950 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, párr. 482, citado en Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, párr. 4.

las personas, tanto de la víctima directa como de sus allegados”.⁹⁵¹ En consecuencia, al no existir motivos suficientes para apartarse de la jurisprudencia constante de la Corte IDH es imperioso evitar este tipo de decisiones que ponen en jaque no solo la seguridad jurídica sino también la protección de los derechos humanos en nuestra región.

Por su parte, en el voto concurrente del juez Mac-Gregor Poisot, el derecho a reparar se analizó desde una perspectiva histórica. En este sentido, el magistrado aludió a que no se otorgó “una indemnización compensatoria por concepto de daño inmaterial a los familiares declarados víctimas en la sentencia en razón de que la víctima directa fuera considerada terrorista o autora de actos ilícitos que merecen el mayor rechazo”.⁹⁵² Si bien la sentencia no menciona que este fuera el motivo por el que no fueron otorgadas las indemnizaciones, es cierto que la decisión es discriminatoria ya que “traslada a los familiares el reproche de conductas por ellos no cometidas”⁹⁵³ mientras que, la jurisprudencia constante de la Corte IDH demuestra que en casos similares sí fueron ordenadas indemnizaciones pecuniarias por daños inmateriales.⁹⁵⁴

4. Reflexiones finales

El SIPDH procura remediar la situación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos al mismo tiempo que busca constituirse como una herramienta útil para resolver los problemas estructurales o sistemáticos que permitieron las violaciones denunciadas e impidieron la tutela oportuna de los derechos.⁹⁵⁵ En este orden de ideas, es imperioso determinar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales, no solo desde una perspectiva patrimonial, sino integralmente, mirando a la persona como un todo.⁹⁵⁶

Sin embargo, aun cuando existen lineamientos por parte de la CIDH⁹⁵⁷ y abundante jurisprudencia de la Corte IDH, es necesario avanzar en la consolidación de los estándares en materia de reparación en el SIPDH. Por ello, es fundamental evitar pronunciamientos desafortunados como el analizado en el presente trabajo, que atentan no solo contra la seguridad jurídica que legitima la confianza en el SIPDH, sino también –y tal vez, sea esto lo más preocupante– contra los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

951 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, párr. 4.

952 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 23.

953 Corte IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú”, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 23.

954 Entre otros, Corte IDH, “Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”, párr. 236.

955 CEJIL (2004: 1).

956 NASH ROJAS, C. (2009: 35).

957 CIDH, Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1 19 febrero 2008.

5. Bibliografía

Fuentes primarias

CIDH (2008) Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones, OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1 19 febrero 2008.

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y Enmendado por los Protocolos Adicionales Números 3, 5, 8 Y 11, mayo de 1963, 20 de enero de 1966, 19 de marzo de 1985 y 28 De noviembre de 1996.

CORTE IDH, “Caso Anzualdo Castro Vs. Perú” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202.

CORTE IDH, “Caso Barrios Altos Vs. Perú” Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75.

CORTE IDH, “Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela”, Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C No. 138.

CORTE IDH, “Caso Bulacio Vs. Argentina” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100.

CORTE IDH, “Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 11 de marzo 2005, Serie C No. 123.

CORTE IDH, “Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú” Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C No. 292.

CORTE IDH, “Caso de la “Masacre de Mapiripán Vs. Colombia”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134.

CORTE IDH, “Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163.

CORTE IDH, “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110.

CORTE IDH, “Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina” Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 39.

CORTE IDH, “Caso Gelman Vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

CORTE IDH, “Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219.

CORTE IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.

- CORTE IDH, “Caso La Cantuta Vs. Perú” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162.
- CORTE IDH, “Caso Loayza Tamayo Vs. Perú” Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42.
- CORTE IDH, “Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103.
- CORTE IDH, “Caso Montero Aranguren y otros Vs. Venezuela” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150.
- CORTE IDH, “Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.
- CORTE IDH, “Caso Palamara Iribarne Vs. Chile” Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135.
- CORTE IDH, “Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras” Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166.
- CORTE IDH, “Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil” Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.
- CORTE IDH, “El Amparo vs. Venezuela”. Reparaciones y costas, sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie 28.
- CORTE IDH, “Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140.
- CORTE IDH, Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.
- CORTE IDH, Caso Rodríguez Vera y otros Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2.
- NACIONES UNIDAS (1996) Las directrices de van Boven Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1996/17.
- NACIONES UNIDAS (2005) Informe de Orentlicher, 2005 Doc. ONU E/CN.4/2005/102.

Bibliografía crítica

- CEJIL (2004) Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. N°22.
- COREA, C. (2015) Análisis: El peligroso precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al limitar el derecho de subversivos a la reparación. Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- NASH ROJAS, C. (2009) Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 – 2007). Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ROUSSET SIRI, A. J (2001) El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Revista Internacional de Derechos Humanos.

Parte III:

Derecho Internacional Penal

Legitimidad e impacto emocional de las cortes internacionales o mixtas en la sociedad

MAYRA NUÑEZ PASTOR

Universidad de Buenos Aires

El objetivo de este trabajo es comprobar cuán legitimados están los tribunales internacionales o mixtos por la sociedad y a la vez cuán enfocados están éstos respecto de la población afectada. ¿Existe un *feedback* entre las cortes y la sociedad? ¿Cómo son percibidas las sentencias por parte de la población? ¿Qué sentimientos provocan? ¿Qué factores contribuyeron para obtener índices de aceptación tan diversos entre diferentes jurisdicciones internacionales?

1. EMOCIONES, SOCIEDAD Y DERECHO INTERNACIONAL

Tratar de establecer una relación entre campos que parecen tan lejanos entre sí como el derecho y las emociones implica, como mínimo, esbozar ciertas definiciones que nos permitan delimitar el marco teórico de la investigación.

¿Qué entendemos por odio, venganza, fraternidad, vergüenza, temor, amor, etcétera? Las emociones son definidas como expresiones dotadas de un significado social que se moldean y trascienden a la luz de valores culturales y sociales determinados e influidos por cambios biológicos y cognitivos.⁹⁵⁸ Estas emociones podrán tener una apreciación diferente según los valores culturales y sociales que predominen en diferentes regiones y cómo se relacionan entre sí.

Las reacciones emotivas deben pensarse como respuestas de grupos de pertenencia que se relacionan entre sí y que producirán reacciones en otros.⁹⁵⁹ Estos sentimientos tienen una función sociocultural, por cuanto regulan el accionar de las personas y refuerzan sistemas de creencias y valores.⁹⁶⁰ Se construyen a través de las costumbres familiares, las decisiones políticas, el sistema educacional, los usos culturales y los medios de comunicación.⁹⁶¹ Por otro lado, a través de las experiencias producidas el pasado (memoria colectiva), los grupos sociales producen “predisposiciones emocionales”: aquellos que vivenciaron reiterados episodios de

958 SASLEY (2011: 455) y CRAWFORD (2000: 123-125).

959 Cf. SASLEY (2011: 459), la interacción en un grupo de pertenencia produce un traspaso de comportamiento individual a comportamiento de grupo como un todo.

960 IBIDEM, pp. 452-454 y 466 y CRAWFORD (2000: 129).

961 BAR-TAL, D., HALPERIN, E. & De RIVERA, J. (2007: 442-443).

violencia y amenaza a lo largo de los años, posiblemente tengan una orientación emocional colectiva hacia el miedo y la desconfianza.⁹⁶²

2. EL DISEÑO DE CORTES Y LA LEGITIMIDAD

El trabajo realizado en el pasado por los tribunales penales internacionales nos permite observar los diversos resultados obtenidos en materia social, analizando la incidencia de la participación ciudadana en su labor. El estudio del funcionamiento y eficacia de las cortes a través de factores sociales nos obliga a preguntarnos principalmente en qué medida dichas instituciones dieron y/o dan un papel inclusivo a la comunidad en el proceso de reconstrucción política, jurídica y sobre todo social.

MEIJERS señala que se pueden distinguir dos aspectos de la legitimidad: la legal y la social. La primera proviene de las normas que avalan el accionar concreto de las cortes (legalidad). La social (legitimidad propiamente dicha, producto de la legitimación llevada a cabo a través de un análisis moral, ético y social) es la que propicia la reconstrucción normativa y social. Con el fin de evitar nuevos casos de crímenes internacionales se requiere que la población afectada⁹⁶³ y las elites políticas vean a estas nuevas normas como legítimas, y para ello, deben ser internalizadas.⁹⁶⁴ Este proceso de internalización ocurre cuando los actores no ven una amenaza entre sus intereses y el accionar de la corte. Lo que es más, cuando el incumplimiento a normas que emanen de ella creen un reproche psíquico en el actor estamos ante un sistema de valores que es compatible con las decisiones de la corte.⁹⁶⁵

Este reproche psíquico hace que el cumplimiento no esté relacionado con el miedo a una sanción. En vez de racionalizar la idea “cumpló y acepto la norma porque su inobservancia conlleva una sanción”, hablamos de una motivación personal positiva que está de acuerdo moralmente con la norma: “cumpló, porque es socialmente correcto y está bien”. Esto es lo que denominamos “autorregulación del individuo”.⁹⁶⁶ Se fomenta el cumplimiento a través de la motivación personal que conlleva a actuar social y moralmente de acuerdo con esa norma. Esta autorregulación del individuo permite una cooperación no sólo a corto sino a largo plazo, generando un marco de estabilidad institucional.

En el derecho internacional nos encontramos con un manifiesto acento occidental en la creación de normas, el cual lleva implícita la idea de que sus estándares morales, culturales y sociales pueden ser aplicados como si fuera un modelo ante cada

962 En este sentido, ver PAEZ, D., BASABE, N. & GONZALEZ, J. L. (1997: 147-174).

963 El concepto de población afectada en este trabajo se refiere tanto a las víctimas directas de crímenes internacionales y perpetradores, así como a la sociedad general que fue escenario de los conflictos.

964 Cf. RAMJI-NOGALES (2010:11-12).

965 Cf. RAMJI-NOGALES (2010: 13-16).

966 ÍDEM.

situación particular a nivel global. Contrariamente, las construcciones normativas que nacieron en el marco social y cultural occidental distan mucho de las creadas en otros contextos y no se asemejan a los valores que predominan en otras partes del mundo. Esto constituye una falencia importante en el funcionamiento de los tribunales.

DRUMBL pone de relieve que la grieta que se observa entre la legitimidad legal y la legitimidad social radica en la comunicación de los tribunales. Son ellos los que, aplicando un procedimiento pedagógico, deben transmitir a la población local la condena no solamente legal sino moral y social que implican los crímenes que se perpetraron. Esto permitirá delinear el establecimiento de una verdad que será repetida y se consolidará como parte de la nueva narrativa histórico-social: las declaraciones de los testigos, el establecimiento de los hechos a raíz de la evidencia presentada, las declaraciones de los acusados constituyen la base para ello. La forma en la que lo expresen a la población determinará esta brecha (o no) entre la legitimidad legal y la social, y la consecuente efectividad del tribunal.⁹⁶⁷

Es importante tener en cuenta que lo que la población considera que sucede (construcción de la verdad) determina su reacción emocional y consecuentemente, su comportamiento. Este sistema de valoración —asimilar y procesar información, cálculo de costo, riesgo y beneficios— se realiza a la luz de la experiencia emocional.⁹⁶⁸ Es importante destacar en este caso que los medios de comunicación en muchas ocasiones operan en interés de un grupo dominante que busca deslegitimizar al tribunal.⁹⁶⁹ Esto no es un dato menor, siendo que éstos constituyen el principal canal a través del cual los grupos colectivos valoran los hechos.⁹⁷⁰

3. LA CORRIENTE SOCIAL: FACTORES EXTERNOS A LOS TRIBUNALES QUE AFECTAN LA LEGITIMIDAD

El denominado “Modelo de Psicología Social” elaborado por FORD sitúa a los elementos sociales como la clave para la aceptación de los tribunales por parte de las poblaciones locales. En general, se plantea que la organización de las instituciones jurisdiccionales afecta a la aceptación de las cortes. Sin embargo, los individuos poco saben sobre cuestiones procedimentales, su ubicación física, la composición de sus jueces, o su estructura. Entonces, ¿de dónde proviene la legitimidad? Esta teoría indica que deriva en gran parte de sentimientos reforzados a través de las experiencias

967 DRUMBL (2007: 175-178).

968 CRAWFORD (2000: 131-137).

969 Por ejemplo, en el caso del ICTY, una encuesta llevada a cabo entre la población de Serbia en el año 2011 demostró que el 44% de la población creía en las afirmaciones de referentes locales (intelectuales, analistas políticos o escritores), por sobre representantes del Tribunal que pudieran aparecer en los mismos medios (19%). Ver Organization for Security and CO-OPERATION IN EUROPE & BELGRADE CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (2011: 112-121).

970 BAR-TAL, D., HALPERIN, E. & DE RIVERA, J. (2007: 447).

colectivas pasadas y mecanismos psicológicos.⁹⁷¹

El primer elemento que se encuentra al estudiar los componentes sociales en el comportamiento de una población son las narrativas sociales.⁹⁷² La historia de un lugar común que es tomada como cierta por los habitantes, los relatos que refuerzan el sentimiento de pertenencia, las tradiciones, todos estos elementos transmitidos por generaciones a lo largo de los años, se presentan como una problemática cuando acaece un conflicto donde hay al menos dos narrativas sociales —opuestas entre sí— que cuentan con el apoyo de diferentes sectores de la población.

Pareciera que la legitimidad del tribunal variará según a qué parte del conflicto se esté juzgando. De esta forma, el tribunal nunca será aceptado por la totalidad de la población. Por el contrario, si sus acciones coinciden con la narrativa socio-histórica de la mayoría, será receptado de manera positiva por la mayor parte de la sociedad.⁹⁷³

El ejemplo perfecto de esta problemática es el caso del ICTY. Luego de la desintegración de Yugoslavia en 1990, las diferentes regiones que la conformaban comenzaron procesos independentistas, lo cual derivó en un conflicto armado a gran escala que incluyó genocidio, asesinatos en masa y persecución de minorías. Casi todos los grupos involucrados (albaneses kosovares, serbios, croatas, etcétera) se ven a sí mismos como víctimas y consideran que el Tribunal realizó una tarea imparcial o incompleta.⁹⁷⁴ El Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (ICTY por sus siglas en inglés), creado en 1993 a través de la resolución 827 del Consejo de Seguridad, fue, luego de Núremberg y Tokio, uno de los primeros tribunales en establecerse para juzgar crímenes específicos cometidos en un conflicto determinado. Su misión es la de investigar y juzgar a los máximos responsables de graves violaciones al derecho internacional humanitario durante el conflicto armado en los Balcanes, determinando su competencia temporal a partir del 1° de enero de 1991.⁹⁷⁵

Ha sido muy difícil para el Tribunal contar con la aprobación de grupos étnicos, religiosos y nacionales diferentes; pues entre ellos mismos se han generado tales niveles de desconfianza que cualquier accionar de los jueces ha sido percibido como parcial por, al menos, uno de los grupos involucrados en el conflicto. A modo de ejemplo, vale la pena tomar en consideración el relevamiento sobre opinión pública llevado a cabo en el año 2004 por el *Belgrade Center for Human Rights*, el cual demostró que el 64% de la población serbia no tenía conocimiento sobre la existencia del ICTY (doce años después de su creación).⁹⁷⁶ Esto se explica a través de la legitimidad que el Tribunal ha buscado desde su creación, más enfocado en la de la comunidad internacional que en la de las poblaciones locales.

971 Cf. FORD (2012: 405-476).

972 IBÍDEM, p. 409.

973 IBÍDEM, p. 410-411.

974 IBÍDEM, pp. 416-418 e International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, “Key Figures of the Cases”.

975 CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (1993).

976 FOR HUMAN RIGHTS (2004: 24).

Tenemos dos formas de explicar este comportamiento de la sociedad en relación a la legitimidad de los tribunales a través de la psicología social:

3.1. PREJUICIOS MOTIVACIONALES

El razonamiento siempre está influenciado por deseos, sentimientos y objetivos personales, que afectan las decisiones a las que arriba el sujeto. Es decir, es guiado a sí mismo, de forma inconsciente hacia conclusiones que apoyen su visión del mundo.⁹⁷⁷

Por ejemplo, 85% de los ciudadanos serbios escuchó alguna vez sobre grupos armados de nacionalidad croata que asesinaron a gran cantidad de personas durante las operaciones militares “Tormenta” y “Flash”. De ellos, el 82% cree que esta información es cierta y 75% cree que constituyen crímenes de guerra. Llamativamente, solamente un poco más de la mitad de los encuestados escuchó hablar del asesinato de civiles por fuerzas militares serbias en Vukovar; de ellos tan sólo el 24% cree que esta información es cierta y sólo el 18% considera que constituyen crímenes de guerra.⁹⁷⁸ Una de las principales formas de prejuicio motivacional es el razonamiento defensivo: la persona que es miembro de un grupo encontrará ofensiva toda información que sea contraria al interés de ese grupo porque la considera como un ataque hacia su persona. El yo- individuo y el yo-grupal se encuentran altamente relacionados.

3.2. PREJUICIOS COGNITIVOS

Es un razonamiento que falla al tratar de llegar a un ideal racional porque va en contra de su narrativa histórica-social y recurre a ciertas técnicas para evadirlo:

3.2.1. Heurística: se refiere a la formación de un concepto utilizando información que es insuficiente, lo que podríamos llamar “atajos mentales” para llegar a un juicio sin apelar a un razonamiento que cuente con información certera o evidencia.⁹⁷⁹ Esto quedó demostrado ante la gran cantidad de individuos en Serbia que desaprueba el trabajo del ICTY a pesar de muy pocos entre ellos saben cómo funciona el ICTY o leyeron alguna sentencia.⁹⁸⁰

3.2.2. Disonancia cognitiva: es un sentimiento de incomodidad ante dos creencias opuestas. Siguiendo el ejemplo del

977 Cf. FORD (2012: 420-424).

978 Cf. BELGRADE CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (2004: 26).

979 Cf. FORD (2012: 425).

980 Ver ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE & BELGRADE CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (2011: 13 y 55).

punto a) sobre prejuicios motivacionales, la afirmación “las milicias serbias no cometieron ningún delito en Vukovar”, se contraponen con información que sugiera que “la milicia serbia asesinó inocentes en Vukovar”. Acto seguido, se realiza una represión de la contradicción que afecta la narrativa dominante y se la elimina.

3.2.3. Prejuicio confirmatorio: En este caso se utiliza la información que contraría la narrativa dominante para confirmar la hipótesis que se sostenía previamente. Por ejemplo, puede tomarse la información que es publicada por una corte, recortarla y utilizar los mismos datos para confirmar una percepción negativa de la misma. Una de las principales críticas hacia el ICTY fue la falta de mecanismos que efectivice su acercamiento hacia la población local, a sabiendas de que gran parte de los medios de comunicación y los dirigentes políticos operaban con el fin de deslegitimizar su trabajo.

Todos estos mecanismos englobados bajo el Modelo de Psicología Social también pueden ser evidenciados en sentido inverso.

Cuando la narrativa interna de la población está en consonancia con el trabajo de una corte, su legitimidad se verá en gran parte asegurada. Uno de los principales ejemplos, es el trabajo de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (ECCC por sus siglas en inglés). El régimen de Khmer Rouge tomó el poder en Camboya desde 1975 hasta 1979. Durante este tiempo, se estima que al menos 1.7 millones de personas murieron como consecuencia de hambrunas, asesinatos, torturas y trabajos forzados. Al terminar el gobierno del régimen el país se enfrentó a una guerra civil por la sucesión del poder, la cual terminó en 1998, cuando el Khmer Rouge fue definitivamente desmantelado. En 1997 el Gobierno requirió la ayuda de Naciones Unidas para la conformación de una corte especial para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos durante el régimen. Las ECCC se crearon en el año 2003 como una institución mixta, ya que se encuentran ubicadas en Camboya y están conformadas por jueces y fiscales locales e internacionales.⁹⁸¹ Han producido tan sólo cinco formulaciones de cargos desde su creación, contra los 165 del ICTY⁹⁸² y las 93 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR por sus siglas en inglés).⁹⁸³ Y sin embargo, gozan de mayor aceptación por la población local que los dos otros tribunales. En Camboya, los mecanismos de prejuicios cognitivos operan restando relevancia a la escasa cantidad de juicios producidos o las fuertes denuncias de corrupción.⁹⁸⁴ Su trabajo es concordante con la narrativa dominante en la sociedad, la cual quiere ver juzgados a miembros del Khmer Rouge. El 84% de la población considera que las ECCC están haciendo un trabajo efectivo en el juzgamiento de los culpables durante el régimen, un 82% considera promueven la reconstrucción de

981 Ver OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2007: 5).

982 Ver International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, “Key Figures of the Cases”.

983 Ver International Criminal Tribunal for Rwanda. “Key Figures of the Cases”.

984 Ver OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2007) e INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2012).

un ambiente de confianza en Camboya y un 81% creen que beneficia al proceso de reconciliación social.⁹⁸⁵

Además de contar con un fuerte apoyo por parte de la población local, esta institución también se encargó de producir un largo trabajo en cuanto a conexión con los individuos. Por ejemplo, han establecido una frecuencia de radio que transmite un resumen de los casos que están siendo analizados por las ECCC en la actualidad, y han llevado a cabo una gran campaña para que los estudiantes de escuelas primarias y secundarias asistan a los juicios. Las ECCC cuentan con una Sección de Apoyo a las Víctimas, donde se examinan testimonios de testigos y víctimas, los cuales auxilian al establecimiento de los hechos ocurridos.⁹⁸⁶ Todo esto ha permitido que gran parte de la población tenga conocimiento sobre la labor de las Salas (75%).⁹⁸⁷ El caso de la Corte Especial para Sierra Leona (SCSL por sus siglas en inglés) es quizás una de las experiencias más positivas en el ámbito de los tribunales internacionales ad-hoc o mixtos.⁹⁸⁸ La Corte tenía jurisdicción para perseguir crímenes contra la humanidad y violaciones graves al artículo 3 común de la Convenciones de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional II de 1977. Contaba además con la potestad para condenar violaciones al derecho internacional humanitario, así como leyes específicas de Sierra Leona.⁹⁸⁹ Cumplió su mandato en el año 2013. Fue la primera corte mixta en cumplir su mandato y relegar el resto de sus funciones residuales a otro organismo, sentando un importante precedente.

De la encuesta realizada en el año 2012 por la organización “No Peace Without Justice” se desprende que gran parte del conocimiento que la población local tiene de la SCSL —92% de los encuestados sabe de su funcionamiento— es a través de los mecanismos de publicidad de la Sección para el Compromiso con la Comunidad y Asuntos Públicos, la cual se encarga de transmitir los procedimientos de la Corte a las poblaciones de Sierra Leona y Liberia.⁹⁹⁰ Las actividades realizadas por esta agencia (transmisiones en radio y televisación de los juicios, realización de asambleas en las comunas, etcétera) permitieron que gran parte de la población permanezca actualizada respecto de los juicios que se llevaron a cabo. Esta marcada presencia contribuyó a la percepción positiva que la mayoría de los habitantes tiene de la Corte. Dentro de Sierra Leona, el 91% de los encuestados cree que al Corte contribuyó a la restitución de la paz en la región.⁹⁹¹

Es menester destacar que si un grupo pertenece a zonas regionales donde hay

985 Ver PHAM et al (2011: 8).

986 Ver Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, “The Court Report”. February 2016, Issue 94, pp. 6-7.

987 Ver PHAM et al (2011: 21).

988 Ver Special Court for Sierra Leone, “Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone”, 16-02-2002.

989 Special Court for Sierra Leone (2002), “Statute of the Special Court for Sierra Leone”, artículos 3, 4 y 5.

990 Ver NO PEACE WITHOUT JUSTICE & SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE (2012: 35).

991 IBÍDEM, p. 27.

una fuerte vinculación emocional con alguna de las partes del conflicto, sus respuestas en la encuesta variarán significativamente. En el distrito de Kenema, al sur del país, las Fuerzas de Defensa Civil (CDF por sus siglas en inglés) contaban con gran apoyo de la población local, en su mayoría de la etnia Mende, la misma que la de muchos de los combatientes del CDF. El líder de estas fuerzas era Samuel Hinga Norman. Norman fue acusado por la SCSL por la comisión de crímenes contra la humanidad, violaciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II y violaciones graves al derecho internacional humanitario.⁹⁹² No es de extrañar que mientras que el 70% de los encuestados en Freetown opinó que Norman debería ser llevado a juicio, sólo el 29% en Kenema opinó de la misma forma.⁹⁹³ Esto demuestra que a pesar de los totales nacionales en las encuestas sobre el trabajo de la SCSL, debería prestarse especial atención a los grupos sociales que están emocionalmente vinculados con las partes del conflicto para evaluar la legitimidad de la Corte ante estos focos particularmente variables.

4. REFLEXIONES FINALES

Es casi imposible pensar un diseño que satisfaga a todos los actores que participan en un determinado caso en donde se desarrollaron CDG, CLH y/o CG pero quizás se puede pensar su creación a la luz de la perspectiva de cada grupo para mejorar su legitimidad y, con ello, su eficacia. Las sentencias deben estar acompañadas de esfuerzos por conectar a la sociedad con una realidad que en muchos casos es desconocida por gran parte de la población como consecuencia de años de propaganda de grupos políticos dominantes. Determinar la verdad sobre los hechos es un gran primer paso en el proceso de reconstrucción social y constituye la base para garantizar un nuevo comienzo para una sociedad frágil y vulnerable.

De este modo, las jurisdicciones penales internacionales se pueden analizar desde tres aristas: la fuente de autoridad, el proceso a través del cual son creadas y la esencia de las normas promulgadas.⁹⁹⁴

La fuente de autoridad debería ser un proceso más endógeno que exógeno, fomentando la creación de una reconstrucción social a partir de normas morales locales por sobre la imposición de valores culturales importados.⁹⁹⁵

El mecanismo de creación debería ser participativo e inclusivo, teniendo en consideración todos los actores que inciden en la reconstrucción social. La aceptación de la autoridad del tribunal aumentará en la medida en que sea aceptado no sólo por las

992 Special Court for Sierra Leone, “Prosecutor vs. Sam Hinga Norman” Formulación de cargos, Freetown. SCSL-03-08-I-002, 07-03-2003.

993 SAWYER, E. & KELSALL (2007: 36-38).

994 Cf. RAMJI-NOGALES (2010: 61).

995 ÍDEM.

víctimas del conflicto, sino también por los acusados e incluso por las elites políticas. Para ello, diferentes análisis cualitativos pueden llevarse a cabo: desde encuestas y estudios sobre el contexto histórico, social y cultural de la población hasta incluir a líderes morales en el proceso de construcción de mecanismos para la reconciliación.⁹⁹⁶ El hecho de que se le dé voz a las víctimas en el diseño contribuye en gran medida a que se produzca un efecto multiplicador de esa legitimidad internalizada: son los mismos individuos quienes difundirán el trabajo del tribunal porque será, en parte, su trabajo también. Cuantos más segmentos sociales se involucren con las sentencias del tribunal, mayor será su aceptación.

En cuanto a la norma sustantiva, cabe resaltar que los objetivos del tribunal o corte deben plantearse desde una perspectiva realista, ya que su objetivo no es dar una solución concreta al conflicto —situación imposible— sino generar las condiciones para que se comience un proceso de reconstrucción social que puede durar años.⁹⁹⁷ Promocionar metas que no son realizables solamente contribuye a que la imagen de la institución jurisdiccional se erosione rápidamente.

Además de la incidencia de los factores sociales y psicológicos, el apoyo a un tribunal está estrechamente relacionado con otros elementos. Y aquí es donde entran en juego sus esfuerzos para acercarse a la sociedad (*outreach*). La legitimidad social no es algo que las cortes deban pretender a través de una actitud pasiva —como una condición inmutable— sino que efectivamente el acercamiento del tribunal hace a la construcción de esta legitimidad, en conjunto con los factores históricos, sociales y psicológicos ya expuestos. Esta forma de analizar el apoyo social hacia una corte excede los marcos referenciales que tradicionalmente se han dado (como la composición del tribunal, su locación, la nacionalidad de sus jueces, etcétera). Esta información es la misma ante todos los grupos en conflicto y aun así ante algunos el tribunal se encuentra legitimado y para otros no.

Quizás ni siquiera sea necesario establecer un sistema de jurisdicción internacional de corte estructural occidental, sino buscar otro tipo de mecanismo que provee la justicia transicional.

Insistir en el establecimiento de tribunales y cortes —aun cuando una mejor solución puede ser perfilada a través de otros procedimientos— responde más a una necesidad de legitimidad ante la comunidad internacional que ante población que busca reconstruirse.

Si bien enfrentar las narrativas locales es un proceso gradual, un primer acercamiento a través de diversas políticas de inclusión es ineludible. Las Cortes solo serán efectivas en cuanto trabajen para la reconstrucción, no solamente para la atribución de responsabilidad.

996 Cf. RAMJI-NOGALES (2010: 64-67).

997 ÍDEM.

5. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (1993) Resolución N° 827 (S/RES/827). Disponible en <http://unictr.unmict.org/en/cases/key-figures-cases> (última vez consultado: 17-10- 2016).

EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA, “The Court Report. February 2016, Issue 94”. Disponible en <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/publications/Court%20Report%20on%20February%202016.pdf> (última vez consultado: 17-10-2016).

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, “Key Figures of the Cases”.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991, “The Tribunal. Establishment”. Disponible en <http://www.icty.org/en/about/tribunal/establishment> (última vez consultado: 17-10-2016).

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991, “Key Figures of the Cases”. Disponible en <http://www.icty.org/sid/24> (última vez consultado: 17-10- 2016).

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, “Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone”, 16-02- 2002.

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, “Decision on Appeal by the Truth and Reconciliation Commission for Sierra Leone and Chief Samuel Hinga Norman”, Case No SCSL-2003-08-PT (Norman Appeal Decision), SIERRA LEONE TRUE AND RECONCILIATION COMMISSION, “The Hinga Norman Saga”, disponible en <http://www.sierraleonetr.com/index.php/resources/the-hinga-norman-saga> (última vez consultado: 17-10-2016).

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, “Decision on Appeal by the Truth and Reconciliation Commission for Sierra Leone and Chief Samuel Hinga Norman” (Case No SCSL-2003-08-PT), 29-10-2003.

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, “Prosecutor vs. Sam Hinga Norman”, Case SCSL-03- 08-I-002, Indictment, 07-03-2003.

SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, “Statute of the Special Court for Sierra Leone”, 16- 01-2002.

Bibliografía crítica

- BAR-TAL, D., HALPERIN, E. & DE RIVERA, J. (2007) “Collective Emotions in conflict situations: Societal Implications”, en *Journal of Social Issues*, Vol. 63, N°2; Universidad de Tel- Aviv, p. 441-460.
- BELGRADE CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (2011) “Attitudes towards War Crimes, the ICTY and the National Judiciary 2011”, Belgrado.
- BELGRADE CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (2012) “*Javno mnenje u BiH*”, Belgrado.
- BELGRADE CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (2012) “*Javno mnenje u Hrvatskoj - Informisanost i stavovi prema Haskom tribunalu i za ratne zločine pred domaćim sudovima*”, Belgrado.
- BELGRADE CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (2004) “*Public opinion in Serbia. Attitudes Towards ICTY*”, Belgrado.
- CRAWFORD, C. (2000) “The Passion of World Politics: propositions on Emotion and Emotional Relationships”, en *International Security*, Vol. 24 4, pp. 116-156.
- DRUMBL, M. (2007) “*Atrocity, Punishment, and International Law*”, Cambridge.
- FISCHER, M. (2011) “Transitional Justice and Reconciliation: Theory and Practice”, en AUSTIN, B., M. FISCHER, M., GIESSMANN, H. J. (eds.) *Advancing Conflict Transformation. The Berghof Handbook II.*, pp. 405-430.
- FORD, S. (2012) “A Social Psychology Model of the Perceived Legitimacy of International Criminal Courts: Implications for the Success of Transitional Justice Mechanisms”, en *Vanderbilt Journal of Transitional Law*, Vol. 45, pp. 405-476.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2012) “*The ECCC – A Failure of Credibility*”, disponible en <http://www.jurist.org/paperchase/Cambodia-1.pdf> (última vez consultado: 17-10- 2016).
- MEIJERS, T. (2010) “*Legitimacy, International Courts and Citizenship*”, University of Amsterdam.
- NO PEACE WITHOUT JUSTICE & SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE, (2012) “*Impact and Legacy Survey for the Special Court for Sierra Leone*”, Sierra Leone Institute for International Law.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2007), “*Progress and Challenges at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*”, New York: Open Society Institute.
- ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE & BELGRADE CENTRE FOR HUMAN RIGHTS (2011) “*Attitudes towards war crimes issues, ICTY and the national judiciary*”, Disponible en <http://www.osce.org/serbia/90422> (última vez consultado: 17- 10-2016).
- PAEZ, D., BASABE, N. & GONZALEZ, J. L. (1997). “Social processes and collective

memory: A cross-cultural approach to remembering political events” en PENNEBAKER, J. W., PAEZ, D. & RIML, B. (Eds.), *Collective memory of political events: Social psychological perspectives*, New Jersey, pp. 147–174.

- PHAM, P., VINCK, P., BALTHAZARD, M. & HEAN, S. (2011) “*After the First Trial: A Population-Based Survey on Knowledge and Perceptions of Justice and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*”, Human Rights Center, University of California.
- RAMJI-NOGALES J. (2010) “Designing bespoke transitional Justice: a pluralist process approach” en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32 1, pp. 1-72.
- SASLEY, B. (2011) “Theorizing States’ Emotions”, en *International Studies Review*, University of Texas at Arlington, Vol. 13, pp. 455-476.
- SAWYER, E. & KELSALL, T. (2007) “Truth vs. Justice? Popular Views on the Truth and Reconciliation Commission and the Special Court for Sierra Leone” en *Online Journal of Peace and Conflict Resolution*, Vol. 7.1, pp. 36-68.

La Corte Penal Internacional en el plano político

DOLORES NEIRA

Universidad de Buenos Aires

ANA PECORARO

Universidad de Buenos Aires

La Corte Penal Internacional (en adelante ‘Corte’ o ‘CPI’), establecida a través del Estatuto de Roma (ER o Estatuto) en 1998, que entró en vigor en el año 2002, fue creada con el fin de prevenir la impunidad por la comisión de los crímenes más graves para la humanidad.⁹⁹⁸ Es así que, con la posibilidad –novedosa para el derecho internacional– de juzgar a personas ante un tribunal internacional permanente creado a través de un tratado, se diseñó un sistema basado en la complementariedad, por el cual la Corte no reemplaza a la justicia local sino que debe actuar en forma complementaria, cuando ésta no pueda o no quiera actuar.⁹⁹⁹

Asimismo, y a diferencia de los tribunales penales internacionales previos como Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia o el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, la CPI es permanente, lo que genera estabilidad y una idea de imparcialidad e independencia que los organismos anteriores carecían. Ya no se trata de un tribunal creado por los vencedores de una guerra, o por el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (‘ONU’), sino que es instaurado por los mismos Estados sujetándose así a la jurisdicción de la Corte.

Por su parte, el preámbulo del Estatuto prevé una relación entre la importancia de buscar justicia y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Es por ello que, la creación de la CPI fue celebrada por muchos Estados, quienes la vieron como una oportunidad para poner un fin a la impunidad por crímenes internacionales, sobre todo respecto de aquéllas personas que bajo el derecho internacional consuetudinario gozan de inmunidad.

Sin perjuicio de ello, desde su entrada en vigencia a la actualidad, su existencia ha generado tensiones tanto en las relaciones interestatales como en el orden interno de los Estados. A pesar de ser un órgano jurídico cuya creación fue celebrada por la mayoría de los Estados, no puede actuar en forma aislada y se encuentra de alguna forma sujeta a la política internacional (considerando, sobre todo, que no posee un

998 Estatuto de Roma, Preámbulo.

999 CRYER (2010: 153).

poder ejecutivo propio y requiere de la cooperación de los Estados).¹⁰⁰⁰ En este sentido, la actuación de la CPI se ha visto en algunas ocasiones limitada ya sea por el sistema de complementariedad, por la falta de cooperación de los Estados y por la relación que establece el Estatuto con el Consejo de Seguridad a través de los arts. 13 y 16.

En nuestro análisis nos centramos en primer lugar, en cómo las relaciones políticas internacionales, específicamente a la luz de la relación entre la CPI y el Consejo de Seguridad prevista por el Estatuto de Roma han afectado el funcionamiento de la Corte. En segundo lugar, analizaremos el impacto positivo que ha tenido la Corte en el orden interno de los Estados, a través del principio de complementariedad y específicamente a la luz del caso colombiano.

En estos quince años de ejercicio, su actuación ha sido criticada especialmente por los Estados africanos, quienes consideran que la Oficina de la Fiscalía ha actuado en forma parcializada en su contra, generando el retiro de algunos de ellos.¹⁰⁰¹

Al respecto, cabe recordar el mecanismo que prevé el art. 13 inciso e del Estatuto de Roma permite al Consejo de Seguridad remitir situaciones a la Corte, cuando éste entienda que existe una amenaza o quebrantamiento a la paz y/o a la seguridad internacionales, bajo la atribución del Consejo de recurrir al uso de la fuerza en virtud del capítulo VII de la Carta de la ONU.

En tal sentido, y teniendo en cuenta que uno de los motivos por los cual se creó una Corte permanente es evitar futuras creaciones de tribunales *ad hoc* (con todas las críticas, costos y demoras que estos enfrentaron), resultaba necesario a tal fin que el Consejo de Seguridad intervenga bajo el Capítulo VII, para posibilitar que individuos de Estados (por territorio o por nacionalidad) que no hayan ratificado el estatuto puedan ser sometidos a la investigación de ésta ante situaciones de graves crímenes que constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales.¹⁰⁰²

Si bien el Consejo de Seguridad sólo puede referir y frenar situaciones que luego pueden ser tomadas por la Oficina de la Fiscalía o no,¹⁰⁰³ la realidad es que ello de por sí implica que la CPI, en principio, no puede investigar situaciones de Estados que no son parte del Estatuto y que son o tienen como aliados, a los miembros permanentes del Consejo (por ejemplo, Israel y sus actividades en la Franja de Gaza, o Chechenia). El problema con este poder que retuvo el Consejo de Seguridad se encuentra relacionado con el carácter eminentemente político y poco representativo de la comunidad internacional que posee dicho órgano, con la mera presencia de quince Estados, de los cuales cinco tienen el poder de veto.¹⁰⁰⁴ A su vez, cabe destacar que tres de los cinco miembros permanentes no han ratificado el Estatuto de Roma.¹⁰⁰⁵

1000 SCHABAS (2011: 313).

1001 ABDUL TEJAN-COLE (2013).

1002 CRYER (2010: 163).

1003 Estatuto de Roma, arts. 13 y 16; Akande (2012).

1004 ARBOUR (2011).

1005 China, Estados Unidos y Rusia no ratificaron.

Reiteramos, si bien entendemos necesaria la existencia de este poder de derivación toda vez que activa la jurisdicción sobre atrocidades que, de lo contrario, la CPI no podría intervenir, por lo que permanecerían impunes aquellas personas que presuntamente cometieron crímenes internacionales.¹⁰⁰⁶ A su vez, si bien la posibilidad de determinar si la situación referida debe proceder o no (art. 53 del E.R.) permanece en poder de la Fiscal, la realidad es que una derivación del Consejo difícilmente será desoída por parte de la Fiscalía.

Esto se agrava aún más cuando se tiene en cuenta que el Consejo también podrá remitir situaciones relacionadas con el crimen de agresión, con la implicancia política que ello podrá tener, considerando que se trata de un crimen directamente vinculado a las decisiones políticas y militares de un Estado.

Las primeras intervenciones del Consejo de Seguridad con respecto a la CPI y específicamente bajo el art. 16 del Estatuto de Roma son severamente cuestionadas en tanto responden en forma clara a la voluntad política de los Estados Unidos (en ese momento bajo el gobierno del Presidente Bush).¹⁰⁰⁷

En tal sentido, la Resolución 1422 del Consejo otorga inmunidad ante la CPI al personal de Estados no parte involucrados en las misiones establecidas o autorizadas por la ONU por un período renovable de doce meses.¹⁰⁰⁸ Esta resolución fue renovada al siguiente año. Una de las críticas principales de estas resoluciones es que serían contrarias a la Carta de las Naciones Unidas y no resultarían efectivas bajo el Estatuto de Roma.¹⁰⁰⁹ Ello, considerando que no refieren a una situación específica de la Corte y no responden a una situación de amenaza o quebrantamiento a la paz y a la seguridad internacional (que habilitaría al Consejo a actuar). Sin embargo, existieron y tuvieron como objetivo principal aislar a los nacionales de uno de los miembros permanentes del Consejo de la jurisdicción de la Corte.

Hubo otras resoluciones posteriores con el mismo fin —Resolución 1497 del año 2003— en la cual se dispuso que el personal de un Estado no parte del Estatuto estará sujeto a la jurisdicción de dicho Estado solamente por actos cometidos en Liberia en representación de la ONU, resolución que fue posteriormente citada en la remisión sobre Darfur y en Libia.

Se ha dicho que estas resoluciones interfieren con los objetivos propuestos por el Estatuto de Roma y con lo previsto por las Convenciones de Ginebra (que requieren que todos los Estados ejerzan su jurisdicción sobre graves violaciones al DIH y en éste caso están limitando no solo la jurisdicción de la Corte, sino de los Estados).¹⁰¹⁰ Ahora, lo expuesto refleja claros ejemplos de cómo el Consejo puede interferir con el funcionamiento de la CPI —ya que está limitando el ejercicio de jurisdicción previsto en el E. de R—, con el incentivo de uno de los miembros

1006 AKANDE (2012).

1007 AINLEY (2011:322).

1008 ONU (2002).

1009 CRYER(2006:217).

1010 KERSTEN, (2015:461).

permanentes, resulta no sólo contrario a los fines de la CPI y la voluntad expresada por la comunidad internacional sino que además limita la credibilidad e independencia de la Corte.

Por otro lado, la influencia negativa sobre la independencia de la CPI también puede reflejarse en la remisión sobre la situación en Sudán. El 31 de marzo de 2005, el Consejo de Seguridad de la ONU votó (11 países a favor y 4 abstenciones) remitir la situación en Darfur, Sudán, a la Fiscalía de la CPI.¹⁰¹¹ Esta votación marcó la primera vez que el Consejo utilizó su poder para referir una situación a la CPI, brindándole jurisdicción sobre un Estado no parte e instando a todos los demás países a cooperar con la CPI. En dicha senda, la CPI emitió dos órdenes de arresto, en 2009 y 2010.¹⁰¹²

En tanto Al-Bashir es el actual Presidente de Sudán, por lo que ante la inmunidad que poseen los Jefes de Estado en el derecho internacional no puede ser juzgado. Cabe recordar que la Corte Internacional de Justicia entendió que la mera circulación de una orden de arresto hacia un Jefe de Estado resulta contraria a las normas de derecho internacional en materia de inmunidades.¹⁰¹³ La cuestión entonces se origina por la orden de arresto emitida, en el marco de una situación derivada por el Consejo de Seguridad de conformidad con el art. 15 del Estatuto de Roma, por la cual se persigue a un individuo de un Estado que no es parte del Estatuto, y que para avanzar se requiere la cooperación de los Estados parte, y a su vez, el incumplimiento por parte de éstos de una norma de derecho internacional. Si bien los Estados parte del Estatuto renunciaron a la inmunidad de los Jefes de Estado, en virtud de lo previsto en el art. 27, ese no es el caso de Sudán, que no es parte, por lo que no se le aplica dicho principio.

Si bien los detalles del caso de Al-Bashir exceden el alcance de esta presentación, el caso ha generado una limitación a la independencia de la CPI, dejando en evidencia la falta de operatividad de la Corte así como también la falta de cooperación de los Estados parte.¹⁰¹⁴

Por un lado, aunque la Corte emitió la orden de arresto, lo hizo en base a la investigación remitida por el Consejo, generando el engranaje político mencionado y que, a pesar de varias resoluciones por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte intimando a los Estados parte a dar cumplimiento con el deber de cooperación,¹⁰¹⁵ Al-Bashir permanece libre.

Así, entendemos que la política internacional —a través de la actuación u

1011 Consejo de Seguridad, Resolución 1593 (2005).

1012 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares “Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-1; “Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 12 July 2010, ICC-02/05-01/09-95.

1013 Corte Internacional de Justicia, “Caso de la Orden de Arresto”, (República Democrática del Congo vs. Bélgica). Sentencia del 11 de abril del 2000, I.C.J. Reports 2002.

1014 GAETA (2009:317).

1015 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares ‘The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir’, Resoluciones ICC-02/05-01/09-139 del 15 de diciembre de 2011; ICC-02/05-01/09-242 de fecha 13 de junio de 2015; ICC-02/05-01/09-302 del 6 de julio de 2017.

omisión del Consejo de Seguridad— no sólo ha delimitado el funcionamiento de la Corte al derivar la situación en Sudan con un conflicto armado en curso, sino que además ha dejado en manos de la CPI la ejecución de dicha resolución (con las dificultades inherentes a sus limitaciones que posee). Desde la remisión de la situación —y ante la falta de ejecutoriedad que posee la CPI— el Consejo de Seguridad no se ha expedido al respecto. Incluso, uno de los miembros permanentes recibió a Al-Bashir en su territorio en junio del 2011, enviando así una clara señal de que no ejecutará la resolución ni intimará a otros Estados a hacerlo.¹⁰¹⁶

La CPI también fue teñida por las relaciones políticas en el caso de la remisión sobre la situación en Libia. Como hemos dicho, en esta oportunidad también se excluyó a nacionales de Estados no parte del Estatuto de Roma de la jurisdicción de la CPI, lo que pareciera una precondition para la remisión de la situación.¹⁰¹⁷ A su vez, la resolución del Consejo estableció un límite temporal (desde el 15 de febrero de 2011) sin explicación alguna, y que se ha dicho que responde al fin de evitar que las relaciones y conexiones entre Estados occidentales y Libia fueran investigadas por la Corte.¹⁰¹⁸

Finalmente, una tercera cuestión ha afectado el funcionamiento de la CPI para sus fines específicos. Dicha cuestión refiere a la omisión del Consejo de Seguridad de referir determinadas situaciones como Siria, Israel o Chechenia, a pesar de la presión ejercida por organismos de derechos humanos.¹⁰¹⁹ Todas estas situaciones, por poseer a alguno de los miembros permanentes como aliados, fueron vetadas para su derivación a la CPI. Sin perjuicio de que, en principio, el poder de la Fiscalía haya sido despegado de la voluntad de otro órgano,¹⁰²⁰ lo que supone que no se sujeta a la voluntad de poder político externo alguno, después de quince años de entrada en vigor, la actividad de la CPI se encuentra sujeta acríticas.

Ello, especialmente por parte de los Estados africanos, quienes entienden que la actividad de la Corte ha reflejado una parcialidad en su contra y un instrumento para avanzar así con la “agenda imperialista”.¹⁰²¹ Al respecto, la Unión Africana emitió una resolución en la que llamó a los Estados parte a denunciar el Estatuto de Roma, y a no dar cumplimiento a la orden de arresto emitida en contra de Al Bashir.¹⁰²² Cabe recordar que no sólo las únicas dos condenas que registra la CPI son hacia

1016

<https://www.theguardian.com/world/2011/jun/16/china-welcomes-sudanese-president-omar-al-bashir>, último acceso: 9/7/2018.

1017 ONU, Consejo de Seguridad, Res. 1970 (2011).

1018 KERSTEN (2015).

1019 Amnistía Internacional y Human Rights Watch han requerido al Consejo de Seguridad la remisión de la situación de Siria a la Corte Penal Internacional.

1020 AINLEY (2011: 318).

1021 <http://www.dw.com/es/uni%C3%B3n-africana-pide-inmunidad-para-presidentes-ante-cpi/a-17154384>

1022 Asamblea General de la Unión Africana; Resolución Dec. 622 (XXVIII), Doc. EX.CL/1006(XXX).

dos africanos (Katanga y Lubanga de la República Democrática del Congo) sino además, cinco de las situaciones bajo investigación son en países africanos. Por otro lado, las únicas dos derivaciones por parte del Consejo de Seguridad (Libia y Sudan) se tratan de países africanos. Sin embargo, también debetenerse presente que tres situaciones fueron derivadas por los mismos países que la actual Fiscal es africana, que hay investigaciones sobre situaciones por fuera de África y que las resoluciones del Consejo de Seguridad contaron con votos positivos de países africanos.

En virtud de lo expuesto, entendemos que, indudablemente, y considerando que la CPI actúa en un terreno político, las relaciones internacionales han influenciado las decisiones que toma la Fiscalía y la Corte (Sala de Cuestiones Preliminares) generado una percepción negativa de la Corte como un órgano que responde a la política internacional imperante, y a la voluntad del Consejo de Seguridad y/o de sus miembros permanentes, afectando así su rol principal de finalizar la impunidad por los crímenes más graves.

Si bien las cuestiones desarrolladas parecen una crítica al Consejo de Seguridad, y de hecho lo son, el poder que le fue dado a dicho órgano mediante el E.R. con el objetivo de prevenir la impunidad ante Estados que no son parte del mismo, debe ser utilizado con cautela y con criterios objetivos y procesos creíbles previo a referir una situación, ya que, de lo contrario, la membresía y el futuro de la CPI podrán verse afectados.

Por otro lado, la CPI también tiene el poder de afectar el orden interno de los Estados. A diferencia de otros tribunales internacionales, el éxito de la Corte en el ámbito de la justicia penal internacional puede medirse de manera proporcionalmente inversa a la cantidad de casos bajo análisis. Esta idea se desprende del carácter complementario del organismo que delimita los casos sobre los que la CPI puede actuar. En este sentido, el art. 1 del Estatuto de Roma establece expresamente que la Corte “*tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales*”.¹⁰²³ En la práctica, esto se traduce de la siguiente manera: para que la Corte pueda ejercer su jurisdicción sobre una situación, es condición necesaria que el caso no se encuentre bajo la órbita de los tribunales domésticos.

De ello se deriva que los primeros y principales encargados de llevar ante la justicia a los responsables por crímenes internacionales son los Estados signatarios del Estatuto de Roma. Efectivamente, en el preámbulo del Tratado se manifiesta expresamente que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”, de manera que, al ratificar el Estatuto, los Estados se comprometen a perseguir penalmente a los perpetradores de esta clase de crímenes. Por ese motivo, cuando la Fiscalía recibe información sobre una situación y entiende que hay fundamentos suficientes que ameriten abrir una investigación, tiene el deber de notificar a todos los Estados parte del Estatuto, dándoles la opción a que ejerzan su jurisdicción.¹⁰²⁴

1023 Estatuto de Roma, art. 1.

1024 Estatuto de Roma, art. 18.

El principio de complementariedad determina la admisibilidad de un caso en el sistema de la CPI en el art. 17 del Estatuto. De esta manera, establece los requisitos para que la Corte pueda conocer sobre una situación. La Corte, entonces, se verá imposibilitada de proceder sobre un asunto que sea objeto de investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre el caso, o cuando haya sido investigado por un Estado, pero aquel haya decidido no instar la acción. Sin embargo, el artículo cuenta con una válvula que permite admitir casos que se encuentren involucrados en un proceso de manera puramente formal, o cuando aquel no sea debidamente ejecutado.¹⁰²⁵ De este modo, el caso será admisible cuando los Estados no tengan la voluntad de iniciar la investigación correspondiente o se ven impedidos de hacerlo por algún motivo (*genuinely unwilling or unable*).¹⁰²⁶

Hasta aquí podemos decir que la competencia de la Corte se encuentra reservada para aquellas situaciones en las que no se encuentre actuando, o no haya actuado ya, algún Estado. Intentaremos explicar de qué manera esto tiene incidencia en el plano político de los Estados parte y diplomático internacional, funcionando como incentivo para que los Estados parte inicien sus propias investigaciones.

En primera instancia, señalamos que, avocarse la investigación de una situación en su territorio o que refiere a actos cometidos por uno de sus nacionales, puede tener varias ventajas para los Estados. Para empezar, el poder judicial o ministerio público, según corresponda, se reserva la potestad de ajustar las acusaciones de acuerdo a la política criminal que considere adecuada, contra las personas que identifique como responsables. Podría decirse que el solo hecho de decidir investigar a los perpetradores de delitos como genocidio o crímenes de guerra, constituye una declaración o una toma de postura del Estado respecto de la situación que se investiga. Esta oportunidad puede ser aprovechada como una oportunidad para proclamar la idea de democracia, demostrar un gobierno consolidado ante la comunidad internacional, dejar atrás una etapa de conflicto, para contribuir a la concordia entre grupos enemistados, reparar de alguna manera a las víctimas o para simplemente reestablecer el poder de mando. Independientemente de la finalidad del proceso, un Estado puede convertirlo en una herramienta política. Como contraposición, decidir no investigar también envía un mensaje y tiene implicancias para el Estado.

En cuanto a la posibilidad de determinar quiénes serán juzgados, esto también puede ser parte de la campaña. ¿Se enjuiciará a las cabezas responsables de orquestar el conflicto? ¿Se perseguirá a los perpetradores y colaboradores de cada delito? ¿Qué ocurrirá con aquellos que financiaron los crímenes? Estas decisiones suelen determinar el fin y la estructura de la investigación y, además, tienen cierto impacto en la percepción del proceso.

Una gran ventaja de los procesos en los tribunales domésticos, es que los sistemas de justicia nacionales cuentan con recursos más operativos a los fines de investigar y enjuiciar ya que tienen mayor disponibilidad de las pruebas.

1025 SCHABAS (2017:175).

1026 BURKE-WHITE (2002).

Las investigaciones resultan menos costosas, más rápidas y probablemente más eficientes. Las personas involucradas se encuentran familiarizadas con los hechos, los antecedentes y los elementos facilitando la obtención de pruebas y posibilidad de contactar atestigios.¹⁰²⁷

Si, en cambio, los tribunales domésticos no llevan a cabo un proceso por su cuenta, la Fiscalía de la CPI se encuentra habilitada para ejercer su jurisdicción. De este modo, iniciará una investigación independiente e imparcial sobre una situación, adoptará un enfoque integral de los hechos, ampliando o recortando su ámbito de actuación según estime necesario. La autonomía del sistema funciona como garantía de objetividad. Por eso, la intromisión de la CPI significa que una institución completamente ajena al contexto llevará a cabo un análisis macro sobre el caso. Sin embargo, la influencia de la CPI puede servir para impulsar las jurisdicciones internas de los Estados.

A modo de ilustración, tomemos el caso de Colombia, que se encuentra bajo investigación preliminar desde, al menos, el año 2006.¹⁰²⁸ De esta forma, la situación de Colombia se encuentra siendo analizada por la Fiscalía de la Corte hacia al menos 11 años. Sin embargo, el caso no ha superado la etapa de admisibilidad toda vez que el Estado ha iniciado procedimientos de investigación y enjuiciamiento en el marco de la Justicia Especial para la Paz.

Colombia se encuentra bajo la mira de la CPI por los hechos cometidos en el contexto de enfrentamientos entre las fuerzas armadas oficiales y las guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ENL). Las investigaciones, sin embargo, no se ciñen únicamente a los participantes en los hechos de violencia concretos. Se extienden, además, a comandantes de alto rango de ambos grupos y a políticos y funcionarios del gobierno vinculados con grupos paramilitares.¹⁰²⁹ Las disidencias políticas y los enfrentamientos entre fuerzas armadas y guerrillas datan de hace aproximadamente 50 años.

No es un dato menor que el Estado colombiano se encontrara inmerso en un contexto de enfrentamientos armados desde hace más de medio siglo. La división política y social ha marcado la historia de Colombia y a toda su población. Ahora bien, en atención a la naturaleza de los crímenes internacionales, los casos que se encuentran bajo la competencia de la CPI nunca podrían referirse a actos aislados, debido a que involucran varios hechos en un marco de conflictos generalizados constituyen situaciones complejas. Sin embargo, la extensión temporal del conflicto en Colombia tiene una consecuencia particular: el Estado busca hacerse cargo de las investigaciones y juicios de los delitos cometidos. Más allá de las ventajas que

1027 CRYER (2010:153).

1028 Colombia ratificó el Estatuto de la CPI en 2002, declarando expresamente que no aceptaría la jurisdicción de la Corte sobre crímenes de guerra por un período de siete años. En base a esa reserva, la CPI solo puede ejercer su jurisdicción sobre ese tipo de delitos cometidos a partir del 1 de noviembre de 2009.

1029 Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, “Reporte intermedio sobre la situación en Colombia”, noviembre de 2012, pág. 57.

ya describimos, Colombia lleva a cabo este proceso como parte de un objetivo aún mayor. No se trata solamente de presentar ante la justicia a los responsables de los delitos o de los enfrentamientos armados -sin intención de restarle importancia. En este caso, el objetivo último es alcanzar la paz y seguridad de un país y superar una etapa de conflicto en la sociedad.

Es una idea bien arraigada que la ausencia de una declaración de responsabilidad ante violaciones de derechos humanos acarrea un clima de impunidad, lo que puede derivar en la comisión de nuevos crímenes.¹⁰³⁰ También podemos afirmar que la comisión de hechos violatorios de los derechos humanos constituyen una amenaza para la paz. Recordemos que uno de los fines del Estatuto de Roma es asegurar la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Entonces, teniendo en vista el caso de Colombia, ¿quién se encontraría en una mejor posición para lograr la paz, la CPI o el Estado? La respuesta a este interrogante podría variar si nos referimos a la paz en el plano local o en el contexto internacional, que tampoco son completamente independientes la una de la otra. A fin de cuentas, la pregunta que debemos considerar varía de la siguiente forma: una condena dictada por un tribunal penal internacional e impuesta a un comandante de alto rango, ya sea de la guerrilla o del ejército nacional, ¿tiene la capacidad de afianzar la paz?

El principio de complementariedad otorga a los Estados parte la posibilidad afianzar la paz a nivel local, como considere más adecuado, siempre y cuando las investigaciones y enjuiciamientos sean genuinos. Es decir, cuando no sean concebidas como parte de un plan para garantizar la impunidad de los involucrados, como una mera herramienta para evitar la intromisión de la CPI o ahorrarse el escándalo político ante la comunidad internacional. Tampoco debe interpretarse como una negación o minimización de los hechos, ni como un permiso para olvidar y enterrar lo sucedido.

Aun así, no todo resulta tan evidente. La sentencia condenatoria de un funcionario del gobierno responsable por los actos de sus tropas emitida por un tribunal penal internacional podría servir como sentencia ejemplar en este contexto, y así un Estado podría iniciar acciones contra otros involucrados por hechos similares en el contexto de ese mismo conflicto. No debe pasarse por alto que la CPI cuenta con recursos escasos, tanto humanos como económicos, que implican necesariamente la imposibilidad de juzgar a todos los responsables, por lo que se enfoca en los casos más graves y representativos.

Los Acuerdos de Paz entre Colombia y las FARC suscitan una cuestión adicional: la discusión que enfrenta los conceptos de justicia v. paz. Los procedimientos domésticos prevén beneficios a modo de estímulo para aquellos imputados que se comprometan a decir la verdad y asuman la responsabilidad por sus actos.¹⁰³¹ Una posible crítica podría referir que estos beneficios configuran una suerte de impunidad o relajamiento por parte del Estado colombiano en su deber de perseguir a los responsables. Podemos ir más allá y discutir qué implicaría que en un caso hipotético

1030 SIKKINK (2013:175).

1031 <https://www.noticiasrcn.com/nacional-dialogos-paz/asi-jurisdccion-especial-paz-el-marco-del-acuerdo-victimtas>

un Estado dictara amnistías o indultos para algunos acusados bajo el pretexto de aquellos se han comprometido a contribuir en la búsqueda de la verdad. Podría decirse que el deber de impartir justicia y el fin de alcanzar la paz se contraponen, atravesados por las obligaciones de los Estados, sus compromisos internacionales y la potestad de la Fiscalía de arrogarse la investigación de una situación en caso que la justicia nacional no esté actuando seriamente.

El hecho que el Estado se encuentre realizando los juicios pertinentes no significa que la CPI se desentienda del asunto.¹⁰³² Todo lo contrario, cuando los Estados ejercen su jurisdicción en virtud del art. 18, la Corte pasará a cumplir una función de control sobre las acciones y decisiones que aquel adopte en relación con el caso.¹⁰³³ Si bien la Oficina de la Fiscalía se mantiene al margen de las acusaciones, evalúa los procedimientos domésticos,¹⁰³⁴ pudiendo cerrar la investigación preliminar en la CPI o retomar activamente el curso de la investigación en caso de considerarlos deficientes. Efectivamente, en la Fiscal se ha reunido con funcionarios colombianos para cruzar información sobre potenciales casos y discutir ciertos puntos de las actividades judiciales.

Para concluir, el caso de Colombia demuestra el impacto positivo del principio de complementariedad sobre la justicia local,¹⁰³⁵ al brindarle la oportunidad al Estado de desarrollar una Jurisdicción Especial para la Paz que importa no solo la persecución penal de los responsables, sino también el afianzamiento de la paz nacional.

La situación de Venezuela configura otro caso paradigmático en el plano político internacional. Previo a desarrollar nuestro argumento, resulta necesario destacar que no es la primera oportunidad que Venezuela se encuentra bajo la mirada de la comunidad internacional. En febrero de 2006, ante doce comunicaciones solicitando la intervención de la Corte por los crímenes que se habían cometido, o se estaban cometiendo en ese entonces, la Fiscalía de la CPI publicó una carta en la que informaba su decisión de no iniciar investigaciones al respecto.¹⁰³⁶ Sin embargo, el Fiscal no descartó la eventual reapertura de la investigación ante nuevas denuncias y material probatorio.

En los últimos años, el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) expresó su preocupación en numerosas ocasiones ante la ruptura

1032 BURKE-WHITE (2008:89).

1033 MEGRET (2005:17).

1034 SCHABAS (2017:181).

1035 CRYER (2010:154).

1036 Como fundamento de esa decisión el Fiscal explicó que la información disponible en ese entonces era escasa, inconclusa y que las demandas contenían datos contradictorios tanto de fechas, víctimas e incluso respecto de los hechos. Las investigaciones conducidas por la Fiscalía no arrojaron pruebas concretas que pudieran servir como base razonable para creer que se habían cometido los actos alegados. Carta de la Oficina de la Fiscalía de la CPI en respuesta a las comunicaciones cursadas en relación a Venezuela, 9 de febrero de 2006 https://www.icc-cpi.int/venezuela/Documents/OTP_letter_to_senders_re_Venezuela_9_February_2006.pdf

del orden democrático¹⁰³⁷ y las manifestaciones que tuvieron lugar¹⁰³⁸ en la República Bolivariana de Venezuela. En 2017, con la colaboración del primer fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, la OEA condujo un proceso público para recabar información respecto de la posible comisión de delitos de lesa humanidad. En virtud de ello, encomendó a un panel de expertos que evalúe el material que surgió en el marco de las investigaciones, con el fin de determinar si se han cometido crímenes de competencia de la CPI en ese país. La idea de la publicidad y de la remisión del reporte era que todos los países americanos tengan conocimiento fehaciente de la situación de los derechos humanos en Venezuela, para que eventualmente, cada Estado pudiera optar por remitir el caso a la CPI.

En su trabajo, presentado el 29 de mayo de 2018,¹⁰³⁹ los expertos concluyeron que había fundamento suficiente para creer que se habían cometido delitos de lesa humanidad en Venezuela. En consecuencia, fue remitido junto con la documentación recabada a la Fiscalía de la CPI por la propia OEA.

El sistema regional, entonces, adoptó un rol activo y protagónico en esta situación, asumiendo los costos de las investigaciones, pero sobre todo al poner en conocimiento de los demás Estados parte del Estatuto de Roma un reporte acabado y concluyente con prueba de soporte sobre los hechos ocurrido. Si bien la Fiscalía ha anunciado la apertura de una investigación preliminar sobre la situación en Venezuela,¹⁰⁴⁰ en este caso en particular, el trabajo de la OEA sin duda ha llamado la atención sobre el caso, poniendo en movimiento el sistema de la CPI.

Por otro lado, si la Fiscalía no hubiera iniciado un análisis por su cuenta, los Estados miembros de la OEA, que su vez fueran signatarios del Estatuto de Roma, podrían haberse visto ante un dilema diplomático. Al tomar conocimiento de la información recabada y de las conclusiones producidas por el panel de expertos, tendrían la posibilidad de remitir la documentación a la Fiscalía de la CPI para solicitar que se abra una investigación. De esta manera, estarían tomando una decisión política ante cualquier opción que elijan, tanto si solicitan que la Fiscalía abra una investigación, como si guardan silencio y optan por no hacer uso de esa facultad.

Vemos entonces como un sistema regional se entromete en el plano de la justicia penal internacional, y se evidencia como la CPI puede verse afectada por las decisiones y relaciones diplomáticas entre los Estados.

1037 Comunicado de prensa de la OEA, 31 de mayo de 2016 http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-068/16

1038 El Secretario General condenó la represión y criminalización del derecho de protesta en las manifestaciones ocurridas en agosto de 2016 y expresó su preocupación ante el deterioro institucional registrado en el país. Así, llamó al Estado venezolano a garantizar los derechos constitucionales a los ciudadanos. Comunicado de prensa de la OEA, 30 de agosto de 2016, http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-090/16

1039 Informe de la Secretaría General de la OEA y del panel de expertos internacionales independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela (2018).

1040 Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, sobre la apertura de investigaciones preliminares sobre las situaciones en Filipinas y Venezuela, 8 de febrero de 2018.

1. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este artículo hemos desarrollado algunos aspectos de la Corte Penal Internacional en relación con los distintos actores en el plano internacional. Si bien se requiere independiente e imparcial, describimos como su funcionamiento se ve delimitado por la actuación del Consejo de Seguridad, las alianzas políticas entre distintos países o los sistemas regionales. También nos hemos referido a la necesidad de contar con cooperación de los Estado debido a falta de operatividad para ejecutar sus decisiones. Por otro lado, revelamos como la CPI puede afectar de manera positiva las decisiones de los Estados parte, entre una función de control y estímulo para la apertura de investigaciones y enjuiciamientos a nivel doméstico en el marco de acuerdos de paz en Colombia.

Debido a la complejidad del sistema establecido por el Estatuto de Roma y a la naturaleza propia de la justicia penal internacional, la CPI no podría funcionar como un tribunal penal raso. Desde este enfoque práctico, entendemos que el carácter permanente de la Corte implica necesariamente que cumpla un rol en la política y relaciones diplomáticas en el plano internacional.

2. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes principales

ASAMBLEA GENERAL DE LA UNIÓN AFRICANA, Resolución Dec.622 (XXVIII), Doc. EX.CL/1006(XXX).

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso de la Orden de Arresto”, (República Democrática del Congo vs. Bélgica). Sentencia del 11 de abril del 2000, I.C.J. Reports 2002.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares ‘*The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*’, Resoluciones ICC-02/05-01/09-139 del 15 de diciembre de 2011; ICC-02/05- 01/09-242 de fecha 13 de junio de 2015; ICC-02/05- 01/09-302 del 6 de julio de 2017.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares “Orden de Arresto respecto de Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-1; “Segunda Orden de Arresto de Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 12 julio de 2010, ICC- 02/05-01/09-95.

Estatuto de Roma.

OFICINA DE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Reporte intermediosobre la situación en Colombia”, noviembre de 2012, pág. 57.

- ONU (2002) Consejo de Seguridad, Res. 1422.
- ONU (2003) Consejo de Seguridad, Res. 1497.
- ONU (2005) Consejo de Seguridad, Res. 1593.
- ONU (2011) Consejo de Seguridad, Res. 1970.

BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA

- AINLEY, K. (2011) “The International Criminal Court On Trial”, en *Cambridge Review of International Affairs* 24.3 págs.309-333.
- AKANDE, D. (2012), “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, Issue 2.
- ARBOURL. (2011) “The Rise and Fall of International Human Rights”, en *Sir Joseph Hotung International Human Rights Lecture*, disponible en <https://www.crisisgroup.org/global/rise-and-fall-international-human-rights>
- BURKE-WHITE, W. (2002), “A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement”, en *Faculty Scholarship*. Paper 1288, págs. 9.-10 disponible en http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1288
- BURKE-WHITE, W. (2008), “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice”, en *Harvard International Law Journal* Vol. 49 (1), 53-108.
- CRYER R. (2006) “Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice”, en *Leiden Journal of International Law*, 195.
- CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. & WILMSHURST, E. (2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge.
- GAETA P. (2009) “Does President Al-Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, en *Journal of International Criminal Justice* 7, 317.
- KERSTEN, M. (2015), ‘Between Justice and Politics: The International Criminal Court’s Intervention in Libya’ IN STAHN C., DE VOS. C and KENDALL S. (eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of In-ternational Criminal Court Interventions*, (Cambridge: University Press),456-478.
- MEGRET, F. (2005) “Why Would States Want to Join the ICC? A Theoretical Exploration Based on the Legal Nature of Complementarity”, en *Complementary views on complementarity*, Jann Kleffner, Gerben Kor, eds., T.M.C. Asser Press disponible en SSRN:<https://ssrn.com/abstract=1308612>
- SCHABAS W. & BERNAZ, N. (2011), *Routledge Handbook of International Criminal Law*,

Nueva York.

SCHABAS, W. (2017 [2001]), *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge.

SIKKINK, K. (2013) *La cascada de la Justicia*, Buenos Aires.

Plan o Política de Estado vs. Patrón Manifiesto de Conductas Similares: La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y los Elementos del Crimen de la Corte Penal Internacional

NATALIA M. LUTERSTEIN

Universidad de Buenos Aires / Universidad de Palermo

En 1948 la comunidad internacional adoptó una definición del crimen de genocidio en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que fue luego incluida *verbatim* en los estatutos de los tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya. Asimismo, y a pesar de las críticas recibidas desde su adopción, la misma definición fue incorporada sin revisión en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por considerarla una norma consuetudinaria.

Sin embargo, a pesar de la amplia aceptación de la definición de 1948, su interpretación ha entrañado ciertas dificultades, tal como surge de las decisiones de las Salas de la Corte Penal Internacional sobre el crimen. En este sentido, debido a que el *chapeau* del artículo no incluye un “elemento contextual”, parecería que un individuo podría cometer el crimen por sí mismo. De hecho, ello fue admitido –al menos teóricamente– por una Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

No obstante, en los casos de crímenes internacionales es casi imposible separar al individuo del contexto general dado que estas conductas son, al mismo tiempo, individuales y colectivas. En esa línea, los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional, instrumento adoptado por los Estados Parte del Estatuto de Roma, requieren un patrón manifiesto de conductas similares que no existe en la Convención de 1948 ni tampoco en la tipificación del artículo 6 del Estatuto.

Este elemento cuasi-contextual ha sido interpretado y aplicado de manera diferente por la Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Investigación de Darfur, quien dio un paso aún más lejos del texto de la Convención de 1948 al considerar que debía probarse como elemento del crimen un “plan o política del Estado”.

En este marco, el propósito de este trabajo es examinar la forma en que el crimen de genocidio ha sido interpretado por los distintos órganos internacionales mencionados a los efectos de dilucidar sus elementos constitutivos.

1. La definición del crimen de genocidio

La figura de genocidio, término acuñado por el jurista polaco Rafael LEMKIN en su obra *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones* (1944),¹⁰⁴¹ presenta características propias que lo distinguen de otros crímenes internacionales, como, por ejemplo, el elemento subjetivo especial que exige la intención (*dolus specialis*) de destruir total o parcialmente a un grupo determinado como tal, y el hecho de que su definición solo protege cuatro grupos específicos: el grupo nacional, el racial, el étnico y el religioso. Asimismo, ha sido denominado tanto por la doctrina¹⁰⁴² y por algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional,¹⁰⁴³ así como por la jurisprudencia internacional¹⁰⁴⁴ como “el crimen de crímenes”.¹⁰⁴⁵

La propuesta de LEMKIN fue tomada como el punto de partida para la definición que fue finalmente incluida en la Convención de 1948. En su libro, LEMKIN propuso el término tomando una palabra en griego antiguo: *genos* (raza o tribu) y la unió a una derivación del verbo en latín *cadere* (matar): *cide*, inspirándose en las nociones de tiranicidio, homicidio e infanticidio. Así, definió genocidio como “la destrucción de una nación o de un grupo étnico”.¹⁰⁴⁶ Este crimen implicaba un “plan coordinado de diferentes acciones cuyo objetivo es la destrucción de las bases esenciales de la vida de grupos de ciudadanos con el propósito de aniquilar a los grupos mismos”.¹⁰⁴⁷ LEMKIN identificó como objetivos de ese plan la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, del lenguaje, de los sentimientos de patriotismo, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad, libertad, salud y dignidad personales e incluso de las vidas de los individuos que pertenecen a esos grupos. En sus palabras, “el genocidio se dirige contra el grupo nacional como una entidad, y las acciones involucradas se dirigen contra los individuos no en su capacidad de individuos, sino como miembros del grupo nacional”.¹⁰⁴⁸

1041 LEMKIN (1994 [2009]).

1042 SCHABAS (2009: 15).

1043 AKHAVAN (2012: 82- 83).

1044 En la primera condena internacional por genocidio dictada por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Fiscal c. Jean Kambanda, Sentencia, 4 de septiembre de 1998, ICTR-97-23-S, párrafo 16, lo que fue repetido en otros casos del mismo tribunal como Fiscal c. Omar Serushago, Sentencia del 2 de febrero de 1999, ICTR-98-39-S, párrafo 15 y Fiscal c. Eliézer Niyitegeka, Sentencia del 9 de julio de 2004, ICTR-96-14-A, párrafo 53, y del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, como Fiscal c. Radislav Krstic, Sentencia del 2 de agosto de 2001, IT-98-33-T, párrafo 699. Sin embargo, la opinión que luego prevaleció en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc fue la de que todos los llamados core crimes tienen en principio igual jerarquía y que su gravedad debe ser analizada a la luz de las circunstancias de cada caso, cf. SCHABAS (2009: 652- 653) y AKHAVAN (2012: 84).

1045 Cabe recordar aquí que Winston Churchill se refirió al genocidio como “el crimen sin nombre”, cf. Schabas (2009: 17).

1046 LEMKIN (1994 [2009]: 153).

1047 IDEM.

1048 IDEM.

La Asamblea General de las Naciones Unidas examinó la noción de genocidio en una de sus primeras resoluciones, justo después de la cuestión de la Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg.¹⁰⁴⁹ En su resolución, la Asamblea General definió al genocidio como “la negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir”. Asimismo, consideró que este crimen “causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos”. En consecuencia, declaró que el genocidio como crimen contra el Derecho Internacional requiere el castigo de los autores y cómplices, sea que se trata de individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas, y que el crimen haya sido cometido por motivos religiosos, raciales, políticos o de cualquier otra naturaleza.¹⁰⁵⁰

En dicha resolución, la Asamblea General le solicitó al Consejo Económico y Social que emprenda los estudios necesarios a fin de preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio.

El primer borrador fue preparado por la Secretaría en junio de 1947, con la asistencia de tres expertos, el propio Raphael LEMKIN, Vespasian PELLA y Henri DONNEDIEU DE VABRES. Luego, fue modificado por un comité *ad hoc* de siete delegados en mayo de 1948, antes de pasar a la Sexta Comisión en noviembre de ese año. La definición amplia original de LEMKIN se vio reducida a medida que avanzaban las negociaciones.

El siguiente gráfico¹⁰⁵¹ muestra cómo la Convención contra el Genocidio fue cambiando a medida que avanzaban las negociaciones. Se centra en tres diferentes categorías de la Convención que registraron el mayor cambio:

- 1) los grupos de personas protegidos por la Convención;
- 2) los actos definidos como delitos; y
- 3) las entidades que tienen autoridad jurisdiccional para hacer cumplir la Convención.



1049 Resolución Asamblea General de las Naciones Unidas (1946).

1050 Resolución Asamblea General de las Naciones Unidas (1946).

1051 Fuente: Auschwitz Institute for Peace and Reconciliation (<http://www.auschwitzinstitute.org/>).

La definición adoptada en la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en 1948 lo define como:

...cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;*
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;*
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.*

A pesar de las modificaciones que sufrió la propuesta original de LEMKIN hasta la adopción de la Convención de 1948, desde entonces esa definición se mantuvo sin cambios. Inclusive a pesar de las críticas recibidas respecto de su alcance y, en particular, de la decisión de incluir solamente cuatro grupos entre los protegidos.¹⁰⁵² En efecto, los estatutos de los tribunales penales internacionales creados desde comienzos de la década del '90 y el propio Estatuto de Roma, adoptado luego de una negociación internacional en la que participaron todos los Estados de la comunidad internacionales, receptaron *verbatim* la definición de 1948.

2. ¿Actos individuales o patrón manifiesto de conductas similares?

Como surge de la definición adoptada en 1948, a diferencia de los crímenes de lesa humanidad, e incluso de los crímenes de guerra, el crimen de genocidio no requiere un contexto determinado. Mientras que el artículo 7 del Estatuto de Roma establece como elementos contextuales del crimen de lesa humanidad un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, y el artículo 8 requiere que las conductas constitutivas de los crímenes de guerra se cometan en particular como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, el artículo 6 solo menciona que se configurará el genocidio cuando cualquiera de los actos mencionados, es decir, los delitos subyacentes, sean perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

Así, el primer párrafo de la definición, o el *chapeau*, no incluye ningún elemento de contexto, sino que agrega un requisito subjetivo, el llamado *dolo especial*. Por ello, podría sostenerse, al menos teóricamente, que una persona, actuando de forma

1052 FEIERSTEIN (2015), SCHABBAS (2009) y QUIGLEY (2006), *inter alios*.

aislada, podría cometer este crimen. Precisamente ello fue señalado por la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, “TPIY”), que admitió la posibilidad de que una persona albergase un plan para exterminar a un grupo entero sin que dicha intención esté apoyada por ninguna organización en la que tal persona participe, ya que la Convención de 1948 no requiere la existencia de una organización o sistema que tenga un objetivo genocida como un ingrediente jurídico de la definición del crimen. En consecuencia, la Sala no descartó la posibilidad de que un individuo solitario busque destruir un grupo como tal, aunque en la práctica, la prueba de dicha intención sea más difícil de conseguir cuando no existan crímenes generalizados y no están apoyados por una organización o sistema.¹⁰⁵³

Sin embargo, al analizar la comisión de este tipo de crímenes, es casi imposible separar al individuo del contexto general, ya que estas conductas son, a la vez, de naturaleza colectiva e individual, basadas en una estructura organizacional determinada.¹⁰⁵⁴ En esta línea, a los fines de describir este tipo de conductas, también se ha utilizado el término “sistema de criminalidad” que se refiere a las situaciones en las que la comisión de crímenes es ordenada, alentada, favorecida, permitida o tolerada por los gobiernos. La comisión de este tipo de crímenes sirve al sistema y es, a la vez, causada por el propio sistema.¹⁰⁵⁵

3. El caso de Darfur, Sudán

Estas discusiones teóricas tuvieron una aplicación práctica en la situación de Darfur, en Sudán. Se trata de la única situación bajo investigación por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en la que se examina la comisión del crimen de genocidio. Asimismo, una Comisión de Investigación creada por el Consejo de Seguridad¹⁰⁵⁶ también se ha ocupado del tema.

A la fecha, el único caso ante la Corte Penal Internacional que incluye cargos de genocidio es el caso contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, presidente de Sudan.¹⁰⁵⁷ Sin embargo, la primera orden de arresto, emitida el 3 de marzo de 2009, rechazó la solicitud de la Fiscalía de incluir este crimen. En su decisión, la Sala de Cuestiones Preliminares se refirió a los Elementos de los Crímenes¹⁰⁵⁸ para

1053 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Fiscal c. Goran Jelusic, sentencia del 14 de diciembre de 1999, IT-95-10, párrafos. 100-101.

1054 SIMPSON (2009: 71).

1055 Definición propuesta por B.V.A. Röling, citada en Nollkaemper (2010: 316).

1056 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2004).

1057 Caso ICC-02/05-01/09. El asunto todavía se encuentra en la etapa de cuestiones preliminares porque la orden de arresto no ha sido ejecutada.

1058 Este instrumento está previsto en el artículo 9 del Estatuto de Roma como una asistencia para la Corte en la interpretación y aplicación de las disposiciones del Estatuto que tipifican los crímenes. Fue adoptado por dos tercios de la mayoría de los miembros de la Asamblea de Estados Partes (ICC-ASP/1/3(part II-B)). Algunos autores consideran a los Elementos de los Crímenes como un acuerdo concertado con motivo de la celebración del Estatuto de Roma de conformidad con el artículo

interpretar la definición del artículo 6 del Estatuto de Roma. Este instrumento incluye un requisito que no está incluido en el Estatuto y que fue utilizado por la mayoría en su rechazo: que “la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o que haya podido por sí misma causar esa destrucción”.

La mayoría de la Sala consideró que ello no entrañaba una contradicción entre el artículo 6 del Estatuto aplicando una interpretación teleológica, subrayando que su objeto y fin era fortalecer el principio *nullum crimen sine lege*, que ofrece así *a priori* mayor certeza respecto del contenido de la definición de los crímenes.¹⁰⁵⁹ Esta lectura es problemática porque pareciera que la Sala se apoyó en el principio de construcción estricta de las conductas para agregar un elemento no mencionado expresamente en el Estatuto, sino incluido en un instrumento creado con el fin de asistir a los jueces en la interpretación de los artículos 6, 7, 8 y 8bis, diluyendo la diferencia entre el derecho aplicable y las guías interpretativas.¹⁰⁶⁰ En efecto, el párrafo 3 del artículo 9 dispone que los Elementos de los Crímenes y sus enmiendas deberán ser compatibles con lo dispuesto en el Estatuto.

En su Opinión Disidente, la Jueza Usacka sostuvo que la tipificación de los crímenes solo está incluida en el Estatuto y que los Elementos de los Crímenes únicamente asisten a los jueces en su interpretación.¹⁰⁶¹ En todo caso, señaló que si la Sala aceptara el requisito de un patrón manifiesto de conductas similares, el significado ordinario del término “patrón manifiesto”, de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, se refiere a un patrón sistemático y claro de conducta en el que la alegada conducta genocida tuvo lugar, lo que se configuraba en el caso de Al Bashir.¹⁰⁶²

La decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares fue revertida por la Sala de Apelaciones,¹⁰⁶³ lo que llevó al dictado de una nueva orden de arresto que sí contiene cargos de genocidio por matanza, lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo, y sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.¹⁰⁶⁴

lo 31(2) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Cf. Grover (2014: 363).

1059 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009, párrafo 131.

1060 GROVER (2014: 364).

1061 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, op. cit., Opinión Disidente de la Jueza Usacka, párrafo 18.

1062 IDEM, párrafo 19.

1063 Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Judgment on the Appeal of the Prosecutor against Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09-73, 3 de febrero de 2010.

1064 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest”, ICC-02/05-01/09-94, 12 de julio de 2010.

Más allá de la discusión fáctica respecto de si en el caso de Al Bashir se conforma el requisito de los Elementos de los Crímenes, persiste la cuestión teórica acerca de su significado y alcance, y, en particular, de su relación con la definición de 1948. Al respecto, cabe mencionar que la Comisión Preparatoria del Estatuto de Roma sostuvo que no se requería que el patrón manifiesto de conducta similar fuera cometido con intención genocida o de conformidad con un plan genocida, sino que ese elemento se satisfacía cuando un individuo —actuando con la intención de destruir a un grupo protegido— cometa un asesinato en el curso de una campaña colectiva que entrañe la comisión generalizada de asesinatos.¹⁰⁶⁵

Asimismo, se ha sugerido que no se trata de un elemento adicional del crimen, sino de un punto de referencia objetivo para la determinación de una intención genocida realista.¹⁰⁶⁶ Ello quiere decir que el perpetrador individual requiere una campaña genocida como un punto de referencia implícito.¹⁰⁶⁷

Por su lado, la Comisión de Investigación de Darfur, creada por el Consejo de Seguridad, ha ido aún más lejos y analizó si se había cometido genocidio en Sudán de conformidad con un plan o política del Estado como un elemento del crimen.¹⁰⁶⁸

En su informe publicado en 2005, la Comisión sostuvo que, a pesar de que no había dudas respecto de que de alguno de los elementos objetivos del genocidio se habían materializado en Darfur¹⁰⁶⁹—en particular, el *actus reus* o elementos objetivos de la matanza, lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo, y el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, y los grupos protegidos por la definición como blancos de las conductas criminales—, el gobierno de Sudán no había llevado a cabo una política de genocidio.¹⁰⁷⁰ Para ello, la Comisión examinó si el *gobierno* de Sudán había tenido intención genocida. Es decir, su análisis se dirigió a intentar identificar el elemento subjetivo especial en la entidad “gobierno”.¹⁰⁷¹ En este sentido, la Comisión sostuvo que la política de atacar, matar y desplazar forzosamente miembros de ciertas tribus no prueba la intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo racial, étnico, nacional o religioso como tal, y que, en realidad, los ataques planificados y organizados sobre pueblos buscaban expulsar a las víctimas de sus hogares con el objetivo principal de la guerra de contra-insurgencia,¹⁰⁷² y con una

1065 CUPIDO (2014: 401).

1066 KRESS (2009: 299).

1067 KRESS (2007: 622).

1068 Algunos autores han afirmado que “un patrón manifiesto de conducta similar” equivale en la práctica a un plan del Estado o política, cf. SCHABAS citado en LOEWENSTEIN & KOSTAS (2007: 851).

1069 Informe de la Comisión de Investigación sobre Darfur al Secretario General de las Naciones Unidas sobre Darfur de conformidad con la Resolución 1564 del 18 de septiembre de 2004, Ginebra, 25 de enero de 2005, párrafo 507, disponible en un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (último acceso 22/06/2018).

1070 IDEM, párrafo 518.

1071 IDEM, párrafos 515-516.

1072 IDEM, párrafo 518.

intención persecutoria y discriminatoria por razones políticas, lo que, en todo caso, podría configurar un crimen de lesa humanidad de persecución.¹⁰⁷³

Sin embargo, la Comisión aclaró que dicha conclusión no excluía la posibilidad de que, en ciertos casos, personas individuales, incluyendo funcionarios gubernamentales, pudieran tener intención genocida, lo que debía ser, en todo caso, analizado por los tribunales competentes.¹⁰⁷⁴

Esta afirmación da cuenta de la distinción que trazó la Comisión de Investigación entre la responsabilidad individual por el crimen de genocidio y la responsabilidad del Estado y de la posibilidad de que se determine, al mismo tiempo, la comisión de genocidio desde la perspectiva de la responsabilidad del individuo pero no desde la perspectiva del Estado. La posición de la Comisión de Investigación parece sostener que para determinar la responsabilidad del Estado por un crimen internacional, hay que identificar el elemento subjetivo en los líderes de dicho Estado. De hecho, SCHABAS sostuvo que la conclusión de que un Estado cometió genocidio siempre va a depender de la prueba respecto de que sus líderes cometieron dicho crimen, transfiriendo el elemento subjetivo de los individuos al Estado.¹⁰⁷⁵

4. La Corte Internacional de Justicia y el caso de la ex Yugoslavia

La jurisdicción internacional por antonomasia que tiene competencia personal sobre los Estados es la Corte Internacional de Justicia. Este tribunal ha analizado la Convención contra el Genocidio en tres oportunidades. La primera vez, en el marco de su competencia consultiva, debido a una solicitud de la Asamblea General presentada en noviembre de 1950 referida a las reservas a la Convención. En esa ocasión, la Corte resaltó célebremente que los principios que subyacen a la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados, incluso sin una obligación convencional.¹⁰⁷⁶

La primera oportunidad en que la Corte Internacional de Justicia analizó la Convención de 1948 en el marco de su competencia contenciosa fue en el Caso sobre la aplicación de la Convención contra el Genocidio entre Bosnia Herzegovina y Serbia,¹⁰⁷⁷ cuya sentencia sobre el fondo fue dictada en 2007 y determinó que, si bien se había cometido genocidio durante el conflicto en la ex Yugoslavia, en particular en Srebrenica, dichas acciones no podían ser atribuidas a Serbia.¹⁰⁷⁸ En 2015, la Corte

1073 IDEM, párrafo 519.

1074 IDEM, párrafo 520.

1075 SCHABAS (2009: 444). Ello genera interrogantes respecto de la jerarquía que deben tener las personas cuya intención se transfiere al Estado.

1076 Corte Internacional de Justicia, Reservations to the Convention on Genocide, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951 I.C.J. Reports 1951, p. 15, p. 23.

1077 Corte Internacional de Justicia, Caso concerniente a la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), sentencia del 26 de febrero de 2007, I.C.J. Reports 2007.

1078 IDEM, p. 43.

tuvo nuevamente la oportunidad de expedirse sobre la responsabilidad del Estado por crímenes internacionales, en el marco de la controversia entre Croacia y Serbia por la violación alegada de la Convención contra el Genocidio¹⁰⁷⁹ –también en el contexto del conflicto de los Balcanes de la década del 90. En su decisión, la Corte se refirió a su sentencia de 2007 y afirmó que la tendría en cuenta porque allí se habían considerado cuestiones similares, pero que, al mismo tiempo, ello no le impediría elaborar nuevos argumentos, si fuese necesario.¹⁰⁸⁰ En la sentencia de 2015, la Corte llegó a la conclusión de que el elemento subjetivo del dolo especial de genocidio no podía establecerse respecto de Serbia ni de Croacia, por lo que rechazó la demanda y la contrademanda.

En su sentencia de 2007, la Corte Internacional de Justicia rechazó que el plan o política fuese un elemento de la definición del crimen y, en su lugar, lo utilizó como prueba de la intención genocida, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY.¹⁰⁸¹ En efecto, en el caso *Krstic*, la Sala de Apelaciones rechazó la afirmación de la Sala de Primera Instancia a favor de la existencia del requisito de patrón de conductas similares y sostuvo que, si bien la participación del autor en un ataque organizado y extensivo contra la población civil puede servir como base probatoria, ni la definición convencional ni la consuetudinaria requieren prueba de que el autor participó de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil.¹⁰⁸² En la misma línea se expresó en el caso *Jelusic*, en donde sostuvo que la existencia de un plan o política no es un ingrediente del crimen.¹⁰⁸³

En su sentencia de 2015, la Corte siguió el mismo camino y se refirió a un patrón de conducta como un modo de prueba de la intención genocida.¹⁰⁸⁴

5. Algunas conclusiones

Las discusiones y lecturas divergentes en las decisiones mencionadas dan cuenta de que, a pesar de la existencia de un consenso claro respecto de la definición de 1948 en la Conferencia de Roma –que además es ampliamente reconocida como una norma de derecho internacional consuetudinario– y de que, por lo tanto, no fue revisada, todavía existen interpretaciones diferentes que fueron reflejadas en los

1079 Corte Internacional de Justicia, Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia y Montenegro), Sentencia del 3 de febrero de 2015. I.C.J. Reports 2015.

1080 IDEM, párrafo 125.

1081 LOEWENSTEIN & KOSTAS (2007: 853).

1082 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Fiscal c. Radislav Krstic, Sala de Apelaciones, IT-98-33-A, Sentencia del 19 de abril de 2004, párrafos 223 y ss.

1083 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Fiscal c. Goran Jelusic, Sala de Apelaciones, IT-95-10A, Sentencia del 5 de julio de 2001, párrafo 48.

1084 Corte Internacional de Justicia, Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia y Montenegro), op. cit., párrafo 510.

trabajos preparatorios.¹⁰⁸⁵

En este sentido, el propio Rafael LEMKIN definía al genocidio como un “plan coordinado de diferentes acciones”. En efecto, como fuera mencionado, las conductas que forman parte de un crimen internacional en general, y no solamente del genocidio, son a la vez de naturaleza colectiva e individual, basadas en una estructura organizacional determinada,¹⁰⁸⁶ que algunos autores denominaron “sistema de criminalidad”, y que torna dificultoso concebir la comisión de un crimen como el genocidio sin un elemento de contexto. Esta es quizás la razón por la cual la Asamblea de Estados Partes decidió incluir el elemento cuasi-contextual¹⁰⁸⁷ de un patrón manifiesto de conductas similares en los Elementos de los Crímenes a pesar de que no existe en la definición de 1948 ni en la del artículo 6 del Estatuto de Roma, generando problemas interpretativos que no pueden ser resueltos recurriendo a otras disposiciones de la Convención de 1948, como fuera sugerido por el Grupo de Trabajo del Comité Preparatorio.¹⁰⁸⁸

Asimismo, surge de las decisiones revisadas que una de las causas de los problemas de interpretación se refiere a los diferentes regímenes de responsabilidad que el derecho internacional prevé para el Estado y para el individuo por la comisión de crímenes internacionales.

Resta esperar entonces a que la Sala de Juicio y la Sala de Apelaciones examinen en la etapa de fondo cargos de genocidio para descubrir si seguirá el camino de la Corte Internacional de Justicia y el TPIY o elegirá la postura de la Comisión de Investigación de Darfur.

6. Bibliografía

Fuentes primarias

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (Croacia c. Serbia y Montenegro), Sentencia del 3 de febrero de 2015. *I.C.J. Reports 2015*.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Caso concerniente a la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), sentencia del 26 de febrero de 2007, *I.C.J. Reports 2007*.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Reservations to the Convention on Genocide, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951 *I.C.J. Reports 1951*.

1085 GROVER (2014: 274).

1086 SIMPSON (2009: 71).

1087 KRESS (2007: 622).

1088 Informe de la Comisión de Investigación sobre Darfur al Secretario General de las Naciones Unidas (2004).

- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Judgment on the Appeal of the Prosecutor against Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09-73, 3 de febrero de 2010.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares, Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, “Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest”, ICC-02/05-01/09-94, 12 de julio de 2010.
- Informe de la Comisión de Investigación sobre Darfur al Secretario General de las Naciones Unidas sobre Darfur de conformidad con la Resolución 1564 del 18 de septiembre de 2004, Ginebra, 25 de enero de 2005.
- NACIONES UNIDAS (1946) Resolución Asamblea General, Res. AG 95(I)
- NACIONES UNIDAS (1946) Resolución Asamblea General, Res. AG 96(I).
- NACIONES UNIDAS (2004) Resolución del Consejo de Seguridad, S/Res. 1564.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal c. Goran Jelusic, sentencia del 14 de diciembre de 1999.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal c. Goran Jelusic, Sala de Apelaciones, IT-95-10A, Sentencia del 5 de julio de 2001.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal c. Radislav Krstic, Sentencia del 2 de agosto de 2001.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal c. Radislav Krstic, Sala de Apelaciones, IT-98-33-A, Sentencia del 19 de abril de 2004.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Fiscal c. Eliézer Niyitegeka, Sentencia del 9 de julio de 2004.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Fiscal c. Jean Kambanda, Sentencia, 4 de septiembre de 1998.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Fiscal c. Omar Serushago, Sentencia del 2 de febrero de 1999.

BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA

- AKHAVAN, P. (2012) *Reducing Genocide to Law. Definition, Meaning, and the Ultimate Crime*, Cambridge.

- CUPIDO, M. (2014) “The Contextual Embedding of Genocide: A Casuistic Analysis of the Interplay between Law and Facts” en *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 15, N° 2, pp. 387- 413.
- FEIERSTEIN, D. (2015) “La Convención sobre Genocidio: algunos datos histórico-sociológicos para aportar a las discusiones jurídicas” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 5, N° 1, pp. 135- 144.
- GROVER, L. (2014) *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge.
- KRESS, C. (2007) “The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, pp. 619 - 629.
- KRESS, C. (2009) “The Crime of Genocide and Contextual Elements. A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber’s Decision in the Al Bashir Case”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, N° 2, pp. 297- 303.
- LEMKIN, R. (1994 [2009]) *El Dominio del Eje en la Europa Ocupada*, Buenos Aires.
- LOEWENSTEIN, A.B. & KOSTAS, S.A. (2007), “Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide. The Darfur Commission of Inquiry and the ICJ’s Judgment in the Genocide Case”, en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, N° 4, pp. 839- 857.
- NOLLKAEMPER, A. (2010) “Systemic Effects of International Responsibility for International Crimes”, en *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8, N°2, pp. 313- 352.
- QUIGLEY, J. (2006) *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Hampshire.
- SCHABAS, W. (2009) *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge.
- SIMPSON, G. (2009) “Men and Abstract Entities: Individual Criminal Responsibility and Collective Guilt in International Criminal Law” en VAN DER WILT, H& NOLLKAEMPER, A. (eds), *System Criminality in International Law*, Cambridge: University Press, pp. 69- 100.

El concepto de “organización” en los Crímenes de Lesa Humanidad: una perspectiva crítica

LEANDRO A. DIAS¹⁰⁸⁹

Universidad de Buenos Aires

Muchos son los interrogantes que siguen planteándose con respecto a los crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional.¹⁰⁹⁰ Esta clase de crímenes graves, cuyo desarrollo se encuentra vinculado con la necesidad de sancionar a quienes cometen ciertas violaciones especialmente graves a los derechos humanos,¹⁰⁹¹ ha evolucionado de modo sustancial en las últimas décadas. En particular, desde la declaración francesa, británica y rusa del 24 de mayo de 1915 sobre los crímenes cometidos por el Imperio Otomano durante la Primera Guerra Mundial hasta el día de hoy, en la que se esbozó por primera vez la terminología,¹⁰⁹² hasta la actualidad, se ha producido un desarrollo jurídico prácticamente inabarcable. De todos modos, más de cien años después de aquel momento histórico, la definición misma de esta clase de conductas reprochadas universalmente sigue siendo problemática y, en este sentido, en el artículo 7 del Estatuto de Roma (en adelante, “ER”), que establece los elementos para determinar si una conducta puede ser subsumida dentro de la categoría de un crimen de lesa humanidad de competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”), se adoptó una posición concreta, con respecto a esta cuestión, en constante evolución.

En lo que aquí interesa, el artículo 7(1), ER señala lo siguiente:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Esto da lugar a lo que se conoce como elementos contextuales, es decir,

1089 Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Buenos Aires). Profesor adjunto de Derecho Penal y Contravencional (Instituto Superior de Seguridad Pública). Una versión preliminar de este trabajo fue presentada el 31 de mayo de 2012 en el Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados: “Democracia y Derecho”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

1090 Para evitar discusiones terminológicas, cuando en este trabajo se utilice el término “derecho penal internacional”, se estará haciendo referencia al segmento de ordenamiento jurídico que establece los presupuestos para la realización de un crimen internacional “verdadero” (core crimes), así como sus efectos jurídicos (el llamado derecho penal supranacional). Sobre el tema, véase AMBOS (2013b, 286-288).

1091 SCHABAS (2010b: 139).

1092 CHERIF BASSIOUNI (2011: 1).

aquella serie de condiciones a partir de las cuales un determinado hecho ilícito de los establecidos en el ER —tales como asesinatos, torturas, u otros actos individuales, mencionados posteriormente en el artículo 7 del tratado— puede ser considerado como un crimen de lesa humanidad.¹⁰⁹³ Pero a su vez, art. 7(2)(a), ER, aclara que

[p]or ‘ataque a la población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos mencionados contra la población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

Este último segmento establece lo que en el ámbito académico se ha considerado, dentro de los elementos contextuales, como el “elemento político”, que complementa los requisitos de generalidad o sistematicidad del ataque contra la población civil con la necesidad de que dicho ataque sea puesto en marcha de acuerdo con la política de un Estado o de una organización.¹⁰⁹⁴ Este concepto cumple la función de delimitar a los crímenes internacionales en sentido estricto de aquellos hechos cometidos de modo aislado, individual o aleatorio, cuya persecución y juzgamiento responde a las reglas establecidas por el derecho interno de los distintos Estados.¹⁰⁹⁵

Este elemento político cuenta, en líneas generales, con dos facetas. La primera de ellas se relaciona con las entidades capaces de dar lugar a una política dentro de la cual se enmarquen los distintos hechos punibles subsumibles en la categoría de crímenes de lesa humanidad. De la letra del ER no surgen dudas que esta política puede ser desarrollada por un Estado y eso tiene sentido, dado que se trata de la entidad que históricamente ha proporcionado el marco para la comisión en masa de estos crímenes.¹⁰⁹⁶ Empero, el ER incluye la posibilidad de que esa política sea llevada a cabo por una “organización”, sin realizar mayores aclaraciones. Surge entonces la pregunta sobre las características que debe poseer dicha organización para poder desplegar una política y que, a partir de esta, determinados individuos cometan crímenes de lesa humanidad.¹⁰⁹⁷ Las posturas en este sentido se encuentran en extremo divididas, tanto en doctrina como en jurisprudencia y a continuación se abordará la discusión, tomando como base la polémica que tuvo lugar en la CPI en el año 2010, más precisamente en la decisión sobre la apertura de la investigación en la situación de Kenia.¹⁰⁹⁸ El objetivo de esta parte del trabajo será el de demostrar

1093 AMBOS (2011: 283).

1094 Cf. SCHABAS (2010b: 149-152).

1095 SCHABAS (2008: 960); HALLING (2010: 828).

1096 Cf. KRESS (2010: 863-867).

1097 KRESS (2010: 859).

1098 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de

que todas las posturas expuestas hasta el momento pueden ser objetadas a partir de distintos argumentos, más o menos sólidos (apartado II). Para resolver el problema respecto de qué interpretación debe prevalecer, en este trabajo se desarrollará un argumento en favor de una tesis restrictiva: existen razones de peso basadas en *nullum crimen sine lege* para sostener que sólo ciertas entidades, que por sus características puedan ser asimilables a un Estado, pueden ser consideradas como una organización apta para cometer crímenes de lesa humanidad en los términos del artículo 7, ER (apartado III). En última instancia, se ofrecerá una breve conclusión (apartado IV). En cuanto a la segunda faceta del elemento político, se ha discutido sobre la forma y el contenido de esa política desplegada por un Estado o una organización, lo que también genera problemas puntuales.¹⁰⁹⁹ Estos últimos, sin embargo, no serán abordados en este trabajo.

1. Las distintas posturas sobre el concepto de “organización” en el ER

1.1. La tesis amplia

Una primera posición sobre el tema la asumen aquellos partidarios de las interpretaciones amplias del artículo 7(2)(a), ER. Se trata de las opiniones de una serie de autores y magistrados, cuyos argumentos tienen en común el hecho de considerar que el mencionado artículo hace referencia, en principio, a todo tipo de organizaciones no estatales.¹¹⁰⁰ La más representativa de ellas ha sido la expresada por la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares II en la apertura de la investigación en la situación de Kenia,¹¹⁰¹ y que hoy en día puede ser considerada como la opinión dominante en la CPI.¹¹⁰² Esta decisión resulta importante, dado que dio lugar a la apertura de la investigación en la situación de Kenia, a pesar de que se investigaba la comisión de una serie de hechos delictivos —incluyendo más de mil muertes, casi mil violaciones, así como saqueos generalizados en seis de las ocho regiones del país— tras una elección presidencial por parte de distintos grupos de personas asociadas a Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010.

1099 Véase solamente AMBOS (2011: 284 ss); HALL & STAHN (2016: 246 ss.).

1100 Un desarrollo de las distintas opiniones sobre el tema puede encontrarse en HALL & STAHN (2016: 248 s.). En esta obra se da cuenta de las opiniones más recientes y se llega a la conclusión de que al menos a nivel académico esta tesis amplia sería, en principio, mayoritaria.

1101 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párrs. 90 ss.

1102 Sólo a modo de ejemplo, véase Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares III, Situación en Costa de Marfil, “Corrigendum to ‘Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire’”, ICC-02/11-14-Corr, 15 de noviembre de 2011, párr. 46; Sala de de Primera Instancia II, Situación en la República Democrática del Congo, Fiscal c/ Germain Katanga, “Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut”, ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párrs. 1119-1122, entre otras.

los distintos partidos políticos. Empero, estos grupos, en sus características, eran muy distintos a una entidad asimilable a un Estado con algún tipo de control territorial o con una organización similar a la de una parte en un conflicto armado no internacional.¹¹⁰³

En esta decisión, la mayoría de la sala estableció que toda organización no estatal se encuentra, en abstracto, incluida en el artículo 7(2)(a), ER, y que el aspecto clave para analizar si efectivamente se cumple con el elemento político reside en la capacidad del grupo de realizar actos que *infrinjan valores humanos básicos*.¹¹⁰⁴ Puede observarse, entonces, un intento por ofrecer una definición general de las características que debe poseer una organización para poder ser subsumida en la regla del ER. Sin embargo, el problema de esta definición escueta es su indeterminación: ¿qué significa infringir valores humanos básicos? ¿Una serie de saqueos generalizados y políticamente motivados en tiempos de paz, cometida por unas diez personas, infringiría tales valores, o se requiere de algo más?

Por otro lado, resulta curioso que tras el intento de ofrecer una definición general, la sala señala que un análisis “caso por caso” es preferible a una definición rígida y, en ese sentido, ofrece los siguientes indicadores no taxativos para, en el caso concreto, determinar si se está en presencia de una organización en los términos del artículo 7(2)(a), ER:

*i) que el grupo se encuentre sometido a un mando responsable o cuente con una jerarquía establecida; ii) que el grupo posea, de hecho, los medios para llevar adelante un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; iii) que el grupo ejerza control sobre parte de un territorio; iv) que el grupo tenga como principal fin la realización de actividades criminales contra la población civil; v) que el grupo articule, explícita o implícitamente, una intención de atacar una población civil; vi) que el grupo sea parte de un grupo más grande, y este último cumpla con alguno de los criterios previamente mencionados.*¹¹⁰⁵

Puede notarse la inconsistencia en el enfoque, al establecer en primer lugar un criterio general y luego dejarlo de lado a partir de indicadores casuísticos, que además serían sólo enunciativos y que no parecerían estar vinculados claramente entre sí: el ejercicio de un control territorial apunta a cuestiones distintas que, por ejemplo, la finalidad de realizar actividades criminales contra la población civil.¹¹⁰⁶

1103 KRESS (2010: 856). Una descripción de los datos fácticos de esta situación pueden encontrarse en el pedido de autorización para comenzar una investigación, realizado por la Fiscalía de la CPI, “Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15”, ICC-01/09, 26 de noviembre de 2009, párrs. 67 ss.

1104 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 90.

1105 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 93.

1106 En un mismo sentido KRESS (2010: 858).

Pero más allá de esta cuestión, el principal problema de esta solución de señalar que en principio cualquier organización puede dar lugar al contexto de un crimen de lesa humanidad y luego ofrecer algunos indicadores es que luce *ad hoc*: ¿por qué se eligió el criterio de “infringir valores básicos”? Y, en última instancia, ¿por qué se definieron esos indicadores y no otros? La sala no da razones para la elección, que parecería estar fundada únicamente en citas de autoridad, tales como artículos de doctrina y documentos cuya relación con el ER es, en el mejor de los casos mediata, como proyectos de la Comisión de Derecho Internacional.¹¹⁰⁷

Como señala KRESS,¹¹⁰⁸ parecería que detrás de esta decisión de la Sala, así como de las posturas que intentan ampliar el alcance de los crímenes de lesa humanidad al menos en este aspecto, se encuentra el siguiente argumento: el fin último del derecho penal internacional, al menos en lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad, es proteger valores humanos básicos. Una crítica acabada a esta concepción de los crímenes de lesa humanidad no puede realizarse aquí, sino que simplemente se señalará que con esta clase de argumentos *cualquier* acto violatorio de derechos humanos podría ser considerado un crimen de lesa humanidad. Una reducción al absurdo puede ayudar a ver el problema: un grupo de cinco personas que en democracia se reúnen para violar y matar en serie a varias mujeres, serían una organización capaz de infringir valores humanos básicos, dado que con sus actos estarían en condiciones de ofender la vida y la integridad sexual de las víctimas, valores humanos que nadie dudaría en considerar como básicos. Pero ya intuitivamente podría afirmarse, sin mayores dudas, que eso se trata de un crimen (atroz) de derecho interno y no un crimen internacional.¹¹⁰⁹ En particular, si se tienen en cuenta las pesadas consecuencias de considerar a un hecho como un crimen internacional, tanto para el acusado (por ejemplo, imposibilidad de invocar una defensa procesal de prescripción) como para el Estado que en principio tendría jurisdicción para castigar el hecho (por ejemplo, jurisdicción extraterritorial), parecería que no cualquier violación a derechos humanos califica como un crimen de lesa humanidad, sino sólo *cierta clase de violaciones*. Y para la determinación de estas últimas, como contrapartida de los delitos de derecho interno, el argumento de la protección de los valores humanos no ofrece nada.¹¹¹⁰

Por tanto, la posición amplia defendida hoy en día por la CPI, así como por otros académicos,¹¹¹¹ que se caracteriza por considerar que en principio cualquier organización puede dar lugar al contexto de un crimen de lesa humanidad está basada en argumentos cuestionables.

1107 Para un análisis puntualizado de las referencias que realiza la Sala, véase KRESS (2010: 858 s.).

1108 KRESS (2010: 859).

1109 Este es el argumento que expone en definitiva SCHABAS (2010a: 847 ss.), al señalar que con criterios de este tipo la CPI podría juzgar a “villanos” como Dr. Strangelove, The Joker y Goldfinger.

1110 Así también KRESS (2010: 862).

1111 Una defensa de esta postura puede encontrarse, por ejemplo, en ROBINSON (2011); HANSEN (2011: 1 ss.); SADAT (2013: 334 ss.); WERLE & BURGHARDT (2012: 1151 ss.).

1.2. La tesis restrictiva: las organizaciones “asimilables a un Estado”

Por otro lado, en la ya mencionada decisión de apertura de la situación de Kenia, el voto minoritario del ya fallecido juez Hans-Peter Kaul se expone otra posible interpretación del término “organización”: sólo determinadas entidades, que comparten ciertas características que las asemejan a un Estado, pueden dar lugar al contexto de un crimen de lesa humanidad.¹¹¹² Para eso, el juez Kaul ofrece tres argumentos que, como se verá, también son discutibles.

En primer lugar, se señala que el artículo 7(2)(a), ER, hace una referencia no sólo a la política de una organización, sino también a la de un Estado, por lo que en principio debería haber cierta similitud entre ambos conceptos.¹¹¹³ Empero, este argumento no es decisivo, ya que en principio la conjunción “o” solamente tiene un valor disyuntivo: se debe tratar de la política de un Estado, o de una organización, por lo que en principio nada se dice respecto de las *características* de la organización.¹¹¹⁴

En segundo lugar, se menciona al principio *nullum crimen sine lege*, así como al de interpretación estricta — artículo 22(2), ER—, para señalar que los requisitos del artículo 7, ER, no deben ser diluidos.¹¹¹⁵ Sobre el tema, debe decirse que la apelación al principio de legalidad resulta válida y, como se verá en el próximo apartado, el artículo 22(2), ER, ofrece la clave para resolver el problema interpretativo aquí planteado. Sin embargo, el análisis es demasiado sucinto y no explica por qué ante dos interpretaciones plausibles debe optarse por la más restrictiva. De hecho, el principio de legalidad, al menos como se lo entiende tradicionalmente, no prohíbe las interpretaciones extensivas, siempre y cuando no se excedan los límites del significado coloquial o especialmente jurídico del texto.¹¹¹⁶ En otras palabras, una interpretación amplia del concepto de organización, pero que en principio se mantiene dentro de lo que puede entenderse como “organización” (según la RAE, por ejemplo, una “asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines”¹¹¹⁷), no parecería dar lugar a una analogía prohibida, por lo que se deberían ofrecer

1112 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 66 de la disidencia del juez Hans-Peter Kaul.

1113 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 51 de la disidencia del juez Hans-Peter Kaul.

1114 En un mismo sentido: WERLE & BURGHARDT (2012: 1156); señalando que la argumentación es plausible, pero no decisiva KRESS (2010: 863).

1115 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 55 de la disidencia del juez Hans-Peter Kaul.

1116 Véase, en la discusión específica del ER, KURTH (2013: 442); HOCHMAYR (2014: 663).

1117 Para evitar repeticiones ociosas, véase el análisis del significado coloquial del término “orga-

razones adicionales para considerar que tal interpretación está vedada por el *nullum crimen*.

En tercer lugar, el juez Kaul, a diferencia de la posición expuesta por la mayoría, logra reconocer el verdadero problema en juego: el alcance del término “organización” depende del concepto mismo de crimen de lesa humanidad y es una de las claves para trazar una línea entre esta clase de crímenes internacionales y otras infracciones de derecho interno.¹¹¹⁸ Para realizar la interpretación ofrece un abordaje sumamente rico, basado tanto en la historia de los crímenes de lesa humanidad como en sus fundamentos filosóficos. A los fines de este trabajo, vale la pena destacar que dos fundamentos subyacerían a los crímenes de lesa humanidad: i) se trata de crímenes en masa históricamente cometidos por Estados soberanos contra la población civil, de acuerdo con un plan o política que envolvía a grandes segmentos del aparato estatal y que, por tanto, generan una amenaza para la paz y seguridad internacional;¹¹¹⁹ ii) la comisión de crímenes de lesa humanidad presupone que por la intervención del Estado y de los recursos gubernamentales en la comisión de los crímenes, tales hechos quedarían impunes si su castigo quedase librado solamente a las autoridades nacionales de persecución.¹¹²⁰ Por estas razones, sólo ciertas entidades asimilables a un Estado por sus características podrían contar con un grado de organización y recursos tal que les permitiese lograr un grado de injusticia sistemática tan grande como el que puede desplegar un Estado.¹¹²¹

Un análisis pormenorizado de estos fundamentos requeriría de un trabajo aparte,¹¹²² por lo que basta con señalar que el análisis de Kaul resulta ciertamente más convincente que el ofrecido por la mayoría, ya que reconoce el problema y ofrece razones para que parecerían avalar el resultado interpretativo. Sin embargo, al momento de delinear específicamente qué características debería tener una organización para ser considerada asimilable a un Estado, el magistrado ofrece una nización”, que realizan Werle & BURGHARDT (2012: 1155), a partir de distintos diccionarios de inglés, francés y español (que coinciden con la definición expuesta por la RAE).

1118 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 9 s. de la disidencia del juez Hans-Peter Kaul.

1119 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 59 de la disidencia del juez Hans-Peter Kaul.

1120 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 63 y 64 de la disidencia del juez Hans-Peter Kaul.

1121 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 66 de la disidencia del juez Hans-Peter Kaul.

1122 Para un análisis en particular del voto de Kaul, véase KRESS (2010: 863 ss.).

lista enumerativa que, al igual que la de la mayoría, luce *ad hoc* y deja el análisis del caso librado a consideraciones casuísticas poco claras:

*a) Composición por una colectividad de personas; b) concebida y que actúa con un propósito criminal común; c) durante un período prolongado de tiempo; d) bajo un mando responsable o con un determinado nivel de estructura jerárquica, incluyendo como mínimo una política de algún grado; e) con la capacidad de imponer era política entre sus miembros y sancionarlos; y f) con la capacidad y los medios a su disposición para atacar a cualquier población civil a gran escala.*¹¹²³

Se trata de requisitos similares a los que ofrece el artículo 1(1) del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, pero sin el requisito del control territorial, ya que no es exigido por la jurisprudencia de la CPI como elemento necesario para que un grupo sea considerado parte en un conflicto armado no internacional de competencia de la Corte.¹¹²⁴ El problema de esta enumeración es que no queda del todo claro por qué deberían asimilarse las nociones de grupo armado, característica de un crimen de guerra, con la de organización, característica de un crimen de lesa humanidad, presuponiendo que se trata de crímenes internacionales autónomos. Además, si se recurriese a los criterios señalados por el Protocolo II, debería tratarse de criterios acumulativos y taxativos,¹¹²⁵ y las razones para excluir el control territorial deberían ser más fuertes que simplemente señalar que la jurisprudencia de la CPI no requiere tal elemento.

Con esto, se ha querido demostrar que el problema que genera el elemento “organización” en el marco del ER es de difícil resolución y que hay al menos dos posturas en disputa que se enmarcan dentro de los límites gramaticales del concepto. En el siguiente apartado se argumentará que ante estos casos, el propio ER establece una regla de interpretación que permite solucionar el problema.

2. Un argumento en favor de la tesis restrictiva: nullum crimen sine lege e interpretación estricta (art. 22, ER)

Hoy en día prácticamente nadie dudaría en considerar al principio de legalidad, o *nullum crimen sine lege*, como un principio fundamental del derecho penal,¹¹²⁶ a pesar

1123 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 51.

1124 Explícitamente Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 31 de marzo de 2010, párr. 51 y notas al pie de la disidencia del juez Hans-Peter Kaul.

1125 Por eso, KRESS (2010: 862) intenta interpretar de ese modo la disidencia de Kaul.

1126 Ver, por ejemplo, Artículo 7, CEDH, Artículo 9, CADH, Artículo 11(2), DUDH, Artículo

de que sus contornos puedan haberse transformado en difusos en los últimos tiempos.¹¹²⁷ En particular, parecería haber consenso respecto de que este principio establece que el hecho prohibido y la pena deben estar definidos claramente por el derecho y que su aplicación retroactiva se encuentra prohibida.¹¹²⁸ Esta garantía individual que contribuye a la legitimidad del sistema de justicia penal tiene diversas fundamentaciones.¹¹²⁹ A los fines de este artículo, basta con considerar la idea plausible de que por medio de estos requisitos se expresa un mínimo de respecto por el principio de autonomía: los ciudadanos tienen que ser informados del derecho antes de que se los pueda condenar de modo justo por un delito.¹¹³⁰

Estas aclaraciones no sólo son válidas para un entendimiento del principio de legalidad característico del derecho penal interno, sino que también son trasladables al contexto de la CPI, dado que el *nullum crimen* ha sido receptado por el ER (artículos 22 a 24)¹¹³¹ y que la propia jurisprudencia de la CPI ha considerado aplicables los cuatro elementos que caracterizan a este principio en el derecho interno, al menos en los países de tradición de *civil law*.¹¹³² *lex praevia* (prohibición de aplicación retroactiva del derecho penal), *lex scripta* (prohibición de sanciones basadas en fuentes no formales¹¹³³), *lex certa* (prohibición de crímenes indeterminados) y *lex stricta* (prohibición de analogía).

Dentro de este esquema, entra en consideración para resolver el problema interpretativo que plantea el artículo 7(2)(a) el sub-principio de *lex stricta*. Está claro que este último impone una prohibición de recurrir a un razonamiento analógico para extender el alcance de una regla penal para alcanzar una situación no regulada por el derecho.¹¹³⁴ Los límites entre una interpretación analógica prohibida y una interpretación permitida del derecho no están claros, pero en principio podría decirse que esos límites vienen dados por el texto: si se produce un exceso del lenguaje ordinario o especialmente jurídico, se estará en presencia de una analogía. Y como ya

15, PIDCyP.

1127 Sobre los problemas actuales que debe afrontar el principio de legalidad, véase MONTIEL (2012).

1128 GRABENWARTER (2014: 172).

1129 Un breve repaso puede encontrarse recientemente en GRECO (2015: 184 ss.).

1130 ASHWORTH & HORDER (2013: 56).

1131 CASSESE et al. (2013: 30-33).

1132 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Situación en la República Democrática del Congo, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 de enero de 2007, § 303. Si bien estos requisitos están asociados a la tradición jurídica continental, lo cierto es que en la mayoría de las jurisdicciones angloamericanas el derecho penal hoy en día rige, en mayor medida, a partir de leyes y no del derecho común. En ese sentido, véase CHIESA (2014).

1133 La versión tradicional del principio debería ser formulada de modo distinto: prohibición de derecho consuetudinario. Sin embargo, esta versión debe ser reformulada en el marco del derecho penal internacional, dado que la costumbre es una fuente (formal). Por eso, suele decirse que la regla que establece un crimen tiene que estar formulada de modo preciso, a partir de una fuente formal, con independencia de que se trate de una regla escrita, o no. Sobre el tema, véase WERLE & JESSBERGER (2014: 39).

1134 CASSESE et al. (2013: 33).

se esbozó en el apartado anterior, tanto la interpretación amplia como la estricta del término “organización” parecerían enmarcarse dentro de los límites del texto: si una organización es una asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines, entonces el texto nada dice sobre las características de dicha organización. De este modo, tanto la interpretación amplia como la restringida se estarían moviendo dentro de los límites externos que establece el texto y no se estaría en presencia de una analogía.

Sin embargo, los redactores del ER establecieron una regla en el artículo 22(2) que restringe aún más las posibilidades de realizar interpretaciones: codificaron una regla de *interpretación estricta*, esto es, aquella que establece que tribunal no deber considerar punible un acto en caso de que el lenguaje de la regla que define una conducta criminal dé lugar a dudas respecto de la incorrección de dicha conducta.¹¹³⁵ Este entendimiento del *nullum crimen sine lege*, se desprende sin mayores esfuerzos del texto del mencionado artículo:

La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

Por tanto, ante una ambigüedad en los términos de un crimen definido en el ER, el conflicto interpretativo debe ser resuelto en favor del autor. Este deber de interpretación estricta, que establece un *in dubio pro reo* a nivel sustantivo, claramente va más allá de lo que las legislaciones nacionales ordinariamente consideran como parte integral del principio de legalidad¹¹³⁶ y también sobre lo que suele ser exigido por el derecho consuetudinario internacional.¹¹³⁷ La jurisprudencia de la CPI no le ha prestado demasiada atención a esta fuerte exigencia que impone el artículo 22(2), ER, que en general ha sido relegada al rol regla subsidiaria dado que el ER debería interpretarse en primer lugar según las regla de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹¹³⁸ Sin embargo, no puede desconocerse la existencia del artículo 22(2), ER, y, además, debe ser tomado en serio, de modo tal que ante dos posibles *interpretaciones plausibles* o *razonables* de un elemento de un crimen,¹¹³⁹ debe

1135 Sobre esta versión fuerte del principio de *lex stricta*, véase FERRANTE (2011: 18).

1136 SATZGER (2012: 221). En Alemania, por ejemplo, no existe una regla que obligue a los jueces a elegir la interpretación más estricta entre dos o más interpretaciones razonables de un término jurídico. En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha hecho referencia a este principio, pero suele ser ignorado en la práctica. Cf. DUBBER & HÖRNLE (2014: 99 s.).

1137 AMBOS (2013a: 90).

1138 Coincide en que no se ha tomado en serio este principio, Kreß (2010: 863). Véase, como ejemplo de la postura asumida por la CPI: Corte Penal Internacional, Sala de de Primera Instancia II, Situación en la República Democrática del Congo, Fiscal c/ Germain Katanga, “Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut”, ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014, párr. 1183. Respecto de los fuertes argumentos que desaconsejan la utilización de las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para interpretar los tipos penales del ER, véase JACOBS (2014).

1139 De ese modo, deberían ser dejadas de lado interpretaciones que favorezcan al autor pero que sean absolutamente irrazonables. En ese sentido, señalando que debe tratarse de una diferencia

prevalecer la más restrictiva.¹¹⁴⁰

Si se aplican estos parámetros al problema de la interpretación del elemento organización, la solución que ofrece el ER es la siguiente: tanto la tesis restrictiva como la tesis amplia son interpretaciones *plausibles* del concepto de organización del artículo 7(2)(a), como parte integral de los crímenes de lesa humanidad.¹¹⁴¹ Frente a esta situación de ambigüedad, debe prevalecer la más favorable para los acusados, esto es, la llamada “tesis restrictiva”.¹¹⁴² De ese modo, en la disputa sobre qué organizaciones pueden dar lugar al contexto propicio para la comisión de crímenes de lesa humanidad, la CPI debería aplicar la que considera que el artículo 7(2)(a) sólo se refiere a organizaciones asimilables a un Estado.

3. Reflexiones finales

Lo señalado hasta aquí permite llegar a la conclusión de que ante la disputa entre dos interpretaciones, más o menos plausibles, del término “organización” del artículo 7(2)(a), ER, los magistrados de la CPI debieron haber aplicado la interpretación más restrictiva, esto es, aquella que considera que sólo organizaciones asimilables a un Estado pueden dar lugar a una ataque apto para configurar un crimen de lesa humanidad (postura minoritaria del juez Kaul en la decisión sobre la apertura de la investigación en la situación de Kenia). Esta solución se deriva de las altas exigencias que impone un entendimiento leal del artículo 22(2), ER: ante dos alternativas hermenéuticas razonables, debe aplicarse la más favorable al autor.

De todos modos, debe señalarse que la solución aquí propuesta resulta contingente. Como ya se señaló, los redactores del ER fueron más lejos incluso que los sistemas jurídicos nacionales, al establecer un concepto por demás robusto del *nullum crimen sine lege* con una regla especial que obliga a interpretar el derecho sustantivo, en caso de duda, a favor del autor (*in dubio pro reo* sustantivo). Por tanto, esta solución sólo resulta válida en el sistema del ER que, en ese sentido, puede ser considerado un régimen autónomo dentro del derecho internacional general.¹¹⁴³ Para de interpretación plausible Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c/ Krstić et al., “Judgement”, IT-98-33-T, 2 de agosto de 2001, párr. 502.

1140 CASSESE et al. (2013: 35).

1141 Este argumento presupone que los elementos de contexto de los crímenes de lesa humanidad forman parte del concepto de crimen internacional a nivel sustantivo (en términos de la teoría del delito, de la tipicidad), y no meros presupuestos jurisdiccionales, dado que en este último caso no se aplicaría el principio de legalidad. Si bien no se puede desarrollar en profundidad la cuestión aquí, lo cierto es que ya del hecho que el acusado deba conocer el contexto en el que se dan los crímenes de lesa humanidad está dando cuenta que su elemento subjetivo debe abarcar a dicho contexto, que formaría parte del tipo objetivo. Así AMBOS (2014: 144).

1142 Similar, aunque con un desarrollo mucho más breve, KRESS (2010: 863). Reconocen el problema y señalan que debe conciliarse el principio de legalidad con las interpretaciones basadas en la protección de derechos humanos, pero dejan el problema un tanto abierto HALL & STAHN (2016: 250).

1143 WERLE & BURGHARDT (2012: 1151 ss.).

ofrecer una solución válida para sistemas que adoptan una versión menos estricta del principio de legalidad, la solución deberá buscarse en otro lado, particularmente, en la reflexión sobre los fundamentos de los crímenes internacionales en general y de los crímenes de lesa humanidad en particular.

4. Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA

- AMBOS, K. (2011) “Crimes against Humanity and the International Criminal Court”, en SADAT, Leila (ed.) *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge: University Press, 279-304.
- AMBOS, K. (2013a) *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford.
- AMBOS, K. (2013b) “¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente”, en *Persona y Derecho* 68, 5-38.
- AMBOS, K. (2014) *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford.
- ASHWORTH, A. & HORDER, J. (2013) *Principles of Criminal Law*, 7.^a ed., Oxford.
- CASSESE, A. *et al.* (2013) *Cassese’s International Criminal Law*, 3.^a ed., Oxford.
- CHERIF BASSIOUNI, M. (2011) *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge.
- CHIESA, L. (2014) “Comparative Criminal Law” en DUBBER, M. y HÖRNLE, T. (eds.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2387304> [enlace verificado el 29/9/2016].
- DUBBER, M. y HÖRNLE, T. (2014) *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford.
- FERRANTE, M. (2011) “Argentina”, en DUBBER, M. y HELLER, K. (eds.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, 18-48.
- GRABENWARTER, C. (2014) *European Convention on Human Rights: A Commentary*, München, C.H. Beck.
- GRECO, L. (2015) *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Madrid (entre otras).
- HALL, C. & STAHN, C. (2016) “Article 7”, en TRIFFTERER, O. & AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3.^a ed., München: C.H. Beck (entre otras).

- HALLING, M. (2010) “Push the Envelope - Watch it Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes against Humanity”, en *LJIL* 3(4), 827-845.
- HANSEN, T. (2011) “The Policy Requirement in Crimes against Humanity: Lessons from and for the case of Kenya”, en *George Washington International Law Review*, 43(1), 1-42.
- HOCHMAYR, G. (2014) “Applicable Law in Practice and Theory. Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, en *JICJ* 12(4), 655-679.
- JACOBS, D. (2014) “Positivism and International Criminal Law: The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories” en D’ASPREMONT, J. & KAMMERHOFER, J. (eds.), *International Legal Positivism World*, Cambridge. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2046311> [enlace verificado el 29/9/2016].
- KRESS, C. (2010) “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC *Kenya* Decision”, *LJIL* 23(4), 855–873.
- KURTH, M. (2013) “The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber’s Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity”, en *Göttingen Journal of International Law* 5(2), 431-453.
- MONTIEL, J. (2012) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, Madrid.
- ROBINSON, D. (2011) “Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC”, en *EJIL: Talk!*, 27 de septiembre de 2011, disponible en <http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/> [enlace verificado el 29/9/2016].
- SADAT, L. (2013) “Crimes against Humanity in the Modern Age”, en *AJIL* 107, 334-377.
- SATZGER, H. (2012) *International and European Criminal Law*, München: C.H. Beck (entre otras).
- SCHABAS, W. (2008) “State Policy as an Element of International Crimes”, *Journal of Criminal Law and Criminology* 98(3), 953-982.
- SCHABAS, W. (2010a) “Prosecuting Dr Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: Closing the Loopholes”, en *LJIL* 23(4), 847-853.
- SCHABAS, W. (2010b) *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford.
- WERLE, G. & BURGHARDT, B. (2012) “Do Crimes against Humanity Require the Participation of a State or a ‘State-like’ Organization”, en *JICJ* 10(5), 1151-

1170.

WERLE, G. & JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law*, 3.^a ed., Oxford.

La Costumbre Internacional: ¿una fuente *taboo* en el derecho internacional penal? Su relación con el principio de legalidad

ROMINA E. PEZZOT¹¹⁴⁴

Universidad de Buenos Aires

Quisiera comenzar mi ponencia utilizando como disparador un fragmento del voto en disidencia del Juez Geoffrey ROBERTSON en el caso “Fiscal v. Sam Hinga Norman”, ante la Corte Especial para Sierra Leona. El Juez ROBERTSON expresó a través de su voto que: “...it is precisely when the acts are abhorrent and deeply shocking that the principle of legality must be most stringently applied, to ensure that the defendant is not convicted out of disgust rather than evidence, or of a non-existent crime...”¹¹⁴⁵

La crueldad del ser humano muchas veces deja al derecho sin respuestas y por intentar darlas puede ocurrir que se vulneren garantías esenciales de los individuos tal como lo es el *principio de legalidad*.

El principio de legalidad es la garantía penal por excelencia que simboliza la protección de la libertad de los individuos frente a la arbitrariedad del poder soberano representado a través del ejercicio del *ius puniendi* (ya sea de los Estados o de la comunidad internacional),¹¹⁴⁶ que impide que un individuo sea considerado penalmente responsable por un acto u omisión que no se encontraba prohibido al momento de su realización. La mera posibilidad que una persona pierda su libertad como consecuencia de la aplicación de una sanción, exige que pueda conocer con anticipación qué conductas son consideradas reprochables para decidir si respeta o no las prohibiciones derivadas del derecho vigente y aplicable en ese momento. Según BROOMHALL, es un principio fundamental para cualquier sistema penal que aspire a ser respetuoso de un estado de derecho.¹¹⁴⁷

Explican KREß y CASSESE que sus raíces se encuentran en el período del

1144 Abogada cum laude UBA. Tesista en la Maestría en Relaciones Internacionales (UBA). Profesora Adjunta (Int.) de Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional Humanitario (grado) en la Facultad de Derecho de la UBA. Jefe de Trabajos Prácticos regular de Derecho Internacional Público (grado) en la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del Poder Judicial de la Nación. El presente trabajo se encuentra enmarcado en el Proyecto DeCyT 2014-2016 DCT¹⁴²³ “El derecho aplicable por los tribunales penales internacionales e híbridos: diálogos y (des)encuentros entre el derecho internacional público y el derecho penal”, dirigido por la Dra. Natalia M. Luterstein.

1145 Corte Especial para Sierra Leona, Fiscal v. Sam Hinga Norman, Caso No. SCSL-2004-14-AR72(E), Sala de Apelaciones, Decisión sobre la moción preliminar basada en la falta de jurisdicción, 31 de mayo de 2004, Opinión en disidencia del Juez Geoffrey Robertson, párr. 12.

1146 Cf. MARINIELLO (2013: 222).

1147 Cf. BROOMHALL (2008: 714).

Iluminismo y en la doctrina del contrato social, que abogaban por la separación de poderes en la época de las monarquías absolutas, lográndose en esa etapa su consagración filosófica y política.¹¹⁴⁸

El principio *nullum crimen sine praevia lege* es uno de los ejes centrales sobre los que se estructura el derecho penal —doméstico e internacional—. Se caracteriza por ser un ejemplo de aquello que la doctrina internacionalista denomina como *dualidad de fuentes* puesto que tiene el carácter de principio general de derecho, posee también naturaleza consuetudinaria e incluso se encuentra receptado en instrumentos de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

En el ámbito del derecho penal —local e internacional— es recurrente su invocación para objetar la atribución de responsabilidad internacional penal sobre la base de tipos penales de naturaleza consuetudinaria (en lo que respecta principalmente a crímenes internacionales). A tal punto que parecería ser que la costumbre internacional se habría transformado en una fuente creadora *taboo* dentro del derecho internacional penal. Es por tal motivo que cabe preguntarse, en primer lugar, si la costumbre internacional —en tanto fuente creadora del derecho internacional— es compatible con el principio de legalidad.

Para responder a esta pregunta es necesario recurrir a los instrumentos jurídicos internacionales que reconocen al principio de legalidad, pertenecientes al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, para determinar cuál es su contenido.

Es interesante tener en cuenta que no obstante su reconocimiento —con diferente alcance— en los derechos internos que componen los distintos sistemas jurídicos del mundo,¹¹⁴⁹ no resulta casual que su codificación internacional —tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho internacional humanitario— haya tenido lugar luego de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, la fuente material que influyó en su reconocimiento y en el contenido actual del principio de legalidad, ha sido el establecimiento y el funcionamiento de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg —a través del Acuerdo de Londres— y Tokio —en virtud de la Orden Ejecutiva dictada por el General Mac Arthur—¹¹⁵⁰ que fueron duramente criticados no sólo por su creación luego de ocurridos los hechos que serían juzgados, sino que además la defensa de los acusados consideró que su competencia

1148 KREB (2008: párr. 9) y CASSESE (2008: 37).

1149 BASSIOUNI (2003: 194) explica que para 1945: “1) All the families of legal systems prohibit ex post facto criminal laws, but not all of them extend it to an absolute non-retroactive application of some penal aspects. 2) The principle of no crime without criminal law is widely recognized, an while in some systems it prohibits reliance on judicial analogy (i.e., the Romanist-Civilist-Germanic systems), in others it permits it (i.e., the common law, Islamic and Marxist-Socialist systems) (...). 3) The principle of no penalty without law is probably the one that is applied with the greatest diversity. In some systems judicial discretion is wide and includes indeterminate and alternative sentencing, while in others the judge can apply a sentence by analogy to another similar crime”.

1150 Cf. CASSESE, A., GAETA, P. & JONES, J. (eds.) (2002: 733-734).

material era contraria al principio de legalidad.¹¹⁵¹

Tales críticas tuvieron eco en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, dado que en su ámbito se adoptaron diversos documentos e instrumentos que —de manera expresa y tácita— receptaron el principio de legalidad; circunstancia que resulta relevante en función de uno de los propósitos de esa organización: “Realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos (...)” (artículo 1.3 de la Carta).

En este sentido, la Asamblea General aprobó la Resolución 95 (I) en la que confirmó los principios del derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal, siendo encabezados los mismos por el Principio I que establece: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.” A través de él se reafirma expresamente el principio de la responsabilidad internacional penal del individuo, reconociéndose que el derecho internacional es una fuente directa de obligaciones para los individuos sin ser necesaria la intermediación del derecho local de los Estados. Asimismo, el contenido del Principio I permitiría interpretar que en él se efectúa una referencia implícita del principio de legalidad cuando menciona “que constituya delito de derecho internacional”.

Luego, en consonancia con ello y en virtud del propósito del artículo 1.3 de la Carta, la Asamblea General aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que en su artículo 11.2 establece: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.” El principio de legalidad finalmente se transformó en derecho internacional positivo convencional (puesto que la citada declaración *per se* carece de obligatoriedad), en el ámbito universal de protección de los derechos humanos, gracias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) que en su artículo 15 dispone:

*1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. (...) 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*¹¹⁵²

1151 En el caso en particular del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, los acusados en su defensa sostuvieron que: “It was urged on behalf of the defendants that a fundamental principle of all law -international and domestic- is that there can be no punishment of crime without a pre-existing law. “Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.” It was submitted that ex post facto punishment is abhorrent to the law of all civilized nations, that no sovereign power had made aggressive war a crime at the time that the alleged criminal acts were committed, that no statute had defined aggressive war, that no penalty had been fixed for its commission, and no court had been created to try and punish offenders.”, ver Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Sentencia, 01/10/1946, Nuremberg, 1947, vol. I, p. 219.

1152 En el ámbito regional europeo, la esencia de esta disposición del Pacto, también ha sido receptada en el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Liber-

Asimismo, en el derecho internacional humanitario también se encuentra reconocido, por ejemplo en el artículo 99 del Tercer Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de los prisioneros de guerra: “Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la Potencia detenedora o en el derecho internacional vigentes cuanto se ha cometido dicho acto.” También el artículo 67 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, establece en cuanto a la legislación penal que: “Los tribunales solo podrán aplicar las disposiciones legales anteriores a la infracción y conformes a los principios generales del derecho (...)” Además, en el artículo 75.4.c del Protocolo Adicional I (1977) se dispone: “nadie será acusado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse.” El Protocolo Adicional II (1977) también lo consagra en el artículo 6.2.c: “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho (...)”.

Tales textos convencionales evidencian que el principio de legalidad es una garantía fundamental reconocida también en el derecho internacional humanitario, que ampara a todas aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades o que se encuentran fuera de combate y que están en poder de una de las partes de un conflicto armado internacional o sin carácter internacional. Conforme la práctica de los Estados, este principio posee naturaleza consuetudinaria en el derecho internacional humanitario, según el estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en el que esta máxima jurídica fue plasmada en la Regla 101: “Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal.”¹¹⁵³

Las normas jurídicas mencionadas precedentemente poseen una característica en común: en ellas expresamente se hace referencia al “derecho internacional” como rama del derecho de la cual puede emanar una prohibición de naturaleza penal. Incluso, el párrafo 2º del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conocido como “cláusula Nuremberg”) enfatiza que la ausencia de una prohibición penal en el ordenamiento jurídico interno de un Estado no es un impedimento para el juzgamiento de conductas consideradas criminales por el derecho internacional al

tades Fundamentales (1950). Mientras que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre lo reconoce en el artículo XXV: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.”; así como también la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en su artículo 9: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.” Por último, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), establece en el artículo 7.2: “Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió.”

1153 Ver HENCKAERTS, J. M., & DOSWALD-BECK, L. (2007: 341 y 422-424).

momento de su comisión.¹¹⁵⁴

De esa manera, a través de tales textos jurídicos internacionales positivos se consagró el principio de legalidad en el plano internacional, se estableció su expresa compatibilidad con el derecho internacional, y se legitimó el trabajo desarrollado por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.¹¹⁵⁵

Dado que en ninguno de esos instrumentos se menciona en concreto a través de qué fuentes creadoras del derecho internacional se puede tipificar una conducta como ilícita, es que debe tomarse como referencia el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que enuncia cuáles son las fuentes formales en sentido estricto del derecho internacional —a las que podrá recurrir para cumplir con sus funciones—: los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho. Señala BASSIOUNI, que de esas tres fuentes, los principios generales de derecho son los más propensos a no cumplir con el principio de legalidad; por tal motivo es que considera que sería deseable que sus funciones dentro del derecho internacional penal se acotasen a auxiliar en la interpretación y clarificación de las obligaciones convencionales y consuetudinarias.¹¹⁵⁶ En consecuencia, los delitos y crímenes internacionales pueden ser tipificados por fuentes convencionales o consuetudinarias, debiendo cumplir con el principio de legalidad las normas adoptadas a través de cualquiera de esos dos procesos de creación.

Esa compatibilidad entre la costumbre y el principio de legalidad fue reafirmada por el Secretario General de Naciones Unidas en su informe dirigido al Consejo de Seguridad sobre la creación de un tribunal internacional penal para el juzgamiento de las personas responsables de violaciones serias al derecho internacional humanitario en el territorio de la ex Yugoslavia. En él se hizo especial énfasis en que la aplicación del principio de legalidad requería que el tribunal internacional aplicara normas del derecho internacional humanitario que sin lugar a dudas eran costumbre internacional.¹¹⁵⁷

1154 Cf. BROOMHALL (2008: 721) y ARAJÁRVI (2010-2011: 176).

1155 En atención al contenido especial que posee el principio de legalidad en el ámbito internacional, dado (entre otros) por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, cabe recordar que tales instrumentos jurídicos —en virtud del artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— poseen jerarquía constitucional en el derecho interno de la Argentina y que son complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de dicho texto constitucional. No obstante esa relación de complementación existente y declarada por los convencionales constituyentes en 1994, lo cierto es que la Argentina al momento de expresar su consentimiento en obligarse por el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos formuló la siguiente reserva al artículo 15.2: “El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto (...) deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.” (ley aprobatoria 23.313, B.O. 13/05/1986).

1156 BASSIOUNI (2003: 224).

1157 Informe del Secretario General de conformidad con el párrafo segundo de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704, 3 de mayo de 1993, párr. 34. Así, expresamente mencionó que tenían tal carácter los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el IV Convenio de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbre de la guerra terrestre y su Reglamento Anexo, la Convención

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), el principio de legalidad fue codificado en el artículo 22 de su Estatuto con un alcance peculiar debido a que esa jurisdicción internacional penal sólo podrá conocer respecto de aquellas conductas que puedan constituir —al momento de su comisión— algunos de los crímenes expresamente tipificados en ese tratado internacional.¹¹⁵⁸ No obstante que el principio bajo análisis se encuentre acotado al propio Estatuto, en él se reconoce la posibilidad que existan otras conductas que hayan sido tipificadas por el derecho internacional independientemente de ese Estatuto (artículo 22.3), a la par que la costumbre es una de las fuentes enunciadas como derecho aplicable por esa jurisdicción internacional penal en el artículo 21.

En conclusión, la creación de conductas prohibidas penalmente vía normas jurídicas internacionales convencionales y/o consuetudinarias es conforme al principio de legalidad según los instrumentos jurídicos internacionales citados. Como consecuencia de dicha compatibilidad es que BASSIOUNI propone reformular esa máxima en latín por *nullum crimen sine jure*, donde el vocablo *jure* resulta comprensivo de toda norma jurídica positiva.¹¹⁵⁹

1. ¿La costumbre internacional una fuente taboo en el derecho internacional penal?

Aclarada entonces la compatibilidad expresa del principio de legalidad con la costumbre internacional —como fuente creadora— cabe preguntarse ¿por qué motivo es una fuente *taboo* en el derecho internacional penal?¹¹⁶⁰ Es decir ¿por qué es una fuente creadora cuestionada o cuyo uso genera reticencia? Para dar una respuesta resulta útil recordar que en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la costumbre internacional ha sido definida como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. De su definición surge que se trata de una norma jurídica no escrita y que para ser aplicada previamente deben probarse sus elementos (la práctica y la *opinio iuris sive necessitatis*) para poder concluir que se trata de derecho positivo consuetudinario. En consecuencia, la prueba de una norma consuetudinaria internacional penal es el aspecto más complejo de la costumbre

sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, ver párr. 35. No obstante el contenido de ese informe, en el Estatuto del TPIY no se incluyó de manera expresa al principio de legalidad.

1158 Cf. BROOMHALL (2008: 722-723), quien efectuando una interpretación literal del artículo 22 del Estatuto considera que el principio de legalidad se encuentra acotado a los crímenes enunciados en el artículo 5, más no a los delitos contra la administración de justicia establecidos en el artículo 70, puesto que en el artículo 22 se emplea el término “crímenes”.

1159 BASSIOUNI (2003: 202).

1160 Cf. GRADONI (2004: 1), quien menciona que si bien la costumbre internacional es una fuente aceptada en el artículo 21.1.b del Estatuto de la Corte Penal Internacional, al haber sido incorporada a través de la frase “principios y normas del derecho internacional” es que parecería ser que nombrarla se ha convertido casi en un taboo.

internacional como fuente creadora dado que su resultado es el que determinará si el principio de legalidad ha sido o no respetado en el caso concreto. Así, *el éxito de la conformidad de una costumbre internacional con el principio de legalidad radica en la seriedad y rigurosidad de los trabajos investigativos previos realizados por un tribunal para reunir los elementos probatorios pertinentes que den cuenta de manera sólida y convincente de la existencia de la costumbre en cuestión.*

Al respecto, resulta ilustrativo tomar como referencia el caso “ARANCIBIA CLAVEL” en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) concluyó que el formar parte de una asociación ilícita destinada a cometer crímenes de lesa humanidad era en sí mismo un crimen de lesa humanidad de carácter imprescriptible (considerandos 17° y 18°).¹¹⁶¹

Para así concluir, la CSJN tuvo en cuenta que esa forma de participación — la asociación ilícita— estaba contemplada en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), en la Convención para la prevención y sanción del crimen de Genocidio (1948), y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998), todos ellos instrumentos internacionales que además tipificaban como crímenes de lesa humanidad a los actos ilícitos que los integrantes de la Dirección de Inteligencia Nacional Exterior (órgano perteneciente al Estado chileno) habían cometido en la Argentina (homicidio, tormentos y desaparición forzada, entre otros). Consideró que constituía un contrasentido que si el homicidio o la tortura eran delitos contra la humanidad, formar parte de una asociación para cometerlos no lo fuera. En el caso en particular de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Corte señaló que su ratificación por la Argentina en años recientes significaba la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial permitía afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Recordó en tal sentido la opinión del Procurador General en la causa M.960.XXXVII “Masera, Emilio Eduardo S/ Incidente de excarcelación” (sentencia del 15 de abril de 2004), quien consideró que la expresión desaparición forzada de personas no era más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (considerando 13°).

Asimismo, la CSJN declaró que la asociación ilícita para cometer crímenes de lesa humanidad era imprescriptible en virtud de lo establecido en la Convención

1161 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, Causa N° 259, resuelta el 24 de agosto de 2004, Fallos 327: 3312. El imputado Enrique L. Arancibia Clavel formaba parte de un grupo perteneciente a la Dirección de Inteligencia Nacional Exterior (DINA Exterior) de la República de Chile que operaba en la Argentina con el propósito de perseguir, reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen instaurado en aquel entonces en ese país vecino.

sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (1968), instrumento jurídico que —según la Corte— era la culminación de un largo proceso que había comenzado en la década de 1960 y que había concluido con la adopción de ese tratado en el que se reconoció una norma ya vigente en función del derecho internacional de origen consuetudinario, que a su vez poseía naturaleza imperativa o *ius cogens* (considerandos 26°, 27° y 28°), y que el Estado argentino había contribuido a su formación (considerando 31°).

Para fundamentar esa contribución del Estado argentino a la creación de esa costumbre internacional imperativa, la Corte tuvo en cuenta el voto del ex Juez de ese tribunal Gustavo A. BOSSERT en el caso “PRIEBKE”.¹¹⁶² El Dr. BOSSERT entendió que era prueba suficiente de la existencia de la costumbre que reconocía la imprescriptibilidad: el número de ratificaciones y adhesiones a la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad; las prácticas análogas a nivel interno adoptadas por los Estados Partes o no de ese tratado (aunque no los individualizó); la adopción de la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra de 1974; el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (que consagra la imprescriptibilidad en su artículo 7°); y las sucesivas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas instando a los Estados a ratificar esa Convención. También consideró que el Estado Argentino había contribuido a la formación de esa costumbre al aprobar el Poder Legislativo la mencionada convención, explicando que pese a que aun la Argentina no la había ratificado en ese momento, a nivel interno no se había adoptado medida contraria a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (considerandos 82° a 89°).

Si bien los elementos probatorios a los que recurrió la CSJN en el caso “ARANCIBIA CLAVEL” son idóneos para verificar una costumbre internacional, no resultarían ser suficientes debido a la naturaleza de la norma jurídica que se pretende probar: de derecho internacional general¹¹⁶³ y además de *ius cogens*, por lo que debería haberse constatado el consenso de los Estados al respecto.¹¹⁶⁴ En ese sentido, la supuesta codificación de una norma consuetudinaria en un tratado no sería prueba suficiente debido a que además deberían individualizarse a los Estados que contribuyeron con su formación y la manera en que lo hicieron (qué actos realizaron tales entidades estatales —y a través de qué órganos— que acreditan su comportamiento y su *opinio*

1162 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición”, Causa N° 16.063/94, resolución del 2 de noviembre de 1995, Fallos: 318:2148.

1163 Explica DIEZ DE VELAZCO (2005: 140) que la noción de “derecho internacional general” se refiere a aquellas normas internacionales consuetudinarias que “obligan en principio a todos los Estados, salvo que se hayan opuesto a la misma en su período de formación de manera inequívoca y expresa (regla de la objeción persistente)”.

1164 Entiende GUTIERREZ POSSE (2006: 34) que las normas de derecho internacional general son el reflejo o el resultado del consenso de los Estados en un momento dado (y no del consentimiento expreso o implícito de cada uno de ellos). En igual sentido, para REMIRO BROTONS (2007: 505) que generalidad no implica universalidad ni unanimidad sino mas bien consenso.

iuris). En cuanto a las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, si bien son un instrumento valioso, no son vinculantes (conforme el artículo 10 y siguientes de la Carta) motivo por el cual con más razón es importante verificar la conducta seguida por los Estados Miembros en la materia (si conformaron o no su actuar en relación a lo sugerido por la Asamblea General). Además, tampoco se indica en el fallo de referencia qué valor posee el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión de Derecho Internacional. Asimismo, la Corte tampoco aclara si las pruebas invocadas son evidencia de la práctica del Estado Argentino (elemento objetivo) y/o de su *opinio iuris* (elemento subjetivo). Cabe recordar que dado la estructura binaria de la costumbre internacional,¹¹⁶⁵ es que sus dos elementos deben ser constatados, más aún la *opinio iuris* que es precisamente el que permite diferenciar a una norma consuetudinaria de una mera práctica de cortesía o de usos internacionales.

Entonces, el *taboo* generado alrededor de la costumbre internacional como fuente creadora de tipos penales (principalmente de crímenes internacionales) radicaría en que se trata de una norma jurídica no escrita y en la posibilidad de que su prueba no sea realizada de manera estricta. Esta circunstancia en última instancia podría redundar en una eventual vulneración del principio de legalidad y a su vez generaría incertidumbre y desconfianza hacia el derecho internacional penal, socavando así su legitimidad.

Es dable recordar y destacar el valor y la función de la “jurisprudencia” para el derecho internacional público —y sus ramas— como fuente auxiliar o formal en sentido amplio: verificar que efectivamente es derecho positivo aquella norma jurídica internacional consuetudinaria invocada por las Partes.¹¹⁶⁶ Por tal motivo es que resulta de extrema responsabilidad la labor de los jueces a la hora de constatar la existencia de una regla de derecho consuetudinario.

Atento a ello ¿de qué manera se podría lograr que el proceso probatorio de las normas consuetudinarias internacionales penales sea idóneo? Ello, para que su resultado —en definitiva— sea respetuoso del principio de legalidad, y así lograr que la costumbre deje de ser fuente creadora *taboo* en el derecho internacional penal para ser definitivamente una fuente creadora confiable.

Quizás una posible solución podría ser la adopción de un *reglamento interno* en los tribunales —locales e internacionales— en el que se implementase un método de constatación o identificación de la costumbre internacional general de naturaleza penal.

Señala BARBERIS que toda actividad humana en la que se desea obtener un

1165 REMIRO BROTONS (2007: 503-504).

1166 MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ POSSE (1977: 153-154) EXPLICAN QUE: “LAS DECISIONES JUDICIALES NO SON POR SÍ MISMAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES CON EL ALCANCE DE FUENTES CREADORAS DE DERECHO, SINO LA PRUEBA FEHACIENTE Y DIRECTA DE LA EXISTENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA PREEXISTENTE. (...) CUANDO LA CORTE DEBA APLICAR UNA COSTUMBRE INTERNACIONAL, QUE NO HA SIDO FORMULADA CON PRECISIÓN POR LA PRÁCTICA REITERADA DE LOS ESTADOS, SERÁ LA MISMA CORTE LA LLAMADA A VERIFICAR EL CONTENIDO Y ALCANCE DE AQUÉLLA.”

resultado se debe seguir un método o procedimiento determinado, lo cual se aplica a un agricultor que cultiva espárragos así como a un cocinero que desea preparar una *bouillabaisse* y con más razón a un juez que debe verificar que es derecho positivo una norma internacional consuetudinaria.¹¹⁶⁷

A través de ese reglamento, se brindarían parámetros para la realización de la actividad probatoria mediante el establecimiento de estándares mínimos de prueba que deberían reunirse para acreditar que la costumbre es derecho positivo. Su implementación, sobre todo en tribunales internacionales penales (que son tomados como ejemplo por sus pares a nivel nacional), podría lograr uniformidad y transparencia al momento de probarla, lo cual a su vez generaría la adquisición de experiencia en la materia o *know-how* que podría ser transferido a los nuevos integrantes del tribunal internacional así como a las jurisdicciones penales domésticas de los Estados.

Dado entonces que la tarea de determinar la existencia y contenido de una norma internacional penal de naturaleza consuetudinaria y de carácter general consiste básicamente en analizar el comportamiento de los Estados (ya sea sus actos como sus omisiones), en el reglamento sugerido se podría especificar si se establecerá un grupo o una “elite de jurisdicciones penales locales” cuya práctica sería tomada especialmente como referencia del consenso general buscado por encontrarse en la vanguardia de la interpretación y aplicación del derecho internacional penal¹¹⁶⁸ (tal como ocurre con los Estados con frente marítimo en el caso del derecho internacional del mar o con los Estados poseedores de armas nucleares en lo que hace a la legitimidad de su uso, cuyos comportamientos tienen un peso significativo en esas materias).¹¹⁶⁹ O, por el contrario, se podría aclarar que se prescindiría de la creación de un grupo especial de países puesto que, al encontrarse en juego la tutela de valores fundamentales, todos los Estados pueden contribuir de igual manera a la formación de una costumbre internacional.

En virtud del principio de unidad del Estado es que la práctica de cualquiera de sus órganos (con funciones ejecutivas, legislativas o judiciales) puede contribuir a la formación de una norma consuetudinaria, ya sea que tenga lugar en el ámbito local como en el internacional, por lo que debería relevarse el comportamiento estatal en

1167 BARBERIS (1994: 81).

1168 Al analizar el proceso de verificación de la costumbre internacional llevado adelante por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, GRADONI (2004: 8) detectó que habitualmente esa jurisdicción internacional penal recurría a la práctica de una elite de jurisdicciones nacionales sin siquiera preguntarse si esa práctica realmente reflejaba una *opinio iuris gentium*.

1169 La CIJ al evaluar si una norma convencional se había transformado en costumbre internacional general, consideró que una participación muy amplia y representativa en la convención podría ser suficiente en sí misma, siempre que incluyera la de los Estados cuyos intereses se veían especialmente afectados por la norma bajo análisis; ver Corte Internacional de Justicia, “Asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte” (República Federal de Alemania/Dinamarca y República Federal de Alemania/Reino Países Bajos), Sentencia, 20 de febrero de 1969, I.C.J. Reports 1969, párag. 73. Según SHAW (2008:79) la costumbre internacional puede ser creada por unos pocos Estados a condición que éstos se encuentren íntimamente conectados o posean una relación especial con la materia en cuestión.

ambas facetas de actuación.

En el caso de los tratados que codifican una costumbre internacional, la mera alegación de ello no es suficiente sino que debe ser constatado. En el reglamento propuesto se podría incluir que se deberían analizar los respectivos trabajos preparatorios para determinar las propuestas y posturas de los Estados Negociadores en tal sentido. También resultará útil determinar cómo votó cada Estado Negociador el artículo que supuestamente codifica una costumbre internacional para así saber si contribuyó o no a su formación (a favor, en contra o su abstuvo). Esto debería realizarse más aún cuando un tratado fue adoptado con posterioridad al momento en que ocurrieron los hechos que se juzgan. Asimismo, el número de Estados Partes de un tratado puede ser un indicio de que su contenido o algunas de sus disposiciones se ha transformado en costumbre internacional, aunque también debe ser constatado específicamente.

También puede incluirse en el reglamento que se debería tener en cuenta la *jurisprudencia* de tribunales internacionales penales, incluidos aquellos denominados “híbridos” o “mixtos”.¹¹⁷⁰

Asimismo, dentro de la categoría *doctrina*, además de las obras de juristas o expertos en derecho internacional penal, en el reglamento interno también podrían incluirse los trabajos de investigación realizados en la materia por entes especializados en derecho internacional (como la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas), entidades académicas renombradas, sujetos como el Comité Internacional de la Cruz Roja¹¹⁷¹ e, incluso, ONGs (pudiéndose acotar a aquellas que, por ejemplo, tienen trayectoria actuando como *amicus curiae* ante jurisdicciones internacionales penales). Y en relación a tales trabajos, se podría verificar cuál fue la reacción o recepción que tuvieron por parte de los Estados.

Desde ya que pueden ser útiles las resoluciones adoptadas por organizaciones internacionales (como la ONU) u organismos especializados en determinada materia, siendo necesario aclarar el valor que poseen tales documentos, sobre todo si son vinculantes para los Estados Miembros dado que ello condiciona sus comportamientos. De igual modo, la manera en que votaron los Estados esas resoluciones debería ser un elemento probatorio a recabar y analizar.

2. Conclusiones

1170 Los denominados tribunales mixtos o híbridos surgieron como alternativa a los tribunales penales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Rwanda, que habían sido duramente criticados debido a la lentitud de sus procesos, a los altos costos económicos de su mantenimiento y a su lejanía de las poblaciones locales que buscaban justicia. Así, estos tribunales híbridos se caracterizan por haber sido creados por un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Estado interesado, por aplicar legislación internacional y local del Estado Parte, y por estar integrados por jueces y fiscales nacionales e internacionales. Ver BEIGBEDER (2011: 107).

1171 Tal como el estudio realizado sobre aquellas normas del derecho internacional humanitario que poseen naturaleza consuetudinaria, denominado El derecho internacional humanitario consuetudinario.

Al ser consagrado el principio *nullum crimen sine praevia lege* en el ámbito internacional (en particular en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario), expresamente se declaró su compatibilidad con el derecho internacional público como ordenamiento jurídico del cual pueden emanar prohibiciones penales a través de sus fuentes creadoras entre las que se encuentra la costumbre internacional.

No obstante ello, al ser una norma jurídica no escrita es que la costumbre internacional se habría convertido en una fuente creadora *taboo* de tipos penales como consecuencia quizás de la deficiencia de los trabajos probatorios realizados por los tribunales competentes que intentaron acreditar que era derecho positivo.

La seriedad de los valores jurídicos en juego así como también la gravedad de las consecuencias en derecho para quien resulte condenado por haber cometido crímenes internacionales, amerita que la prueba de la costumbre se realice de manera rigurosa y meticulosa. La posible implementación de un reglamento interno por parte de los tribunales locales e internacionales en el que se estableciese un método de constatación de la costumbre internacional general de naturaleza penal:

i) generaría *transparencia y claridad* en el proceso de verificación, lo cual reduciría la posibilidad de vulneración del principio de legalidad; ii) brindaría *seguridad jurídica* a las partes del proceso (y a la comunidad internacional en general) al evitar que la prueba de la costumbre internacional dependa del criterio individual de cada juez; y iii) reforzaría la *legitimidad* del derecho internacional penal.

3. Bibliografía

Fuentes primarias

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte” (República Federal de Alemania/Dinamarca y República Federal de Alemania/Reino Países Bajos), Sentencia, 20 de febrero de 1969, *I.C.J. Reports 1969*.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “ARANCIBIA CLAVEL, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, Causa N° 259, resuelta el 24 de agosto de 2004, Fallos 327: 3312.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición”, Causa N° 16.063/94, resolución del 2 de noviembre de 1995, Fallos: 318:2148.

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Sentencia, 01/10/1946, Nuremberg, 1947, vol. I.

BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA

- AMBOS, K. (2013) *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and general part*, Oxford.
- ARAJÄRVI, N. (2010-2011) “Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International (Criminal) Law and the Principle of Legality”, en *Tilburg L. Rev.* 15, 163-182.
- BARBERIS, J. (1994) *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires.
- BASSIOUNI, C. (2003) *Introduction to International Criminal Law*, New York.
- BEIGBEDER, Y. (2011) *International Criminal Tribunals. Justice and Politics*, Nueva York.
- BROOMHALL, B. (2008) “Article 22: *Nullum crimen sine lege*”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 713-729.
- BROWNLIE, I. (2003) *Principles of Public International Law*, Oxford.
- CASSESE, A. (2008) *International Criminal Law*, Oxford.
- CASSESE, A., GAETA, P. & JONES, J. (eds.) (2002) *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford.
- DIEZ DE VELAZCO, M. (2005) *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid.
- GRADONI, L. (2004) “*Nullum crimen sine consuetudine*: a few observations on how the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has been identifying custom”, disponible en http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Gradoni_0.PDF [sitio consultado el 14-11-2017].
- GUTIERREZ POSSE, H. (2006) *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires.
- HENCKAERTS, J. M. & DOSWALD-BECK, L. (2007) *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge.
- KREß, C. (2008) “*Nulla poena nullum crimen sine lege*”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, disponible en www.mpil.de.
- MARINIELLO, T. (2013) “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court’s Jurisprudence”, en *Nordic Journal of International Law* 82, 221-248.
- MONCAYO, G., VINUESA, R. y GUTIERREZ POSSE, H. (1977) *Derecho Internacional Público, Tomo I*, Buenos Aires.
- REMIRO BROTONS, A. (2007) *Derecho Internacional*, Valencia.

Mujeres perpetradoras de crímenes internacionales

MARIANELA PAZ CLINAZ

Universidad de Buenos Aires

Al observar los casos que se encuentran en vigencia ante la Corte Penal Internacional puede destacarse que, de 23 casos en trámite, solo existe una orden de arresto se dictada contra una persona del género femenino, la Sra. Simone Gbagbo en la situación respecto de Costa de Marfil.

Así las cosas, en el Tribunal para la ex Yugoslavia, de 161 acusades (cuando se encuentren abarcadas personas de ambos géneros utilizaremos la y como forma de inclusión de ambos en el general), solo la Sra. Biljana Plavsic pertenecía al género femenino, la cual fue sentenciada a 11 años de prisión por la comisión de los crímenes de lesa humanidad de persecución, de exterminio y matanza, deportación y tratos inhumanos y crímenes de guerra.

Dados estos datos alarmantes, me he propuesto analizar e intentar dilucidar el porqué de estas diferencias de imputación en crímenes internacionales.

1. Biljana Plavsic

La primera mujer condenada por crímenes internacionales, fue la Sra. Biljana Plavsic quien fue condenada por el Tribunal Penal Internacional por la Ex Yugoslavia en base a su responsabilidad penal individual (artículo 7 inc. 1 del Estatuto del TPIY) y / o alternativamente por su responsabilidad penal superior (art. 7 inc. 3 Estatuto del TPIY) con: cinco cargos de crímenes de lesa humanidad (artículo 5 del Estatuto: persecuciones por motivos políticos, raciales y religiosos, exterminio, asesinato, deportación, alternativamente, actos inhumanos); un cargo de violaciones de las leyes o usos de la guerra (artículo 3 del Estatuto: asesinato).

Tuvo una distinguida carrera académica como profesora de Ciencias Naturales y Decana de la Facultad en la Universidad de Sarajevo. Se unió al Partido Democrático Serbio (a partir de ahora “SDS”) en julio de 1990. Fue elegida Representante Serbia para la Presidencia de la República Socialista de Bosnia y Herzegovina desde el 11 de noviembre de 1990 hasta diciembre de 1992, del 28 de febrero al 12 de mayo de 1992, fue Copresidenta en funciones, y de mayo a diciembre de 1992, fue miembro de las Presidencias colectiva y ampliada de la República Srpska.

En octubre de 1991, y en los meses siguientes, se llevaron a cabo políticas con

el objetivo de la separación étnica por la fuerza. Entre ellas, incluyeron el armado de partes de la población serbobosnia en colaboración con el Ejército Nacional Yugoslavo (“JNA”), el Ministerio del Interior (“MUP”) de Serbia y los paramilitares serbios. El SDS instruyó a los líderes locales a formar personal de crisis, preparar cuerpos gubernamentales municipales, movilizar la Defensa Territorial (“TO”) y las fuerzas policiales y subordinarlos al comando JNA. En lo cual la Sra. Biljana Plavsic, apoyó el objetivo y colaboró para lograrlo. El ICTY en su sentencia, determinó que la acusada apoyó el objetivo de varias maneras, por medio de: (a) servir como copresidente, apoyando y manteniendo el gobierno y el ejército a nivel local y nacional a través de los cuales se implementó el objetivo; (b) alentando la participación haciendo declaraciones públicas de que la fuerza estaba justificada porque ciertos territorios dentro de Bosnia Herzegovina eran serbios por derecho y los serbios debían temer el genocidio cometido contra ellos por parte de musulmanes bosnios y croatas de Bosnia; y c) invitando y alentando a los paramilitares de Serbia a ayudar a las fuerzas serbias de Bosnia a efectuar la separación étnica por la fuerza.¹¹⁷²

2. **Pauline Nyiramasuhuko**

Otro ejemplo de mujer perpetradora de crímenes internacionales es la Sra. Pauline Nyiramasuhuko, juzgada por el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, primera mujer condenada por el crimen de genocidio. Su caso dio muchísimo de qué hablar, respecto de la posibilidad de las mujeres de realizar actos tan crueles.

La Sra. Nyiramasuhuko, durante los eventos de 1994, se desempeñó como ministra de la familia y el desarrollo de las mujeres bajo el gobierno provisional dirigido por Jean Kambanda. El 12 de agosto de 1999, se declaró inocente de los 11 cargos en su contra, a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad, y violaciones graves de Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo adicional II.¹¹⁷³ Y fue condenada por genocidio, crímenes de lesa humanidad de exterminio, violación, persecución y otros tratos inhumanos, crímenes de guerra de graves violaciones al artículo 3 común a Ginebra, Convenios y Protocolo Adicional II -Violencia a la Vida, Salud y bienestar físico o mental de las personas y atentados a la dignidad personal.¹¹⁷⁴

3. **Simone Gbagbo**

1172 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Fiscal c. Biljana Plavsic, Sentencia, 27 de febrero de 2003, parr.11/13.

1173 Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Fiscal c. Pauline Nyiramasuhuko & Arsene Shalom Ntahobali, Transcripción Preunida, T. 12 Agosto 1999, pp. 24.

1174 Tribunal Penal Internacional para Rwanda, Cámara de Apelaciones II, Fiscal c. Pauline NYIRAMASUHUKO Arsène Shalom NTAHOBALI Sylvain NSABIMANA Alphonse NTEZIR-YAYO.

Joseph KANYABASHI Élie NDAYAMBAJE, Sentencia, 24 de junio 2011, parr.6186.

Así las cosas, Simone Gbagbo, quien se encuentra siendo investigada en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, es presuntamente responsable como coautora indirecta de los cuatro delitos de lesa humanidad cometidos supuestamente en el contexto de la violencia postelectoral en el territorio de Côte d'Ivoire entre el 16 de diciembre de 2010 y el 12 de abril de 2011:

- asesinato;
- violación y otra violencia sexual;
- persecución; y
- otros actos inhumanos.

Al emitir la orden, los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares declararon que existen motivos razonables para creer que:

•Tras las elecciones presidenciales en Costa de Marfil, las fuerzas pro-Gbagbo atacaron a la población civil en Abidján y en el oeste del país, desde el 28 de noviembre de 2010, contra civiles que creían eran partidarios del candidato opositor Alassane Outtara.

•Los ataques fueron generalizados y sistemáticos, se cometieron durante un período prolongado y en grandes áreas geográficas, y siguieron un patrón general similar.

•Los ataques solían dirigirse a comunidades étnicas o religiosas específicas y dejaban un gran número de víctimas denunciadas.¹¹⁷⁵

A pesar de que su orden de arresto fue emitida públicamente 22 de noviembre de 2012 de manera pública no ha sido hoy entregada a la Corte Penal Internacional.

4. Im Chaem

En las Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya, fue acusada en ausencia la Señora Im Chaem quien fue secretaria del distrito de Preah Net Preah en la zona noroeste de Camboya.

El 18 de diciembre de 2015, los jueces de coalición presentaron una notificación de conclusión de la investigación judicial contra Im Chaem.¹¹⁷⁶

Se creó un nuevo expediente, el caso 004/01, el 5 de febrero de 2016 en donde Im Chaem ha sido acusada de los siguientes presuntos crímenes:

•homicidio, como una violación del Código Penal Camboyano de 1956, presuntamente cometido en el centro de seguridad de Phnom Trayoung y en el lugar de trabajo de Spean Sreng;

1175 Corte Penal Internacional, Fiscal c. Simone Gbagbo, Orden de Arresto, 29 de febrero de 2012, parr.5/6.

1176 Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya, Fiscal c. Im Chaem Notificación de conclusión de la investigación judicial en contra de Im Chaem, 18 de diciembre de 2015.

- los crímenes contra la humanidad de asesinato, exterminio, esclavización, encarcelamiento, persecución por motivos políticos y otros actos inhumanos presuntamente cometidos en el centro de seguridad de Phnom Trayoung; y

- los crímenes contra la humanidad de asesinato, esclavitud, encarcelamiento y otros actos inhumanos presuntamente cometidos en el lugar de trabajo de Spean Sreng.¹¹⁷⁷

El 22 de febrero de 2017 se dio por culminado el procedimiento contra Im Chaem toda vez que los jueces coinvestigadores, determinaron que las Cámaras Extraordinarias de Camboya no poseerían competencia personal sobre la acusada, como consecuencia que ella no sería “senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible” de los crímenes.¹¹⁷⁸

De lo analizado surgió que Im Chaem no era un líder principal y debería caer en la categoría residual de otros que fueron “más responsables”. Sin embargo, la evidencia tampoco respalda tal descubrimiento, ya sea su posición en la jerarquía del Kampuchea Democrática (desde ahora DK) o la seriedad de su presunta conducta.

Hubo alrededor de un centenar de secretarios de distrito durante el tiempo de DK; la posición de un secretario de distrito era simplemente el tercer escalón desde la parte inferior de la jerarquía (arriba del pueblo y la comuna). La evidencia respalda la conclusión de que Ta Mok le encargó a la Sra. Chaem dirigir los cuadros de la Zona Suroeste hacia la Zona Noroeste y por lo tanto tuvo un rol que no correspondía al secretario de distrito promedio, sin embargo, el hecho de que inicialmente solo le dieron un papel como la secretaria del distrito una vez en la Zona Noroeste, convirtiéndose en miembro del comité del sector solo después. Asimismo, inicialmente fue considerada como una de las personas más responsables debido a la supuesta cantidad de 40000 muertes que surgieron solo del centro de seguridad Phnom Trayoung, que se encontraba dentro de su distrito.

5. Karma Mohamed Tahsin Al Khayat

El Tribunal especial para el Líbano acusó a Al Khayat quien era la Vicejefe de noticias y programas políticos de Al Jadeed TV de dos cargos de desacato, de conformidad con la Regla 60 bis (A) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal, por interferir a sabiendas e intencionalmente con la administración de justicia, a saber:

(i) Cargo 1: difusión y/o publicación de información sobre presuntos testigos confidenciales en Ayyash et al caso, socavando así la confianza pública en la

1177 Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya, Fiscal c. Im Chaem, Orden de separación de Im Chaem, 5 de febrero de 2016.

1178 Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya, Oficina de los jueces coinvestigadores, Fiscal c. Im Chaem, Orden de finalización, 10 de julio de 2017, parr.156.

capacidad del Tribunal para proteger la confidencialidad de la información sobre, o proporcionada por, testigos o posibles testigos; y

(ii) Cargo 2: no eliminar del sitio web de Al Jadeed TV y la información del canal de YouTube sobre supuestos testigos confidenciales en Ayyash et al. caso, violando así la Orden del Juez Preliminar del 10 de agosto de 2012.

En su Sentencia del 18 de septiembre de 2015, el Juez de desacato: declaró a la Sra. Al Khayat culpable del Cargo 2. En consecuencia, el 28 de septiembre de 2015, el Juez de Desprecio condenó a la Sra. Al Khayat a una multa de 10.000 euros.

Esta condena fue apelada y la Cámara de Apelaciones revocó la condena de 10.000 euros toda vez que se entendió que no estaba probada la capacidad de la imputada de descargar del canal de You Tube los episodios, tal y como se le había ordenado.¹¹⁷⁹

Cabe destacar que lo imputado a la Sra. Khayat no es un crimen internacional, es un delito contra la administración de justicia, por lo que la enumero solo a los fines de que se entienda que es la única mujer que fue investigada en la jurisdicción del Tribunal Especial para el Líbano.

6. Margaret Fomba Brima, Neneh Binta Bah Jalloh, Ester Kamara y Anifa Kamara

El 29 de abril de 2005, la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Especial Sierra Leona, emitió una orden, acusando a Margaret Fomba Brima, Neneh Binta Bah Jalloh, Ester Kamara y Anifa Kamara de haber interferido a sabiendas e intencionalmente con la administración de justicia del Tribunal Especial amenazando e intimidando el testigo protegido TF1-023, que había testificado y continuaba testificando en un procedimiento ante la Sala de Primera Instancia.”

El 27 de julio de 2005, Margaret Fomba Brima, Neneh Binta Bah Jalloh y Ester Kamara se declararon culpables. El juez Pierre Boutet, en calidad de juez único, aceptó sus motivos y las declaró culpables de conformidad con la Regla 62.¹¹⁸⁰

El juez Boutet ordenó que Anifa Kamara, que mantuvo su declaración de inocencia, sea juzgada por separado.¹¹⁸¹

1179 Tribunal Especial para el Líbano, Cámara de Apelaciones, Fiscal c. AL JADEED [CO.] S.A.L./NEW T.V. S.A.L. (N.T.V.) KARMA MOHAMED TAHSIN AL KHAYAT, 8 de marzo de 2016, punto VI.

1180 Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Juicio I, Fiscal c. Margaret Fomba Brima, Neneh Binta Bah Jalloh, Ester Kamara y Anifa Kamara. Sentencia condenatoria en Desacato, 21 de septiembre de 2005, parr.37.

1181 Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Juicio I, Fiscal c. Margaret Fomba Brima, Neneh Binta Bah Jalloh, Ester Kamara y Anifa Kamara. Sentencia condenatoria en Desacato, 21 de septiembre de 2005, parr.37.

El 21 de septiembre de 2005, Anifa Kamara informó al Tribunal que había decidido declararse culpable. El juez Boutet aceptó su declaración de culpabilidad y la declaró culpable de conformidad con la Regla 62.¹¹⁸² Fueron condenadas a un año de libertad condicional.

Lo que, ha de destacarse, es que todas las condenadas, son esposas de imputados por el tribunal.

Hemos de entender que no son crímenes internacionales, sino delitos contra la administración de justicia, sin embargo, nos resulta relevante a la hora de observar a las personas del género femenino siendo atravesadas por la justicia internacional.

Luego, de observar los distintos casos de las mujeres que han atravesado procedimientos tanto judiciales como administrativos dentro de tribunales penales internacionales nos queda cuestionarnos, porqué somos tan pocas, porqué mujeres no son condenadas, qué es lo que esta sucediendo para que esto pase.

Mi hipótesis es que la división por géneros de la esfera pública y privada tiene gran influencia en ello.

Aristóteles en su libro “La Política” afirma que el macho es superior por naturaleza a la hembra. Sosteniendo que uno gobierna, pues tiene mayores aptitudes de amo y el otro es gobernado, las mujeres somos las gobernadas, porque, este mismo autor caracteriza al género femenino en función de que- a su criterio- poseemos como aptitudes, la incapacidad para el mando, sumisión, pasividad, debilidad corporal, virtud propia de las tareas domésticas, irreflexiva emotividad, modestia y moderación, entre otras.¹¹⁸³

Ello ha encontrado diferentes formas de ser reproducido muy similarmente a través de la historia por diferentes autores:

1.- Hobbes asume a la familia patriarcal como unidad política y social, y naturaliza el carácter de dicha unidad, por lo que la subordinación de la mujer al hombre es parte de la autoridad de este.

2.-Jhon Locke, concluye que hay un fundamento de la sumisión de la mujer a su marido, ya que el hombre es mas capaz y mas fuerte. Así las cosas, entiende que la mujer ha de ser excluida de la esfera política porque se encuentra representada por su marido.

3.-Rousseau, a pesar de que en el estado naturaleza, hombres y mujeres son iguales y poseen las mismas libertades, se contradice al decir que las mujeres no poseen la autonomía y la libertad como valores humanos, y refuerza la autoridad del marido sobre la mujer con el fundamento de que es necesaria una sola autoridad para

1182 Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Juicio I, Fiscal c. Margaret Fomba Brima, Neneh Binta Bah Jalloh, Ester Kamara y Anifa Kamara. Sentencia condenatoria en Desacato,21 de septiembre de 2005.

1183 MAFFIA (2012: 108).

dilucidar aquellos asuntos en que hay dos opiniones y no puede llegarse a un acuerdo. Y porqué la opinión del varón nos preguntamos, y argumenta que *“la mujer dada su función reproductiva se encuentra aquejada por los malestares en algunos periodos de su vida que limitan su actividad.”*¹¹⁸⁴

Estos autores, pensadores de nuestra sociedad actual, han calado mucho mas profundo de lo que pensamos, las mujeres hemos sido privadas de la esfera pública por muchísimos años, hoy también.

Hemos de recordar que, a los fines de la comisión de crímenes internacionales, una persona ha de ocupar cargos de representatividad en algún Estado, o un cargo de alto rango en una organización *“state like”*, toda vez que la comisión de los tipos penales abarcados, requieren el poder de tomar decisiones sobre grandes cantidades de población o la utilización de recursos de un Estado. Ejemplo de ello es respecto del crimen de lesa humanidad: *“la “política de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.”*¹¹⁸⁵

En 2014, solo en 21 países a nivel mundial el puesto más alto estaba ocupado por una mujer: 11 presidentas -Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Kosovo, Liberia, Lituania, Malawi, Malta, República Centroafricana y Corea del Sur-, 9 primeras ministras -Bangladesh, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Eslovaquia, Jamaica, Letonia, Noruega, Senegal, Tailandia y Trinidad y Tobago - y la Canciller de Alemania.¹¹⁸⁶

Según cifras de la Unión Interparlamentaria correspondientes a mayo de 2014, las mujeres representan el 21,9% del promedio global de parlamentarios de ambas cámaras conjuntamente. En mayo de 2014, el promedio regional correspondiente a Asia era el 19%, el 13,4% para el Pacífico, el 22,9% para el África subsahariana, el 25,7% para las Américas, el 17,8% para los Estados Árabes, el 23,7% para Europa, excluidos los países nórdicos y el 25,3% para los países de OSCE y los países nórdicos. Las mujeres presidentas de una u otra cámara legislativa son también un indicador del progreso femenino en la política. La Unión Interparlamentaria señala que en mayo de 2014 solo 39 mujeres presidían una de las cámaras de 189 Parlamentos, de los cuales 78 eran bicamerales. Por consiguiente, las mujeres ocupaban solo el 14% del número total de 271 puestos de presidentas del Parlamento o de una de sus cámaras.¹¹⁸⁷

En el ámbito privado a pesar de los esfuerzos para avanzar en la diversidad de las juntas directivas por inversores institucionales y otros grupos, el progreso en paridad de género en los Estados Unidos es mínimo, de hecho, la proporción de mujeres en cargos directivos ha aumentado solo un 5% en los últimos diez años.

1184 MAFFIA (2012: 111).

1185 Elementos de los Crímenes, Artículo 7, Crímenes de Lesa Humanidad, Introducción, parr.3.

1186 Organización Internacional del Trabajo, La mujer en la gestión empresarial: cobrando impulso, pag.90.

1187 Organización Internacional del Trabajo, La mujer en la gestión empresarial: cobrando impulso, pág. 87.

Solo el 16% de los 1500 lugares directivos están cubiertos por mujeres. Menos que la proporción de directores llamados Robert, John, James y William.¹¹⁸⁸

Como conclusión de las estadísticas y números desarrollados previamente, podemos concluir muy rápidamente que estamos subrepresentadas, y, asimismo, ocupamos una proporción bastante menor de los cargos de poder que las personas del género masculino por lo que, la comisión de delitos internacionales resulta más dificultosa. Por lo que, la “maldad” extrema que personas, tanto hombres como mujeres, son capaces de hacer al cometer crímenes internacionales, no depende del género por cuestiones intrínsecas a cada género sino, es más el resultado de una falta de oportunidad que una falta de habilidad natural.¹¹⁸⁹

Los casos analizados, como el de Pauline y el de Biljana plasman la continua resistencia como sociedad de ver a las mujeres como iguales de lo que dice sobre su singularidad entre sus compañeras. Porque seguimos viendo a las mujeres como menos capaces que los hombres, menos dignas que los hombres y limitadas a los roles de objetos sexuales o madres. Se espera que estos casos muestren, que las mujeres son igualmente humanas, incluso en su capacidad para la violencia. Las mujeres hemos de ser tratadas de igual manera al cometer crímenes contra la humanidad, porque somos participantes iguales en la humanidad.¹¹⁹⁰

7. Bibliografía

MAFFIA, D. (2012) “*La utopía feminista*”, en ALEGRE M. Y GARGARELLA, R. (2a ed) Derecho a la Igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario, Buenos Aires.

SPERLING (2006) “*Mother of atrocities: Pauline Nyiramashibiko’s role in the Rwandan genocide*”, 33 Fordham Urb. L.J. 637.

STEANS, J. (2013) “*Gender and International Relations*” (3era ed.).

1188 Ey Center for Board Matters, Women on US boards: what are we seeing? Febrero 2015.

1189 STEANS JILL (1998: 92).

1190 SPERLING CARRIE (2006: 101).

Los “derechos humanos internacionalmente reconocidos” ante la Corte Penal Internacional¹¹⁹¹

MARTINA OLIVERA¹¹⁹²

Universidad de Buenos Aires

El artículo 21 del Estatuto de Roma establece, de manera innovadora respecto al resto de los Tribunales Internacionales, el derecho aplicable por la Corte Penal Internacional. Un aspecto relevante a resaltar es el papel que cumple el inciso tercero de este artículo, que hace referencia a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El objeto de este trabajo es analizar la aplicación e interpretación de esta disposición por parte de la Corte Penal Internacional, e intentar dilucidar qué papel ocupa dentro del artículo 21: si se trata de una simple pauta rectora o interpretativa a tener en cuenta o, por el contrario, si estamos en presencia de una disposición que tiende a ampliar el Estatuto de Roma o a contraerlo hasta suspender temporalmente su aplicación.

1. Artículo 21 del Estatuto de Roma

El artículo 21 del Estatuto de Roma (en adelante ER) establece el derecho que debe ser aplicado por la Corte Penal Internacional (en adelante CPI). Sin embargo, lo hace de una manera muy particular e innovadora respecto al resto de los tribunales internacionales, ya que algunos ni siquiera poseen este tipo de disposiciones, como es el caso del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia o para Ruanda. La disposición establece que:

1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la

1191 La presente ponencia se ha realizado en el marco del Proyecto DeCyT 2014-2016 DCT1423 denominado “El derecho aplicable por los tribunales penales internacionales e híbridos: diálogos y (des)encuentros entre el derecho internacional público y el derecho penal”, proyecto financiado por la Facultad de Derecho de la UBA, dirigido por Natalia M. Luterstein.

1192 Estudiante avanzada de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

De una primera lectura del artículo 21 puede evidenciarse que, a diferencia de lo que estipula el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el ER establece una jerarquía entre las fuentes.¹¹⁹³ Los tres primeros instrumentos que deberán ser aplicados por la Corte son el ER, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, que según este inciso no habría un orden de prelación entre ellos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el ER fija una serie de pautas para poder conjugar, de manera armónica, los tres instrumentos.

Por un lado, se debe mencionar el artículo 9.1 del ER el cual se refiere a los Elementos de los Crímenes.¹¹⁹⁴ Este es un documento que sirve como guía pero que no es obligatorio para los jueces de la CPI.¹¹⁹⁵ Así, la Corte ha dicho que “les Éléments des crimes pourront aider la Chambre dans son application des dispositions précitées du Statu”,¹¹⁹⁶ dejando en evidencia su función auxiliar.¹¹⁹⁷

Por otro lado, respecto a las Reglas de Procedimiento y Prueba, si bien son obligatorias,¹¹⁹⁸ en virtud del artículo 51. 5 del ER prevalecerá el Estatuto ante un posible conflicto. A su vez, aun cuando no estén enumerados,¹¹⁹⁹ en este inciso estarían

1193 FEDOROVA Y SLUTTER (2009: 23); CRYER (2009: 393); Goossens, disponible en: <http://lasil-sladi.org/files/live/sites/lasil-sladi/files/shared/Perspectivas/perspectivas27.pdf> [sitio consultado el 20/09/15]; BITTI (2009: 287).

1194 Este artículo establece que: “los elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes”.

1195 CRYER (2009: 403); HOCHMAYR (2014: 658).

1196 Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. Germain Katanga, “Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut”, 7 de marzo de 2014, párr. 41.

1197 MCAULIFFE DEGUZMAN (2008: 705).

1198 HOCHMAYR (2014: 658).

1199 BITTI (2009: 291); HOCHMAYR (2014: 661).

contenidos otros instrumentos como por ejemplo el Reglamento de la CPI,¹²⁰⁰ el Reglamento Financiero,¹²⁰¹ el Reglamento del Fondo Fiduciario, entre otros.

Luego el artículo establece que, cuando sea procedente, la Corte utilizará los tratados aplicables y los principios y normas de derecho internacional. Respecto a este punto se ha coincidido que en esta disposición se encuentra comprendida la Costumbre Internacional.¹²⁰² Esto parecería ser llamativo, teniendo en cuenta que esta fuente es una de las más antiguas del derecho internacional público. Pero lo cierto es que nos encontramos ante una rama del derecho internacional –el derecho internacional penal- donde entran en juego principios claves para los procedimientos ante los tribunales penales internacionales como el Principio *nullum crime sine lege*.¹²⁰³

En virtud de este inciso, los jueces de la CPI han entendido que se podrían utilizar las decisiones de otros tribunales penales internacionales como el de Ruanda y Yugoslavia que, de hecho, son citados por la Corte como precedente para decidir en algunos casos.¹²⁰⁴ Sin embargo, es importante resaltar, tal como lo ha hecho el Juez HANS PETER KAUL, que los tribunales penales internacionales interpretan y aplican el derecho con relación a sus propios estatutos o documentos fundacionales, los cuales son totalmente diferentes al ER. Así, deberían aplicarse de manera tal que de la jurisprudencia de los tribunales se extraigan principios y reglas del derecho internacional. Y esto es de suma importancia debido a que la CPI no se encuentra aislada del desarrollo del derecho internacional penal.¹²⁰⁵

Respecto al inciso c, éste procede sólo en el caso de que ninguno de los dos incisos anteriores sean aplicables.¹²⁰⁶ Lo interesante para resaltar es que esta disposición es el resultado de la confluencia entre las dos posturas existentes en la Conferencia de Plenipotenciarios de Roma. Una parte argüía que la Corte debería aplicar directamente la legislación nacional y la otra que los “principios generales” debían estar completamente disociados de cualquier referencia al derecho nacional.¹²⁰⁷ Así, la solución a la que llegaron fue que la Corte aplicará los principios generales que derive de los sistemas jurídicos del mundo.

En este sentido, MORENO OCAMPO, ex fiscal de la CPI, intentó utilizar este inciso para que la Corte le permita realizar una apelación extraordinaria respecto a la denegatoria de la apelación de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sobre

1200 Artículo 52 del ER.

1201 Artículo 113 del ER.

1202 PELLET (2002: 1071); HOCHMAYR (2014: 668).

1203 Artículo 22 del ER.

1204 Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Mudacumura, “Decision on the Prosecutor’s application under Article 58”, 13 de julio de 2012, párr. 63.

1205 Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, voto disidente de Hans Peter Kaul, 31 de marzo de 2010, párrs. 28-32.

1206 HOCHMAYR (2014: 655-656).

1207 MCAULIFFE DEGUZMAN (2008: 709).

la participación de las víctimas en el proceso.¹²⁰⁸ Para el fiscal, “la Sala de Apelaciones tiene competencia para examinar la desestimación de su solicitud de autorización para apelar, aunque en el Estatuto no exista ninguna disposición expresa al efecto”.¹²⁰⁹ Sustentando su hipótesis, MORENO OCAMPO dijo que la falta de un mecanismo para examinar las decisiones negativas debe considerarse como una laguna en el derecho, aplicándose el artículo 21.1.c a los efectos de llenar esa laguna.¹²¹⁰ Así, realizó un examen de diversas legislaciones de distintos países de los sistemas jurídicos del mundo para concluir que éstos permiten establecer la existencia de un modelo uniforme en cuanto a la posibilidad de obtener el examen de las decisiones de un tribunal jerárquicamente inferior que denieguen la posibilidad de apelar ante un tribunal superior.¹²¹¹

Frente al requerimiento del Fiscal, la Sala de Apelaciones determinó que *no existe ni se ha adoptado universalmente nada parecido a un principio general de derecho que entrañe el examen de las decisiones de tribunales jerárquicamente subordinados que desestimen o no permitan la interposición de una apelación. La Sala de Apelaciones concluye que el alegato del Fiscal a este respecto es infundado.*¹²¹²

Respecto a este punto debe decirse que, si bien el intento de Moreno Ocampo no fue exitoso, es cierto que el sólo hecho de que algunos países contemplen una situación en común eso no conlleva necesariamente a que se trate de un principio general del derecho en los términos del artículo 21.1.c del ER.

Debe hacerse una aclaración respecto a los últimos dos incisos mencionados, ya que la CPI, en el caso contra AL BASHIR ha dicho que los incisos b y c del artículo 21.1, sólo pueden ser utilizados cuando se reúnan dos condiciones: que haya una laguna en el ER, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento

1208 Sala de Apelaciones, Situación en la República Democrática del Congo, “Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar”, 13 de julio de 2006, párrs. 2 y 3.

1209 Sala de Apelaciones, Situación en la República Democrática del Congo, “Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar”, 13 de julio de 2006, párr. 3.

1210 Oficina del Fiscal, Situación en la República Democrática del Congo, “Prosecution’s Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber I’s Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, 23 de enero de 2006, párr. 13.

1211 Oficina del Fiscal, Situación en la República Democrática del Congo, “Prosecution’s Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber I’s Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, 23 de enero de 2006, párrs. 30-32.

1212 Sala de Apelaciones, Situación en la República Democrática del Congo, “Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar”, 13 de julio de 2006, párr. 32.

y Prueba y que esa laguna no pueda ser llenada por la aplicación de los criterios interpretativos fijados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) y por el Artículo 21.3 del ER.¹²¹³

Por su parte, el inciso 2 del artículo 21 del ER establece que la Corte podrá aplicar principios y normas respecto de los cuales haya hecho una interpretación en decisiones anteriores, sin hacer mención a obligación alguna por parte de las salas inferiores de aplicar la jurisprudencia de salas superiores. Por el contrario, pueden utilizar las reglas y principios derivados de las decisiones tanto de las Salas de Cuestiones Preliminares como las de Primera Instancia y la de Apelación.¹²¹⁴ Sin perjuicio de ello, sería prudente que la Corte siga una misma línea jurisprudencial a los efectos de salvaguardar la seguridad jurídica tanto de los imputados como de las víctimas.¹²¹⁵

El último inciso de este artículo y, a mi criterio, el más innovador, establece que la interpretación y aplicación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este sentido estamos ante un Tratado que, expresamente, hace mención a otra rama del derecho internacional, es decir el derecho internacional de los derechos humanos, como estándar mínimo para la aplicación e interpretación en las decisiones de la CPI.

Para parte de la doctrina,¹²¹⁶ el artículo 21.3 debería prevalecer por sobre todas las fuentes aplicables en virtud del artículo 21, obteniendo de esta manera una especie de “supra-legalidad”, incluso por sobre el ER, en el caso en que haya derechos humanos que estén siendo violados.¹²¹⁷ Ello, sobretodo, teniendo en cuenta que el artículo de análisis no sólo establece que se debe interpretar sino que la aplicación del derecho debe ser de conformidad con los derechos humanos.¹²¹⁸

Por otra parte, y tal como ha dicho el Juez PİKIS de la CPI, a los derechos humanos internacionalmente reconocidos se los debe entender como los especificados en la costumbre internacional, los tratados y convenios internacionales.¹²¹⁹

Existe una coincidencia entre diversa doctrina en que esta disposición no excluye la aplicación e interpretación de los derechos reconocidos en el ámbito

1213 Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Al Bashir, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 de marzo de 2009, párr. 160.

1214 Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. Germain Katanga, “Jugement rendu en application de l’article 74 du statut”, 8 de marzo de 2014, párr. 42; BRITI (2009: 292).

1215 HOCHMAYR (2014: 673).

1216 SHEPPARD (2010: 46); PELLET (2002: 1082); AKANDE (2009: 47).

1217 HOCHMAYR (2014: 676).

1218 PELLET (2002: 1080).

1219 Sala de Apelaciones, Fiscal c. Lubanga Dyilo, “Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Reply to ‘Conclusions de la défense en réponse au mémoire d’appel du Procureur’”, opinión separada del Juez PİKIS, 12 de septiembre de 2006, párr. 3.

regional,¹²²⁰ tanto interamericano¹²²¹ como europeo¹²²² o africano¹²²³ utilizados, de hecho, por la CPI.

El presente trabajo se centrará en las implicancias que tiene para la Corte la interpretación y aplicación de los derechos humanos en el marco del derecho internacional penal, analizando cuales han sido los avances –o retrocesos- de la Corte y de la doctrina con relación a ésta disposición. Adelantándome a las conclusiones, analizaré si es procedente que se diga que la CPI es un tribunal más que, salvando las diferencias,¹²²⁴ protege los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

2. Interpretación de la Corte

La práctica de la CPI nos demuestra que no sólo se ha interpretado el artículo 21.3 respecto de los derechos del imputado. Así, ha dicho que los derechos humanos atraviesan cada uno de los aspectos del ER, incluyendo el ejercicio de la jurisdicción de la Corte.¹²²⁵

Respecto a los derechos de las víctimas ante el proceso, la Corte ha utilizado la disposición bajo examen para referirse a su derecho a un remedio efectivo y al derecho

1220 CASSESE (2003: 24-25).

1221 Sala de Cuestiones Preliminares I, Situación en la República Democrática del Congo, “Public Redacted version - Decision on the Applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, 17 de enero de 2006, párrs. 53 y siguientes; Sala de Primera Instancia VII, Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilo Lo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido, “Decision on Kilo Defence Motion for Inadmissibility of Material”, 16 de septiembre de 2015, notas al pie 21 y 23.

1222 Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence”, 14 de diciembre de 2006, párr. 15; Sala de Primera Instancia VII, Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido, “Decision on Request to declare telephone intercepts inadmissible”, 24 de septiembre de 2015, nota al pie 28. Las mencionadas decisiones sólo son algunos de los ejemplos de la forma en que la CPI ha utilizado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos así como los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1223 Sala de Cuestiones Preliminares I, Situación en la República Democrática del Congo, “Decision on the Prosecution’s Application for leave to appeal the Chamber’s Decision of 17 January 2006 on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6”, 31 de marzo de 2006, párr. 34.

1224 Es pertinente aclarar que en la CPI se establece la Responsabilidad Penal Internacional de un individuo, a diferencia de los tribunales de derechos humanos como la Corte Interamericana o el Tribunal europeo los cuales determinan la responsabilidad estatal.

1225 Sala de Apelaciones, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006”, 14 de diciembre de 2006, párr. 37; Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Laurent Gbagbo, “Decision on the “Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo (ICC-02/11-01/11-129)”, 15 de agosto de 2012, párr. 89.

a acceder a la justicia, basándose en diversos artículos tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹²²⁶

Ante esta situación creo que es importante resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha avanzado en el tema del derecho a la verdad que posee la víctima, lo cual, en base a lo que ya ha expresado la CPI podría serle aplicable. Así la Corte IDH ha dicho que “los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho a conocer la verdad sobre estas violaciones”.¹²²⁷ “Éste se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”.¹²²⁸ Debe hacerse una salvedad respecto a la posibilidad de obtener el esclarecimiento de los hechos, toda vez que, en el caso de tratarse de un Crimen Internacional de competencia de la Corte, la obligada a realizarlo sería la CPI.

Por otra parte, debe prestarse especial atención al análisis que efectuó la Corte en la decisión sobre reparaciones del caso contra LUBANGA. Allí, la CPI reconoció el desarrollo que tiene el derecho internacional de los derechos humanos respecto al derecho a una reparación, teniendo especialmente en cuenta la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos.¹²²⁹

En otro orden de ideas, la CPI ha utilizado el artículo 21.3 como una vía para introducir soft-law. Así, en la decisión del caso LUBAGA sobre participación de víctimas, la CPI tomó en consideración los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” aprobados por una Resolución de la Asamblea General de la ONU, para definir el concepto de “víctima”.¹²³⁰ Al respecto no se puede dejar de resaltar que, si bien la Sala de Apelaciones ha dicho que los principios básicos sólo fueron utilizados como una guía por parte de la CPI,¹²³¹ lo

1226 Sala de Cuestiones Preliminares II, Situación en la República de Kenia, “Decision on Victims’ Participation in Proceedings Related to the Situation in the Republic of Kenya”, 3 de noviembre de 2012, párr. 5.

1227 Corte IDH, caso Baldeón García c. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de abril de 2006, serie C No. 147, Párrafo 166; Caso de la “Masacre de Mapiripán” c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C No. 134, párr. 297.

1228 Corte IDH, Caso Masacre de Pueblo Bello c. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C No. 140, párr.219; caso Osorio Rivera y Familiares c. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2013, serie C No. 274, párr. 220.

1229 Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations”, 7 de agosto de 2012, párrs. 182 y siguientes.

1230 Sala de Primera Instancia I Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Decision on victims’ participation”, 18 de enero de 2008, párr. 35.

1231 Sala de Apelaciones, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18

cierto es que ésta utilización abre la puerta para que el soft-law sea introducido a la CPI, aun cuando carecen de carácter vinculante.

A su vez, en la decisión sobre reparaciones del caso contra LUBANGA, la CPI también hizo referencia a diversos instrumentos de soft-law, refiriéndose a la Declaración de Principios Básicos de justicia para víctimas de crímenes y abuso de poder, la Declaración de Nairobi, los Principios de París, entre otros.¹²³²

Por otra parte, la CPI ha interpretado al artículo 21.3 en consonancia con los derechos del imputado. Así se ha expedido respecto al derecho del imputado al debido proceso,¹²³³ el derecho a ser juzgado en un plazo razonable,¹²³⁴ el derecho a la participación efectiva¹²³⁵ y el principio de publicidad de los procesos,¹²³⁶ entre otros.

La segunda parte del artículo 21.3, que hace referencia al principio de no discriminación, fue utilizado por la Sala de Cuestiones Preliminares en la situación de la República de Costa de Marfil como una guía para que la Secretaría de la CPI preste atención respecto a las víctimas que se presentaban en la situación. La Sala observó que la representación legal de las víctimas compareció ante la CPI representando a personas con determinadas características como, por ejemplo, que eran hombres, que pertenecían a algún grupo étnico determinado y que la mayoría estaban en un rango etario de entre 31 y 50 años. Es por esto que la Sala le solicitó a la Secretaría que tenga especialmente en cuenta el principio de no discriminación para prestar atención a las necesidades del resto de las víctimas que no se encuentran representadas en el proceso

January 2008”, 11 de julio de 2008, párr. 33.

1232 Sala de Primera Instancia I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations”, 7 de Agosto de 2012, párr. 185.

1233 Sala de Apelaciones, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006”, 14 de diciembre de 2006, párr. 37; Sala de Apelaciones, Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo, “Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Pre-Trial Chamber III entitled “Decision on application for interim release”, 16 de diciembre de 2008, párr. 28; Sala de Apelaciones, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled “Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008”, 21 de octubre de 2008, párr. 46; Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Laurent Gbagbo, “Decision on the “Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo (ICC- 02/11-01/11-129)”, 15 de agosto de 2012, párr. 89.

1234 Sala de Primera Instancia V, Fiscal c. Uhuru Muigai Kenyatta, “Decision on Prosecution’s applications for a finding of non-compliance pursuant to Article 87(7) and for an adjournment of the provisional trial date”, 31 de marzo de 2014, párr. 80.

1235 Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Laurent Gbagbo, “Decision on the fitness of Laurent Gbagbo to take part in the proceedings before this Court”, 2 de noviembre de 2012, párrs. 45 y 46.

1236 Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, “Order to the Prosecutor to File a Proposed New Redacted Version of the Article 58 Application”, 4 de julio de 2011, párr. 7.

ante la CPI, compeliéndola a informarle en el caso de que considere que algún grupo de víctimas no fue incluido o que no tenga una representación suficiente.¹²³⁷

Respecto a este punto creo interesante plantear el siguiente interrogante: la Corte IDH ha entendido en reiteradas oportunidades que el principio de no discriminación se encuentra en el dominio del *jus cogens*, que sobre él “descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”,¹²³⁸ por lo cual en el caso de que el principio de no discriminación se encuentre vulnerado, ¿podría la CPI dejar de aplicar su propio Estatuto para hacer frente a la obligación internacional de no ir en contra de una norma imperativa?

3. Las normas de *jus cogens* ante la CPI

La norma de *jus cogens* o norma imperativa del derecho internacional es, tal como lo establece la CVDI, “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.¹²³⁹

Teniendo este concepto en cuenta, la Sala de Primera Instancia II suspendió la aplicación de una disposición del ER debido a que entraba en contradicción con una norma de *jus cogens*. El caso se trataba de tres testigos detenidos en la República Democrática del Congo que, de conformidad con el artículo 93.7 del ER, fueron entregados a la Corte con la intervención de autoridades holandesas, a los efectos de prestar declaración testimonial. Los testigos solicitaron asilo ante las autoridades competentes de Holanda, dejando a la CPI en la situación de tener que ir en contra del artículo 93.7 el cual establece que, una vez que los testigos han declarado, deben ser devueltos al Estado en donde se encontraban detenidos.

Sin embargo, y en virtud del artículo 21.3 del ER, la CPI dijo que si los testigos eran devueltos a la República Democrática del Congo se les impediría ejercer el derecho de solicitar asilo y, en ese sentido, se le estaría violando su derecho humano a un remedio efectivo,¹²⁴⁰ violentando, además, el principio de no devolución o *non-refoulement*, en el ámbito del *jus cogens*.¹²⁴¹

1237 Sala de Cuestiones Preliminares III, Situación en la República de Costa de Marfil, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”, 3 de octubre de 2011, párr. 211.

1238 Corte IDH, caso Espinoza Gonzáles c. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2014, serie C No. 289, párr. 216.

1239 Artículo 53 de la CVDT.

1240 Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, “Decision on an Amicus Curiae application and on the “Requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC□D02□P□0350, DRC□D02□P□0236, DRC□D02□P□0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile” (articles 68 and 93(7) of the Statute)”, 11 de junio de 2011, párrs. 70 y siguientes.

1241 “Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los

En este sentido, las normas de *jus cogens*, al entrar en colisión con alguna obligación de la CPI generan, según lo que surge de la jurisprudencia del tribunal y la lógica del derecho internacional,¹²⁴² que el ER, piedra angular del sistema sobre la cual se basa la CPI, pueda verse temporalmente suspendido ante la inminencia de la violación a una norma imperativa.

4. Conclusiones

Como ha podido evidenciarse, a lo largo de los años, la CPI ha ido pronunciándose de diferentes maneras respecto al artículo 21.3 del ER, no sólo circunscribiéndose a los derechos del imputado sino que también lo ha utilizado para incorporar soft-law, hacer lugar a derecho de las víctimas tales como su participación en el proceso, el derecho a la justicia y el derecho a una reparación.

A su vez, no debe olvidarse que el derecho internacional penal comparte las reglas del derecho internacional público por lo que existen normas imperativas que bajo ningún concepto pueden ser dejadas de lado. Y, aun cuando no se trate de este tipo de normas, los jueces de la CPI deberían hacer una ponderación entre principios para lograr una mayor y mejor protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

De lo expuesto se podría decir, tal como lo ha expresado KAI AMBOS, que la relación entre el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos se

*construye a través de la impunidad universal de las severas violaciones a los derechos humanos (...). La impunidad conduce a un vacío de punibilidad fáctica cuyo cierre o, en todo caso, disminución se ha convertido en la función más importante del derecho penal internacional y de su instrumento más importante, el ECPI.*¹²⁴³

En este sentido, no puede dejar de resaltarse que el ER es un tratado internacional que se basa en la cooperación de los Estados para un objetivo en común, la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos contra graves violaciones.

Los jueces de la CPI poseen una herramienta poderosa ante ellos que, si es utilizada de manera que no vulnere los derechos del imputado, puede ser muy útil para dejar de tener un derecho dividido o fragmentado en compartimientos estancos y comenzar a integrar las distintas ramas del derecho internacional.¹²⁴⁴

Refugiados en América Latina”, Ciudad de México, 16 de noviembre de 2004, séptimo párrafo del preámbulo, consultado en [<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2973.pdf?view=1>], el 10/10/15.

1242 HAFNER Y BINDER (2004: 175-176).

1243 Ambos, Derechos humanos y derecho penal internacional, Dialogo político, disponible en: http://lehrstuhl.jura.unigoettingen.de/kambos/Person/doc/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf [sitio consultado el 20/09/15].

1244 FEDOROVA Y SLUITER (2009: 44-45).

5. Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA

- AKANDE, D. (2009) “Sources of international criminal law”, en Cassese A. *et al*, (eds.) *The Oxford companion to International Criminal Justice*, Oxford.
- AMBOS, K. *Derechos humanos y derecho penal internacional*, Dialogo político, consultado en: [http://lehrstuhl.jura.unigoettingen.de/kambos/Person/doc/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf].
- BITTI, G. (2009) ‘Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC’, en Stahn, C. y Sluiter, G. (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff.
- CASSESE, A. (2003) “The influence of the European Court of Human Rights on the International Criminal Tribunals - Some methodological remarks”, en Bergsmo, M. (dir.), *Human Rights and criminal justice for the downtrodden. Essays in Honor of Asbjorn Eide*, Leiden.
- CRYER, R. (2009) “Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources” en *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, Nro. 3, pp. 390-405.
- FEDOROVA, M. Y SLUITER, G. (2009) “Human Rights as minimum standards In International Criminal Proceedings”, en *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 3, Nro. 9, pp. 9-56.
- GOOSSENS, A. “L’ Article 21(3) du Statut de la Cour Penale Internationale: Interpretation et Commentaire” consultado en [<http://lasil-sladi.org/files/live/sites/lasil-sladi/files/shared/Perspectivas/perspectivas27.pdf>].
- HAFNER, G., Y BINDER, C. (2004) “The Interpretation of Article 21 (3) ICC Statute, Opinion Reviewed”, *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 163, Nro. 9, pp. 163-190.
- HOCHMAYR, G. (2014) “Applicable Law in Practice and Theory Interpreting Article 21 of the ICC Statute”, en *Journal of International Criminal Justice* Vol.12, pp. 655-679.
- MCAULIFFE DE GUZMAN, M. (2008) “Article 21”, en Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München.
- PELLET, A. (2002) “Applicable Law” en Cassese A. *et al* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, vol. II*, Oxford.
- SHEPPARD, D. (2010) “The International Criminal Court and “Internationally

Recognized Human Rights”: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute”, en *International Criminal Law Review*, Vol. 10, Nro. 1, pp. 43-71.

SLUITER, G. “International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights” en *New England Law Review* Vol. 37, Nro. 4, pp. 935-948.

Determinación de pena por la Corte Penal Internacional

SILVANA CORVALAN¹²⁴⁵

Universidad Nacional del Sur

Se analizará el mecanismo de determinación de pena que utilizó la Corte Penal Internacional (CPI) en las dos oportunidades en las que dictó sentencia condenatoria contra procesados por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Ambos casos se iniciaron por investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía de la CPI sobre situaciones en la República Democrática del Congo. A tal efecto, se mencionarán los parámetros valorados por el Tribunal para graduar la pena impuesta a los procesados.

Se desarrollarán las principales consideraciones críticas que existen en torno a la regulación en el Estatuto de Roma sobre el sistema de imposición de penas.

1. Análisis jurisprudencial de la Corte Penal Internacional sobre mecanismos de determinación de pena

La primera oportunidad en la que la CPI dictó sentencia condenatoria fue en el marco del juicio llevado a cabo contra Thomas Lubanga Dyilo.¹²⁴⁶ La Sala de Primera Instancia I condenó a Lubanga Dyilo-líder de la Unión de Patriotas Congoleses (UPC) y al comandante en jefe de su ala militar de las Fuerzas Patrióticas para la liberación del Congo (FPLC)- por haber cometido el crimen de guerra de reclutar y alistar a niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades y enfrentamientos en la República Democrática del Congo entre septiembre de 2002 y agosto de 2003. La CPI lo condenó a cumplir la pena de 14 años de prisión.

La Corte consideró que el reclutamiento de niños soldados constituye un crimen de guerra y que cientos de niños -la gran mayoría menores de 15 años-, fueron raptados, entrenados y obligados a participar en las hostilidades del conflicto armado de Ituri a instancias del propio Lubanga y su organización armada denominada Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo.

A los fines de evaluar la pena a imponer, la Corte recurrió en primer lugar al sistema de fuentes previsto por el artículo 21 del ER,¹²⁴⁷ y la jurisprudencia existente sobre hechos similares. Para ello tuvo en cuenta los pronunciamientos de la Corte

1245 Abogada. (UNS) Secretaria de la Defensoría Departamental de Bahía Blanca.

1246 Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, Situación en la República Democrática del Congo, caso ICC-01/04-01/06. Fiscalía vs. Thomas LubangaDyilo, decisión en relación al art. 74 del ER, 14 marzo 2012.

1247 AMBOS KAI (2007: 27).

Especial para Sierra Leona (“Tribunal Especial”). En dos casos donde las sentencias del Tribunal Especial abordaron por separado los cargos dictados: La Sala de Primera Instancia impuso a uno de los imputados la pena de 50 años, y a otro 35 años de prisión por el reclutamiento de niños soldados en razón de la gran escala y la brutalidad de los actos realizados.

Luego de valorar la jurisprudencia específica de Tribunales Internacionales que fueron antecesores de la Corte Penal, se analizó el marco normativo y los principios generales aplicables al caso. Para ello, la CPI recordó el preámbulo donde se establece que los crímenes más graves para la comunidad internacional no pueden quedar sin castigo.

La Corte mencionó la plena vigencia del principio de legalidad¹²⁴⁸ en la imposición de pena: *nulla poena sine lege*, el condenado sólo puede ser sancionado de acuerdo con las previsiones contenidas en el Estatuto. Se determinó la prohibición de doble valoración. Así, cualquier factor que ha de tenerse en cuenta al evaluar la gravedad del crimen, no se tendrá en cuenta como circunstancia agravante de la pena, y viceversa.

Entre sus fundamentos, la Corte sostuvo que la sentencia debe reflejar la culpabilidad del condenado y equilibrar todos los factores pertinentes. Por último también sostuvo que la pena debe ser proporcional al delito cometido.

De conformidad con el marco normativo, el art. 78 del ER y el art. 145 de las RPP regulan el mecanismo para determinar la condena. Así según el mismo se deberá tener en cuenta factores como: la gravedad del crimen, las circunstancias personales del condenado, así como cualquier circunstancia atenuante y agravante.

En este caso, la Fiscalía solicitó a la Corte que tuviera en cuenta para determinar la pena a imponer aquellos hechos que no fueron previstos en la confirmación de cargos dictada por la Sala de cuestiones preliminares. Para la Corte el marco normativo no limita los factores a tener en cuenta con relación a los cargos impuestos en la decisión de confirmación de cargos, por lo que podría analizar cuestiones que no fueron contempladas al dictar los cargos contra Lubanga.

Ello siempre que la defensa haya tenido una oportunidad razonable para evaluar y oponerse a dichas cuestiones. En el caso, la defensa tuvo suficiente oportunidad para impugnar las pruebas y las alegaciones relativas a la pena avanzado el juicio.

Con relación al estándar de prueba, el tribunal determinó que es la propia corte la que debe establecer el nivel de prueba a los efectos de dictar sentencia, dado que el Estatuto y el Reglamento no proporcionan ninguna orientación al respecto. Por eso afirmó que el principio *in dubio pro reo* se aplica en la etapa de determinación de la sentencia, y cualquier circunstancia atenuante debe establecerse sobre un cálculo de probabilidades.

Los factores relevantes que analizó la CPI en el caso en concreto fueron: la gravedad del delito, la gran escala y naturaleza generalizada de los crímenes cometidos,

1248 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9 17 de julio de 1998, artículo 23.

el grado de participación y la intención del condenado, circunstancias individuales del condenado, las circunstancias agravantes y atenuantes.

Con relación a la gravedad del delito, es uno de los principales factores a tener en cuenta en la determinación de la pena, ya que la misma debe ser proporcionada al delito, y reflejar la culpabilidad del condenado.

En este aspecto, la CPI valoró el delito por el que fue considerado culpable Lubanga, y sostuvo que los delitos de reclutar y alistar niños menores de quince años y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades son, sin duda, delitos muy graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. La utilización de niños en hostilidades implica la exposición a peligros reales como potenciales objetivos. La vulnerabilidad de los niños significa que deben ser objeto de una protección especial.

El objetivo principal histórico subyacente a la prohibición contra el uso de niños soldados es proteger a los niños menores de 15 años de edad frente a los riesgos que están asociados con los conflictos armados. Incluye no sólo la protección contra la violencia fatal o no fatal en la lucha contra las lesiones, sino también el trauma potencialmente grave que puede acompañar al alistamiento en grupos milicianos.

La CPI consideró, en este contexto general, la gravedad del crimen, en la medida de la daño causado y, en particular, valoró además el daño causado a las víctimas y sus familias, la naturaleza de la conducta ilícita y los medios empleados para ejecutar el delito; el grado de participación del condenado; el grado de intención; las circunstancias de modo, tiempo y lugar; y la edad, la educación, condición social y económica del condenado.

El segundo factor relevante que analizó la Corte fue la gran escala y la naturaleza generalizada de los crímenes cometidos. La fiscalía pidió que en circunstancias de modo, tiempo y lugar de los crímenes la Corte valore el alcance y la naturaleza generalizada de los crímenes, donde existieron 2900 niños reclutas.

Sin embargo, la Sala no llegó a concluir más allá de toda duda razonable sobre el número actual de los reclutas que fueron menores de 15 años, sólo pudo determinar que la participación de los niños estaba muy extendida. Por tal motivo la CPI aplicó estrictamente el principio *in dubio pro reo* en la etapa de determinación de pena.

El siguiente factor que la Corte analizó fue el grado de participación y la intención de la persona condenada. La acusación alegó sobre el alcance de la participación de Lubanga y de su intención delictiva. Sostuvo que su posición como presidente y comandante en jefe de las fuerzas milicianas constituía una circunstancia agravante. Sin embargo, la CPI hizo hincapié en que estos factores no deben ser “doblemente computados” a los efectos de determinar la sentencia. La Cámara determinó que el Sr. Lubanga acordó, y participó en un plan común para construir un ejército con el propósito de establecer y mantener el control político y militar sobre Ituri. Él era consciente de que, en el curso normal de los acontecimientos, esto ocurriría. Fue en este contexto que el Sr. Lubanga fue condenado como *coperpetrator*, quien hizo una contribución esencial al plan común.

El siguiente factor relevante que se consideró fueron las circunstancias individuales del condenado. El ER no identifica cuales son los factores que han de tenerse en cuenta. Sin embargo, el artículo 145 (b) de las RPP reiteran este requisito incluyendo, entre otros aspectos, “la edad, la educación, la condición social y económica del condenado”.

La acusación sostuvo que las circunstancias individuales del Sr. Lubanga aumentaban la gravedad de los delitos. Sugirió que se trataba de persona con educación - tenía un título en psicología- y era una persona adulta de 41 años de edad, habría entendido la gravedad de privar a los niños del cuidado de sus familias y su educación. La Fiscalía afirmó que estos factores, junto con la posición de autoridad de Lubanga dentro de las fuerzas militares exacerbaron su la criminalidad.

La CPI admitió este factor como relevante y afirmó que el Sr. Lubanga era claramente un individuo inteligente y bien educado, que habría comprendido la gravedad de los delitos por los que se le ha encontrado culpable. Este nivel de conciencia marcada de su parte es un factor relevante en la determinación de la una sentencia apropiada, pero pese a eso la Corte no lo computó como circunstancia agravante.

Finalmente, y en relación a los aspectos agravantes, la CPI analizó los siguientes aspectos planteados por la acusación: castigo, violencia sexual, víctimas desamparadas y motivos discriminatorios.

La fiscalía sostuvo que las duras condiciones de los campamentos y el brutal tratamiento de los niños debían tratarse como factores agravantes. La defensa sostuvo que el Sr. Lubanga no había sido acusado por el delito de tratos crueles y se sugiere que sería inapropiado tratar como agravante circunstancias que no se invocaron expresamente en la decisión de confirmación de cargos. La mayoría del Tribunal decidió que no se demostró que los castigos individuales a los que se refiere la fiscalía sean responsabilidad y atribuibles a el Sr. Lubanga, y en todo caso no los tendrá en cuenta como un factor agravante en la determinación de su condena.

Con relación al pedido de tratamiento como agravante de violencia sexual, la Corte desaprobó enérgicamente la actitud del fiscal en relación a ella. La fiscalía hizo extensas presentaciones en lo que respecta la violencia sexual en su apertura y cierre de los alegatos durante la etapa de juicio. Sin embargo, no incluyó la violencia sexual o la esclavitud sexual entre los cargos originares durante el procedimiento. La acusación sostuvo que la evidencia apoya la conclusión de que la violencia sexual fue infligida rutinariamente a las niñas soldados por los formadores y los comandantes, y que las pruebas de la violencia sexual y violación deben ser tratadas como un factor agravante para los efectos de la sentencia. Se consideró que esto no sería perjudicial para el condenado ya que la defensa fue advertida de esta evidencia y los testigos fueron contra interrogados sobre este aspecto durante el juicio.

La defensa por su parte sostuvo que la violencia sexual alegada por el Fiscal no debía ser invocada como una circunstancia agravante en la etapa de la sentencia, dado el Sr. Lubanga no fue acusado o condenado por delitos vinculados con violencia

sexual.

Pese a eso, la CPI afirmó que igualmente tenía derecho a considerar la violencia sexual bajo la Regla 145 (l) (c) de las Reglas como parte de: (i) el daño sufrido por las víctimas; (ii) la naturaleza de la conducta ilícita; y (iii) las circunstancias de forma en que se cometió el delito. Además, esto puede ser considerado virtud del artículo 145 (2) (b) (iv) como muestra de que el crimen fue cometido con especial crueldad. Todo ello a pesar de que esos cargos no formaron parte de la decisión de confirmación de cargos.

Sin embargo, sigue siendo necesario para la CPI superar el estándar de duda razonable respecto de que: (i) los niños soldados menores de 15 años fueron sometidos a sexual violencia; y (ii) que este hecho se puede atribuir al Sr. Lubanga de una manera que refleje su culpabilidad.

La mayoría de los jueces de la CPI no pudieron concluir que la violencia sexual contra los niños que fueron reclutados fuera tan extendida como para considerar al Sr. Lubanga como responsable. Por otra parte, en opinión de la mayoría de los miembros de la Corte nada indicó que el Sr. Lubanga haya ordenado o alentado hechos de violencia sexual, o que era consciente de ello, o que pudiera atribuírsele a él de una manera que refleje su culpabilidad. El vínculo entre el Sr. Lubanga y la violencia sexual, en el contexto de los cargos, no se estableció más allá de toda duda razonable. Por lo tanto, este factor no formó parte de la evaluación de su culpabilidad a los fines de la pena.

A su vez, la fiscalía solicitó incluir entre los factores agravantes de pena la comisión del delito cuando las víctimas son particularmente desamparados. La Corte indicó que los factores que son relevantes para la determinación de la gravedad del crimen no pueden, además, ser tomados en cuenta como circunstancias agravantes de la pena. Por lo tanto, la edad de los niños no define a la gravedad del delito y el actuar como un factor agravante. En consecuencia, tampoco fue considerado como un factor agravante en lo que respecta a estos delitos.

El último factor que la fiscalía pidió que se trate como agravante fue el presunto motivo discriminatorio propio de los ataques contra las niñas reclutadas. La acusación sostuvo que la evidencia demostraba que las mujeres reclutas fueron sometidas a violencia sexual, violación y sumisión conyugal sobre la base de su género. Para la defensa la evidencia relacionada con la violencia sexual no debía ser tomada en cuenta basado en que no se probó que Lubanga haya realizado actos intencionalmente discriminatorios.

En la sentencia de la mayoría, la Corte no recibió ninguna evidencia de que el Sr. Lubanga discrimina deliberadamente a las mujeres en la comisión de estos delitos, en el sentido sugerido por la acusación o por las víctimas. Por ello tampoco fue tratado como factor agravante el “motivo que entrañe discriminación”.

En otro sentido, y con relación a las circunstancias atenuantes en el caso contra Lubanga, el fiscal y los representantes de las víctimas sostuvieron que no concurrían factores atenuantes. La defensa por su parte alegó que existían varios

elementos atenuantes a considerar.

En primer lugar, la defensa argumentó que la Sala debía tomar en consideración los motivos generales del Lubanga para actuar, y que la evidencia demostraba que Lubanga estaba involucrado de manera significativa durante el período de los cargos en intentar asegurar la paz. Lubanga sostuvo que tomó esa posición de responsabilidad no por poder, sino para lograr la paz.

Además, la defensa sostuvo que el Sr. Lubanga no tenía condenas anteriores y sugirió que fue extremadamente cooperativo durante todo el proceso. La Corte valoró factores relativos al Sr. Lubanga después de la comisión de los delitos, junto con su notable cooperación con la Corte. Él fue respetuoso y cooperativo durante todo el procedimiento.

Al momento de resolver la determinación de la pena la Fiscalía propuso un criterio para evitar condenas discrepantes, basado en la necesidad de seguir una línea constante de base al imponer pena. Se sostuvo un punto de partida idéntico para todas las sentencias fijándolo en aproximadamente el 80% del máximo legal, y luego debe ser ajustada de acuerdo con el artículo 145 de las RPP para tener en cuenta circunstancias agravantes y atenuantes y otros factores relevantes para el condenado y las circunstancias de los Crímenes.

La Corte aclaró que esa petición no se fundó en ningún principio de ley pertinente que obligue a la CPI a seguir dicho criterio, lo que obligaría a los jueces a imponer como punto de partida la pena mínima de 24 años en todos los casos. La Corte afirmó que la pena debe siempre ser proporcional al delito y un punto de partida automático- tal como se propone por la acusación - que sea el mismo para todos los delitos debilitaría ese principio fundamental.

La fiscalía solicitó que la CPI imponga una sentencia de 30 años de prisión contra el Sr. Lubanga. La Corte afirmó que una cadena a prisión perpetua sería inadecuada en el presente caso, dado que la imposición de esta pena está “justificado por la extrema gravedad del crimen y las circunstancias individuales de la persona condenada, como lo demuestra por la existencia de una o más circunstancias agravantes”. Dado que la Corte no ha encontrado ningún factor agravante en este caso, la prisión perpetua sería inapropiada.

Al dictar la condena contra el Sr. Lubanga, la Corte tuvo en cuenta el reclutamiento generalizado y la significativa utilización de niños soldados durante el plazo de los cargos; la posición de autoridad del Sr. Lubanga dentro de las fuerzas milicianas y su esencial contribución al plan común que dio lugar, en el curso normal de los acontecimientos, en estos delitos contra los niños; la falta de cualquier circunstancia agravante; y la atenuación proporcionada por su cooperación durante la totalidad de estos procedimientos, en circunstancias en que fue puesto bajo una considerable presión indebida por el ejercicio de la acción durante el juicio.

Teniendo en cuenta todos los factores mencionados la opinión mayoritaria de los jueces de la CPI resolvió condenar a Lubanga:1) por haber cometido, en forma conjunta con otras personas, el delito de reclutar niños menores de 15 años en la

UPC a 13 años prisión;2) por haber cometido, en forma conjunta con otras personas, el delito de alistar a niños menores de 15 años en la UPC a 12 años de prisión; y3) por haber cometido, en forma conjunta con otras personas, el delito de utilización de niños menores de 15 años para participar activamente en hostilidades a 14 años de cárcel.

Así, y de conformidad con el artículo 78 (3) del ER, el período de reclusión que se impuso en base a la pena conjunta es de 14 años de prisión. Y por su parte, la CPI consideró improcedente imponer la pena de multa, dado que la situación financiera del Sr. Lubanga no se lo permitía. A pesar de extensas investigaciones realizadas por la Corte, no se identificaron los fondos pertinentes para abonar una eventual pena de multa.

El segundo caso en el que la Corte tuvo oportunidad de dictar sentencia condenatoria e imponer pena fue en el caso seguido contra Germain Katanga.¹²⁴⁹ El 23 de mayo de 2014 la Segunda Sala de la Corte determinó su culpabilidad en la comisión del crimen de lesa humanidad de asesinato y del crimen de guerra de asesinato, de ataque a la población civil, de destrucción a la propiedad, y de saqueos; y fue absuelto por los cargos de violación sexual y de reclutamiento de niños soldados, dictando la pena conjunta de 12 años de prisión.

Los magistrados tuvieron especialmente en cuenta la gravedad de los delitos cometidos y el papel significativo del imputado en la comisión de los mismos. En este caso, sí se valoraron los motivos discriminatorios de los crímenes cometidos, los cuales fueron dirigidos contra la población de la etnia Hema, perseguían la eliminación del mapa del pueblo de Bogoro y de su población.

Como elementos atenuantes de la sentencia que merece ser destacado, los jueces le dieron un peso relativo a que Katanga, de 34 años, era padre de seis hijos. Se destacó que la posibilidad de que un padre participe en la educación de sus hijos es un factor importante para la reintegración social de un inculcado tras el cumplimiento de la pena.

A su vez, los jueces también estimaron que el acusado había colaborado en el desarme y la desmovilización de los niños soldados en Congo.

La Fiscalía en este caso solicitó el dictado de una pena de 22 a 25 años de prisión. Se petitionó que se valore como agravante la especial indefensión de las víctimas, la crueldad en la comisión de los crímenes, el motivo discriminatorio en los ataques, y el abuso de poder.

La Sala no encontró ninguna circunstancia agravante, por lo que la prisión perpetua no podía ser considerada. Al examinar la gravedad de los delitos, la Cámara ya ha tenido en cuenta la crueldad en la comisión de los delitos contra los habitantes de Bogoro, incluyendo a las personas vulnerables, como los niños, y tomó nota de la naturaleza discriminatoria del ataque, por lo que el único agravante que la corte

1249 Corte Penal Internacional, Fiscalía vs. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07 7 de marzo 2014.

analizó es el referido al abuso de poder o del cargo oficial.

La Corte sostuvo que para establecer esta circunstancia como hecho agravante, se debe demostrar que el condenado no sólo ejercía cierto autoridad, sino también que abuso de ese poder. Sin embargo, en el caso no parecía que Germain Katanga en realidad abusara de su posición de poder o que utilizó su influencia para promover la comisión de delitos. La Cámara no tuvo en cuenta como una circunstancia agravante el abuso de poder o de cargo oficial.

De hecho, la Sala consideró que Katanga participó activamente en el proceso de desmovilización y, teniendo en cuenta su conducta, lo que equivale a su contribución positiva, estos esfuerzos debían ser tenidos en cuenta en él condena que se le dictara.

Por otra parte, existió un planteo de la defensa del imputado respecto de la necesidad de valorar como factor atenuante de pena el arrepentimiento del imputado. La Sala señaló que una declaración de remordimiento puede tenerse en cuenta como circunstancia atenuante sólo cuando la misma sea una declaración sincera de arrepentimiento.

Sin embargo, la Sala constató que Katanga no hizo ninguna declaración que pueda ser interpretada como una expresión de profundo y genuino remordimiento. La Sala observó que en el mejor de los casos él hizo algunas declaraciones que atestiguan su compasión por las víctimas y su deseo de justicia. Además se observó que al final de la audiencia para la determinación de la pena, al hacer su declaración como estipula el artículo 67 (1) (h), Germain Katanga expresó su compasión en general para las “víctimas de la guerra”.

Dicha declaración no fue considerada como una expresión de la compasión o genuino remordimiento por las víctimas de Bogoro suficiente para tener en cuenta como circunstancia atenuante.

En oportunidad de evaluar la noción de gravedad del delito con el fin de determinar una pena proporcional, la CPI recuerda que la pena a ser impuesta debe reflejar la gravedad de los delitos imputados. Y que al respecto, los acusados que comparecen ante la Corte deben ser conscientes de que los delitos que se les imputan son los delitos más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y, en consecuencia, son merecedores de la pena más severa.

La Cámara tuvo en cuenta dos factores atenuantes. El primero se refiere a la corta edad de Germain Katanga y a su situación familiar, circunstancias que el Tribunal considera positivas que hacer la rehabilitación y reinserción social más fácil. El segundo factor, que la Sala considera se refiere al apoyo personal y activo de Katanga en el proceso de desarme y desmovilización niños soldados, que se puso en marcha en Ituri y que demuestra su sentido indiscutible de responsabilidad al respecto. En opinión de la Sala, este elemento pesa a favor de la imposición de una pena menos severa.

De conformidad con el artículo 78 (3) del Estatuto, la Sala impuso una condena conjunta de 12 años de prisión contra Germain Katanga.

2. Violencia sexual en las víctimas del Caso Lubanga

La disidencia en el fallo Lubanga estuvo representada en el voto de la Sra. Juez Odio Benito, quien se manifestó en desacuerdo con la mayoría al no tener en cuenta el daño causado a las víctimas y sus familias, en particular como resultado de los castigos severos y la violencia sexual sufrida por las víctimas de estos delitos.

Según su entender, la Corte recibió amplia evidencia durante el juicio relacionado a las condiciones en las que se reclutaron niños y niñas y los daños que sufrieron como consecuencia de su participación en las fuerzas armadas. Existió evidencia respecto a los castigos y las duras condiciones de los niños en el reclutamiento de campamentos y la violencia sexual que sufrieron -principal pero no exclusivamente las niñas- a su corta edad debe tenerse en cuenta al determinar el sentencia en contra de la persona condenada, ya que se relaciona con la gravedad de los crímenes de alistamiento, el reclutamiento y uso de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, y en particular el daño causado a las víctimas infantiles y sus familias como consecuencia de estos crímenes.

Las pruebas presentadas durante el juicio demuestran más allá de toda duda razonable que los niños fueron sometidos a una serie de castigos durante el entrenamiento.

La Cámara tiene la obligación de considerar los efectos perjudiciales que el reclutamiento, en particular los malos tratos y la violencia sexual tenían a los niños muy pequeños, como un exacerbado factor en la determinación de la pena. Aunque el tratamiento cruel y la violencia sexual no están incluidos en los hechos y circunstancias de los cargos, teniendo en cuenta los procedimientos de protección implementadas por la Sala, el condenado haya tenido un aviso adecuado, tiempo y medios para la preparación de su defensa durante la audiencia de sentencia.

Por ello afirmo que los daños causados a estos niños son un factor que debe ser considerado en la determinación de la sentencia contra el Sr. Lubanga Dyilo, de conformidad con la Regla 145 (1) (c) de las Reglas. Dada la naturaleza de estos crímenes, el daño causado se extiende a familia de las víctimas, incluyendo a los padres que perdieron a sus hijos o cualquier posibilidad de tener una relación con sus hijos en el futuro. Los niños nacidos como a consecuencia de la violencia sexual que sufrieron las niñas que fueron reclutados también están profundamente afectados por estos crímenes.

La disidencia radico en que la mayoría de la Sala omitió contemplar como hechos relevantes y agravantes de factores tales como “castigo” y “violencia sexual” en la determinación de la pena contra el Sr. Lubanga Dyilo y propuso una condena de 15 años de prisión.

3. Reflexiones finales

La Corte Penal Internacional en las dos oportunidades que tuvo para imponer

y determinar pena, valoró los parámetros previstos en el Estatuto de Roma, en tanto utilizó las pautas de gravedad del delito, la gran escala y naturaleza generalizada de los crímenes cometidos, el grado de participación y la intención del condenado, circunstancias individuales del condenado, las circunstancias agravantes y atenuantes.

En los dos casos tratados, afirmó que la pena a imponer debe ser proporcionada al delito, y reflejar la culpabilidad del condenado. Por ese motivo, afirmó que resultaba inapropiada una pena a prisión perpetua, en tanto concurren circunstancias agravantes y atenuantes.

En ese aspecto, si bien al reconocer como integrante del sistema de fuentes de la CPI las decisiones de los Tribunales que resultaron antecesores, la Corte se apartó de los mismos en tanto estos sólo pretendían el castigo del imputado. A diferencia de ellos, resultó primordial para la CPI las valoraciones de las circunstancias y características individuales del imputado, en aras de lograr su adecuada reinserción social.

Lo cierto es que resultó llamativo que en los casos reseñados la Corte Penal Internacional al momento de valorar los factores agravantes de pena se situó temporalmente en momentos previos o concomitantes a la presunta comisión de los hechos, y a la hora de valorar la concurrencia de factores que atenúan la pena analizó las circunstancias actuales de los procesados.

El criterio de la Corte Penal Internacional sobre la determinación de la pena a imponer intentó apoyarse en el sentido y fin de la pena, el cual surge del mismo preámbulo del Estatuto de Roma, el fin de la prevención especial positiva. Esto coincide con lo prescripto por los tratados internacionales que tratan el tema, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4. Bibliografía

Fuentes primarias

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, Fiscalía vs. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07 7 de marzo 2014.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, Situación en la República Democrática del Congo, caso ICC-01/04-01/06. Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dyilo, decisión en relación al art. 74 del ER, 14 marzo 2012.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE

BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA

AMBOS, K. (2007) *La Corte Penal Internacional*, 1era Edición, Santa Fe.

PENAL INTERNACIONAL, A/CONF.183/9 17 de julio de 1998, artículo 23.

PERSPECTIVA IBEROAMERICANA SOBRE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL (2011)
Volumen 1. Ponencias de los Programas Académicos de la “X Edición de
2011 de la Competencia Víctor Carlos García Moreno sobre Procedimiento
ante la Corte Penal Internacional”.

Las etiquetas importan: Análisis del concepto de coautoría en la Corte Penal Internacional

MARIANA GUTIÉRREZ

Universidad de Buenos Aires

Los crímenes internacionales se diferencian de sus pares domésticos en su naturaleza inherentemente colectiva. Se tratan de crímenes masivos, ejecutados de forma sistemática y por una pluralidad de intervinientes.¹²⁵⁰ Dada dicha particularidad, el juzgamiento de crímenes internacionales conlleva el desafío de encontrar un criterio jurídico consistente que permita distinguir la respuesta punitiva que merece cada uno de los sujetos que intervienen en su realización.¹²⁵¹

La aplicación de teorías domésticas de atribución de responsabilidad penal a crímenes internacionales muchas veces resulta insuficiente para abarcar su complejidad sistemática.¹²⁵² Particularmente, se ha objetado que las teorías diseñadas para analizar delitos comunes no llegan a reflejar el papel preponderante que jefes políticos y militares juegan en la organización y puesta en marcha de crímenes masivos.¹²⁵³

Al respecto, señala OLÁSOLO que muchas veces la utilización de modelos domésticos lleva a concluir que las personas con mayor autoridad, principalmente quienes diseñan y ordenan la ejecución de actos atroces, son meros partícipes en los crímenes cometidos por otros.¹²⁵⁴ Lo expuesto se relaciona con lo que STEWART denomina el dilema de *Hitler-an-accomplice*¹²⁵⁵ cuando explica que las innovaciones y esfuerzos por modelar los modos de participación en Derecho Internacional Penal se debe en gran medida a que somos reacios a la idea de calificar a Hitler como un partícipe de los crímenes del Holocausto,¹²⁵⁶ lo que sucedería bajo ciertos modelos de

1250 AMBOS, (2008: 746). WERLE&JESSBERGER (2014: 92), PUNCH M. (2009:44).

1251 Cf. STEER (2017: 359), CUPIDO (2014: 67).

1252 Si bien ciertos delitos domésticos son cometidos a través de estructuras complejas compuestas por una pluralidad de personas (por ejemplo delitos relacionales a la criminalidad organizada), van Sliedregt explica que estos son casos de excepción, mientras que en el ámbito del DIPenal son la regla. Ver VAN SLIEDREGT (2015: 501).

1253 OLÁSOLO (2009: 3).

1254 Agrega que dicha calificación muchas veces conlleva la imposición de penas demasiado leves que no reflejan el rol central que tuvieron en la comisión de crímenes internacionales. Cf. OLÁSOLO (2009: 3).

1255 Lo expuesto se acentúa en aquellas jurisdicciones en las cuales la calificación como partícipe conlleva por imperio legal una condena reducida en relación a la del autor, como es el caso del partícipe secundario en Argentina.

1256 STEWART (2012: 150); ver también GUILFOYLE (2011: 285).

participación criminal.¹²⁵⁷

El propósito de este artículo es demostrar que actualmente en Derecho Internacional Penal (DIPenal) la calificación como autor o partícipe importa y que la preocupación por señalar a los líderes y personas con autoridad en la comisión de crímenes masivos con el rótulo de autores principales no es ajena a la CPI, cuyas decisiones han dejado ver el propósito de destacar el rol predominante de dichas figuras influyentes a través de la extensión del concepto de co-autoría.

1. La participación penal desde distintas perspectivas

1.1. Modelo único vs. Modelo diferenciado de autor

En lo que a la participación penal respecta, la mayoría de los sistemas jurídicos domésticos poseen un criterio dual de autor,¹²⁵⁸ el cual diferencia entre la responsabilidad principal de quien comete el crimen por sí mismo y la responsabilidad accesoria o derivada de quien colabora en la ejecución de un crimen por otra persona.¹²⁵⁹ Bajo este modelo la responsabilidad del autor es independiente dado que posee una relación directa con los elementos del crimen, mientras que el partícipe carece de dicho vínculo, su responsabilidad es accesoria en tanto deriva de la del autor principal y depende de que este al menos intente cometer el crimen.¹²⁶⁰

A su vez, en países de tradición jurídica romano-germánica, como es el caso de Argentina, la diferenciación entre responsabilidad primaria y accesoria se traduce en una adjudicación de responsabilidad menor al partícipe y, en muchos casos, la imposición de una pena atenuada.¹²⁶¹ Los sistemas jurídicos de raigambre anglosajona (también Francia) en cambio, no prevén una atenuación automática de la pena para quienes son calificados como partícipes.¹²⁶²

1257 Por ejemplo en el modelo empírico o naturalístico de autoría y participación (predominante en el sistema anglosajón), autores son solo aquellos que ejecutan los elementos materiales del delito (*actus reus*).

1258 OLÁSULO, (2009: 15).

1259 En Argentina se habla de la distinción entre autoría y participación. Vale aclarar que el concepto de participación penal puede entenderse de dos maneras: en sentido amplio el término refiere a la intervención en un hecho punible, mientras que en sentido estricto hace referencia a la colaboración en un hecho ajeno, en contraposición al concepto de autor.

1260 A su vez el carácter accesorio hace que –a diferencia de quien intenta cometer un crimen– la tentativa de participación muchas veces no sea punible. Ver: MUNIVRANA VAJDA (2014: 1048).

1261 OLÁSULO, (2009: 17). Vale aclarar que algunos países –Argentina es uno de ellos– prevén una subcategorización entre partícipes según la importancia de su contribución al crimen, esto con el fin de asimilar o igualar la pena a la del autor principal de aquellos cuya contribución fue sustancial o necesaria. Ver Código Penal de la Nación Argentina, LEY 11.179, Art. 45.

1262 De hecho en los sistemas del common law, los partícipes son tratados como si hubiesen cometido delito y pueden ser juzgados y sentenciados de la misma forma que un autor. Cf. GUILFOYLE, (2011: 261).

Por otro lado, hay sistemas jurídicos que no diferencian entre responsabilidad penal principal y accesoria.¹²⁶³ Bajo el modelo único de participación criminal todo aquel que presta una colaboración a la ejecución del crimen es asimilable a un autor principal en lo que a la atribución de responsabilidad respecta y los distintos grados de intervención cobran relevancia recién en la determinación de la pena. Si bien bajo el modelo unitario es posible distinguir entre autores y partícipes, esta referencia cumple fines descriptivos y carece de relevancia normativa.¹²⁶⁴

1.2. Criterio normativo vs. Criterio empírico

En los países que siguen un criterio de tipo *naturalístico* o empírico de responsabilidad penal, el cual se basa en la relación causa-efecto propia del mundo natural, autor (principal) es aquel que materializa directamente los elementos del crimen, es decir que interviene físicamente en la realización de los elementos típicos. En contraposición, partícipe (*accomplice*) es aquel que no obstante no realizar el acto típico, contribuye a la comisión del crimen de alguna otra manera. Su responsabilidad de entiende accesoria solo en el sentido de que deriva de la del autor material y no implica una diferencia de responsabilidad.¹²⁶⁵

Por otro lado, las teorías normativas de intervención penal expanden el concepto de autor más allá de la mera contribución física. La conducta de los intervinientes se analiza a través de criterios valorativos que tienen en cuenta elementos tales como el rol de los sujetos, sus características particulares, la relevancia de contribución al crimen, etc. Conforme a este criterio, autores son los sujetos con mayor influencia en la comisión del crimen, lo cual no siempre significa que su actuación deba limitarse en la etapa ejecutiva.¹²⁶⁶

1.3. Criterios subjetivos vs. Criterios objetivos

Las teorías de atribución de responsabilidad penal suelen dividirse entre aquellas que priorizan elementos subjetivos de aquellas que se basan en contribuciones materiales al crimen. En DIPenal un claro ejemplo del primero es la Empresa Criminal Conjunta adoptada por los tribunales *ad hoc*. Esta teoría prioriza la intención de los miembros de un grupo en contribuir con un plan común dirigido a – o que al menos comprende- la comisión de crímenes.¹²⁶⁷ Así, todos sus miembros son responsables de los actos realizados en conformidad con el plan común, independientemente del

1263 Como ejemplos de este modelo se puede mencionar Italia y Dinamarca; ver: OLÁSULO (2008: 19).

1264 WERLE & BURGHARDT (2014: 5).

1265 Tan limitado concepto de autor principal hace que sea inconcebible, en el marco de dicha teoría, traducir la división entre autores y partícipes en una jerarquía de culpabilidad.

1266 Cf. OHLIN, van SLIEDREGT & WEIGEND (2013: 740).

1267 Cf. CUPIDO (2014: 70).

aporte individual de cada miembro del grupo.

Por otro lado, las teorías que se basan en criterios objetivos atribuyen responsabilidad penal sobre la base de la conducta de los sujetos y su aporte a la ejecución del crimen. Explica OLÁSOLO que conforme al criterio objetivo-formal los autores son solo quienes materializan al menos uno de los elementos del crimen¹²⁶⁸ mientras que partícipes son aquellos que contribuyen de cualquier otra manera.¹²⁶⁹ Por otro lado, el criterio objetivo-material atribuye responsabilidad en tanto autor a quienes tienen autoridad sobre la ejecución del crimen, independientemente del momento de su actuación.¹²⁷⁰

2. Desarrollo histórico en el DIPenal

Las cartas constitutivas de los Tribunales de Núremberg y Tokio plasmaron por primera vez la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales.¹²⁷¹ En las Cartas de ambos Tribunales, las conductas punibles aparecen junto a los crímenes de competencia del tribunal. Explica VAN SLIEDREGT que los juicios de Núremberg se desarrollaron sobre la base de una teoría de responsabilidad penal diseñada para capturar la magnitud y naturaleza burocrática de los crímenes cometidos por el nazismo.¹²⁷² Dichas cartas adoptaron un modelo único de autor, en la cual todo aporte material o legal a la ejecución de los crímenes constituía un criterio válido de atribución de responsabilidad penal.¹²⁷³

Con posterioridad a los juicios de Núremberg, otros procesos se desarrollaron en las zonas alemanas ocupadas conforme al *Allied Control Council Law No 10*. Si bien este instrumento delineó de manera más específica las distintas intervenciones y conductas punibles,¹²⁷⁴ los tribunales competentes mantuvieron un modelo único de autor similar al utilizado en los Tribunales de Núremberg.

1268 Cf. Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/06-2842, 29 de Enero de 2007, para. 328.

1269 OLÁSOLO (2009: 4).

1270 OLÁSOLO (2009: 4).

1271 Cf. Charter of the International Military Tribunal, Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Londres, 8 de Agosto 1945; Special Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo, Establishment of the International Military Tribunal for the Far East, 19 de Enero de 1946.

1272 Cf. VAN SLIEDREGT (2015: 4): “This theory, referred to as the ‘collective criminality theory’, focused on (i) members of organizations through which the Nazi war machine carried out the ‘final solution’ and (ii) those in leadership positions orchestrating the Holocaust.”.

1273 Ver por ejemplo; Charter of the International Military Tribunal, Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, Londres, 8 de Agosto 1945, Artículo 6: “(...) leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in the execution of such plan.”.

1274 Ver: Control Council, Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 de Diciembre de 1945, Artículo 2(2).

En la década del noventa, el Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia (TIPY) y para Ruanda (TIPR) marcaron un quiebre en la tendencia por adoptar un modelo único de responsabilidad penal: En primer lugar, a diferencia de sus predecesores, los instrumentos constitutivos de ambas jurisdicciones contienen artículos exclusivos que establecen los modos de participación penal —lo que parecería demostrar una mayor preocupación en sistematizar las conductas punibles¹²⁷⁵—. A su vez, la Sala de Apelaciones (SA) del TIPY en *Tadic* diferenció la responsabilidad de los miembros de la Empresa Criminal Conjunta (ECC) de la de cómplices y partícipes, afirmando que en el caso de éstos últimos su responsabilidad siempre accesoria respecto a la del autor principal.¹²⁷⁶ Subsecuentemente, numerosos pronunciamientos de este tribunal se han inclinado hacia un modelo diferenciado de autor,¹²⁷⁷ en el cual los miembros de la ECC tienen responsabilidad primaria¹²⁷⁸ por los crímenes perpetrados en el marco del plan común. Por su parte el TIPR, citando la decisión en *Tadic*, llegó a la misma conclusión acerca del carácter de autores primarios de los miembros de la ECC.¹²⁷⁹

Finalmente, el Estatuto de Roma plasma en los artículos 25 y 28 distintos modos de participación penal. Su lectura en conjunto ha llevado a sostener que dichas conductas están sistematizadas de modo jerárquico.¹²⁸⁰ Asimismo, la mayoría de las salas de la CPI han adherido a la interpretación de que el artículo 25(3) del ER se encuentra estructurado de tal manera que deslinda la intervención criminal en autores que *cometen* el crimen, por un lado, y partícipes que contribuyen a su realización, por el otro. Así, el inciso a de dicho artículo engloba las diferentes categorías de autoría (cometer un crimen por sí, con otro o a través de otro) mientras que los restantes incisos enumeran distintas intervenciones que dan lugar a responsabilidad accesoria como partícipe. Finalmente el artículo 28 contempla un modo residual de responsabilidad penal bajo el cual líderes políticos y militares son responsables por no

1275 Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, annexed to SC Res. 827 (1993), Art. 7; Statute of the International Tribunal for Rwanda, annexed to SC Res. 955 (1994), Art. 6; Cf. OLASOLO, p. (2009: 21-22).

1276 Cf. Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, Prosecutor v. Dusko Tadic, “Appeals Chamber Judgment”, Case No. IT-94-1-A, 15 de Julio de 1999, para. 229.

1277 Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, Prosecutor v. Miroslav Krnojelac, “Appeal Chamber Judgment”, Case No. IT-97-25-A, 17 de Septiembre de 2003, para. 73; Prosecutor v. Radislav Krstic, “Appeals Chamber Judgment, Case No. IT-98-33-A, A. Ch., 19 de Abril de 2004, paras. 266-269; Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al., “Appeals Chamber Judgment”, Case No. IT-98-30/1-A, 28 de Febrero de 2005, paras. 87-92.

1278 Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, Prosecutor v. Milan Milutinovic et al., “Appeals Chamber Decision on Dragoljub Oldjanić’s Motion Challenging Jurisdiction- Joint Criminal Enterprise”, IT-99-37-AR72, 21 de Mayo de 2003, paras. 20, 31.

1279 Tribunal Internacional Penal para Ruanda, Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, “Appeals Chamber Judgment” Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, 13 de Diciembre de 2004, pár. 500.

1280 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, “Decision on the Confirmation of Charges”, ICC-01/04-01/07-717, 30 de Septiembre de 2008, para. 354.

prevenir y castigar la conducta criminal de sus subordinados.

3. Implicancias de optar por uno u otro criterio

¿Cuál es el fin de diferenciar entre autores y partícipes de un crimen? ¿Hay alguna ventaja que justifique el exhaustivo análisis de los hechos y relaciones que dicha diferencia conlleva? A continuación se presentarán ciertas consideraciones que son significativas a la hora de optar por un modelo de responsabilidad penal dirigido a abarcar los crímenes más graves de trascendencia internacional.

3.1. Función expresiva

Se ha alegado que detrás de la distinción entre los modos de atribución penal radica, entre otras cosas, una finalidad expresiva:¹²⁸¹ la condena penal señala la conducta socialmente reprochable del condenado,¹²⁸² para lo cual no basta el mero pronunciamiento de culpabilidad sino que es necesario que la sentencia exponga las razones que justifican la condena.¹²⁸³

Lo expuesto cobra suma relevancia en juicios por crímenes internacionales, en los cuales el descubrimiento de la verdad y la creación de un registro histórico son fines no solo aceptados sino muchas veces deseados.¹²⁸⁴ Desde esta perspectiva, diferenciar las modalidades de participación criminal coadyuva a generar dicho efecto educativo al identificar con precisión el rol de los distintos intervinientes y denunciar su autoridad en la ejecución de los crímenes. Lo contrario, es decir, la asimilación de todas las intervenciones relevantes en una categoría única de autor, desperdicia la capacidad de denunciar a los sujetos con mayor influencia en la comisión de los crímenes.¹²⁸⁵

Ahora bien, aceptada la idea de que el modelo dual es funcional a dicha función expresiva, la distinción entre autores y partícipes basada en criterios empíricos —la cercanía del sujeto con la materialización del crimen—, conduciría a calificar solo a los perpetradores físicos como autores y a quienes no intervienen en la ejecución del crimen pero orquestan y dirigen su comisión, como partícipes. En este sentido, la SA del TIPY en *Tadic* afirmó que la calificación como partícipes (*aiders and abettors*) de quienes no intervienen en la ejecución material del crimen, pero hacen posible su comisión por los demás miembros de un grupo, puede llevar a subestimar su grado de responsabilidad.¹²⁸⁶

1281 Ohlin, van SLIEDREGT & WEIGEND (2013: 745).

1282 JAIN (2013: 833).

1283 Cf. JAIN (2013: 833).

1284 Cf. DAMASKA (2008: 329-365); MUNIVRANA VAJDA (2014:1048).

1285 MUNIVRANA VAJDA (2014:1048).

1286 Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, Prosecutor v. Dusko Tadic, “Appeals Chamber Judgment”, Case No. IT-94-1-A, 15 de Julio de 1999, para. 192.

3.2. Efecto estigmatizante de la condena y “fair labeling”

Más allá de la sanción penal, la mera declaración de culpabilidad trae aparejada un estigma social, razón por la cual la sentencia condenatoria debiere precisar con claridad cuál es la conducta imputada y en razón de qué se considera reprochable.¹²⁸⁷ En este sentido, el principio conocido en la tradición anglosajona como “*fair labeling*”¹²⁸⁸ demanda que la calificación legal del delito refleje la gravedad y sea conducente con la conducta del acusado.¹²⁸⁹

Si entendemos que la calificación legal de la conducta imputada es relevante en tanto conlleva un estigma social, resulta razonable admitir que también la identificación del modo de participación –en tanto parte de dicha calificación¹²⁹⁰– debiere ser precisa y reflejar el grado de intervención en la comisión del crimen.¹²⁹¹ Lo contrario llevaría a exponer a la persona condenada a un estigma basado en preconceptos ligados a la naturaleza del crimen –los de más atroces en el caso de crímenes internacionales– más que a su responsabilidad individual por la que tiene que responder.¹²⁹²

Al respecto, señala DAMASKA que las doctrinas que asimilan distintos tipos de contribuciones y responsabilidades dentro de una misma categoría de participación criminal, ignoran diferencias que en muchas sociedades son relevantes y, agrega, que el estigma indiscriminado del fallo de culpabilidad no se compensa aun mitigando las condenas de aquellos con menor grado de culpabilidad, en la fase de determinación de la pena.¹²⁹³

3.3. Jerarquía de culpabilidad

Un asunto controvertido ligado a la diferenciación entre autores y partícipes es la relevancia de dicha clasificación en lo que al análisis de culpabilidad del imputado concierne. Aún entre los sistemas domésticos que adoptan un modelo dual de participación criminal, hay discrepancias en considerar al autor de un crimen más culpable que al partícipe. En general, los países que siguen un criterio empírico de atribución de responsabilidad penal, en dónde la categoría de autor-principal se limita a quienes materializaron los elementos del crimen, niegan que dicha clasificación conlleve una jerarquía de culpabilidad. Bajo este paradigma se suele sostener que

1287 Cf. GUILFOYLE (2011: 285). DAMASKA, (2008: 350).

1288 Originalmente denominado “representative labeling”, ver A. ASHWORTH (1981); WILLIAMS (1983).

1289 Para mayor información acerca de los debates suscitados en torno a “fair labeling” en Derecho Internacional Penal ver: STEWART (2012); WERLE & BURGHARDT (2014).

1290 Cf. Corte Penal Internacional, Regulations of the Court, Regulation 52 (c); WERLE & BURGHARDT (2014: 14).

1291 Cf. ROBINSON (2008: 941/2).

1292 STEWART (2012: 165-219).

1293 DAMASKA (2008: 353).

la *accesoriedad* del partícipe no implica un menor grado de reproche penal. Por otro lado, si la diferencia entre autores y partícipes se basa en criterios normativos los cuales, además de la mera ejecución del acto típico demandan un análisis valorativo del rol de los intervinientes a fin de determinar distintos grados de responsabilidad, la calificación como partícipe muchas veces conlleva una pena atenuada en relación a la del autor.

Muchas de las discusiones en materia de atribución de responsabilidad penal en el ámbito de los tribunales internacionales se deben, en gran medida, a estas nociones contrapuestas. A modo de ejemplo, la Sala de Primera Instancia (SPI) II en *Katanga* sostuvo que si bien el artículo 25(3) enumera distintos modos de atribución de responsabilidad, ello no se traduce en una jerarquía de culpabilidad, sino que es competencia de los jueces ponderarla en el caso en concreto.¹²⁹⁴ En contraposición, subsecuentemente la SA en *Lubanga*, afirmó que las categorías de autor y partícipe son relevantes a los fines de determinar la culpabilidad del sujeto¹²⁹⁵ ya que, en términos generales, quien *comete* un crimen es más reprochable que aquel que se limita a *contribuir* en su realización.¹²⁹⁶

4. Criterio adoptado por las Salas de la CPI

Al interpretar los modos de participación previstos en el ER las salas de la CPI han adoptado un modelo dual de participación criminal.¹²⁹⁷ Desde sus primeros pronunciamientos en el caso *Lubanga*, la mayoría de los jueces han interpretado que el ER deslinda la responsabilidad entre autores que cometen un crimen y partícipes que colaboran en el crimen de otra persona. En cuanto al criterio adoptado, se han rechazado teorías netamente objetivas en base que el Estatuto, al prever que los crímenes pueden cometerse *a través de otra persona* —Artículo 25(3)(a)— no demanda la ejecución directa por parte del autor. A su vez, la Corte se ha distanciado del criterio subjetivo seguido por los tribunales *ad hoc* alegando que el grado de contribución al crimen —en contraposición a la intención de los intervinientes— debiere ser el elemento esencial de diferenciación.¹²⁹⁸ Así, las Salas en el caso *Lubanga* han optado por un “tercer criterio”¹²⁹⁹ y recurrido a los aportes de la teoría del *dominio del hecho* de

1294 Cf. Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Germain Katanga, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de Marzo de 2014, p. 1386.

1295 Cf. Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, ICC-01/04-01/06-3121, pá. 462.

1296 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, ICC-01/04-01/06-3121, pá. 462.

1297 Cf. Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de Marzo de 2012. La adopción de un modelo de atribución de responsabilidad penal que diferencia entre autores y partícipes ha provocado múltiples discusiones doctrinarias a favor y en contra. Ver: Stewart (2012:165-219); WERLE & BURGHARDT (2014).

1298 Cf. MUNIVRANA VAJDA, (2014: 1053).

1299 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Decision on the confir-

ROXIN,¹³⁰⁰ según la cual son autores aquellas personas que poseen el *dominio final del hecho*, es decir, que pueden controlar el desarrollo del acontecer global del suceso.¹³⁰¹ Desde esta perspectiva, el partícipe carece de dicho control, depende de la efectiva comisión del crimen por parte del autor, por ende su contribución es siempre accesoria.

4.1. Coautoría

La coautoría refiere a la comisión de un crimen, en conjunto, por dos o más personas. Las Salas en *Lubanga* coincidieron en utilizar la teoría de ROXIN para definir a la coautoría, en términos de un *co-dominio funcional del hecho*.¹³⁰² Así, el rasgo esencial de dicha figura radicaría en que el dominio del acontecer global del hecho lo comparten todos los coautores. Es decir, no se trata de que cada individuo domina la parte del crimen a la cual contribuyó, sino que se interpreta que cada uno es coautor del todo, debido al aporte esencial que cada interviniente realiza en función de un plan común. De esta manera, cada coautor posee el poder de anular el plan acordado, en caso de negarse a realizar su contribución, frustrando así, la comisión del crimen.¹³⁰³

Lo cierto es que, en el caso *Lubanga* no se ha aplicado íntegramente la figura de la coautoría funcional tal como la define el autor alemán, sino que las Salas rechazaron limitar el concepto de coautor a quienes participan en la materialización de los elementos del crimen. Puntualmente, ROXIN afirma en su libro *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* que solo pueden ser coautores quienes participan en la etapa ejecutiva del crimen. Sostiene su postura en el entendimiento de que, dado que el hecho típico concentra la relevancia jurídico-penal del suceso, las figuras centrales del ilícito no pueden ser otras que las personas que toman parte en su ejecución. Por otro lado, el autor argumenta que quien interviene en la etapa preparatoria no domina el curso del hecho, sino que depende –siempre que el autor directo obre libre y voluntariamente– de la configuración del hecho que realizan quienes efectivamente materializan el crimen en la etapa ejecutiva. La SPI en *Lubanga* se apartó en este punto

mation of charges”, ICC-01/04-01/06-2842, 29 de Enero de 2007, para. 330.

1300 Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/05-01/08-424, 21 de Marzo de 2016, pára. 348; *Prosecutor v. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang*, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, ICC-01/09-01/11-373; 29 de Febrero de 2012, pára. 291; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09-3, 4 de Marzo de 2009, para. 210.

1301 ROXIN (1998).

1302 Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, ICC-01/04-01/06-3121, pára. 469; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/06-2842, 29 de Enero de 2007, para. 989.

1303 ROXIN (1998).

afirmando que resulta incompatible o más exigente que el propio ER,¹³⁰⁴ el cual en ningún lado exige una contribución en la etapa ejecutiva a los fines de “cometer” uno de los crímenes del Artículo 5.¹³⁰⁵ Es así que la Sala llegó a la conclusión de que el coautor puede compensar su falta de contribución en la etapa ejecutiva del crimen si, en virtud de su aporte esencial, posee el dominio del hecho.¹³⁰⁶ Posteriormente, la SA adhirió a este argumento afirmando que permite analizar el rol del acusado en relación al crimen en cuestión.¹³⁰⁷

En síntesis, la SA al confirmar el análisis hecho por la SPI, afirmó que ante crímenes cometidos por una pluralidad de personas, el estudio de la coautoría no debe limitarse a la cercanía del sujeto con el crimen y si realizó los elementos objetivos personalmente. Sino que debe realizarse un “análisis normativo del rol del acusado”¹³⁰⁸ en las específicas circunstancias que llevaron a la realización del crimen. A su vez, ratificó la postura de que un modo adecuado de realizar dicha evaluación es analizar si el acusado tenía el *dominio del hecho*, en virtud de su contribución esencial y la consecuente capacidad para frustrar la realización del crimen, incluso si dicho aporte se realizó en etapas de planeamiento o preparatorias, incluyendo cuando el plan común es concebido.¹³⁰⁹

5. Observaciones respecto CPI

La adopción de un modelo dual de participación penal y el recurso a la teoría del *dominio del hecho* para diferenciar autores de partícipes evidencia la intención de definir –y en cierta forma incluso limitar¹³¹⁰– la categoría de autor a fin de abarcar a quienes mayor influencia tuvieron en la ejecución de crímenes. Tal es así que las propias Salas han reconocido su potencial para señalar a los máximos responsables.¹³¹¹

1304 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, ICC-01/04-01/06-3121, pára. 469.

1305 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/06-2842, 29 de Enero de 2007. para. 348; ver GIL & MACULAN (2015: 349-371).

1306 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de Marzo de 2012, pára. 989.

1307 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, ICC-01/04-01/06-3121, pár. 469.

1308 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, ICC-01/04-01/06-3121, pár. 469, pár. 466.

1309 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, ICC-01/04-01/06-3121, pár. 469, pára. 473.

1310 Cf. Corte Penal Internacional Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de Marzo de 2012, para. 999.

1311 Corte Penal Internacional, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de Marzo de 2012, para. 920; Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, “Decision on the Confirmation of Charges”, ICC-01/04-01/07-717, 30 de Septiembre de 2008, para. 485; Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, “Decision on

A su vez, el hecho de que la doctrina sentada en *Lubanga* únicamente se distanció de la teoría original en lo que respecta al momento en el cual el coautor puede actuar denota claramente la intención de establecer un criterio lo suficientemente flexible¹³¹² para adjudicar responsabilidad principal a quienes planean, diseñan, orquestan y dirigen el curso de los acontecimientos.

Ahora bien, la CPI es el único tribunal internacional penal cuya jurisdicción —si bien limitada por el principio de complementariedad—, va más allá de un solo conflicto o región: la Fiscalía de la Corte investiga de forma paralela distintas situaciones en diversas regiones, de las cuales solo un limitado número de casos se abren y llegan a juicio. A diferencia los tribunales *ad hoc* cuya competencia se limita a un solo conflicto y en muchos casos tienen preeminencia sobre las jurisdicciones nacionales, la estrategia de ir construyendo casos a partir de los autores materiales e ir subiendo en la jerarquía hasta llegar a los líderes y personas con mayor autoridad no resulta una alternativa fácticamente viable. Si bien la Fiscalía ha expresado que podría llegar a realizar dicha construcción vertical de casos,¹³¹³ lo cierto es que el carácter limitado de los recursos disponibles y la dependencia en la cooperación de los Estados para ejercer su mandato, hace que en el marco de la CPI solo un número limitado de casos puedan ser juzgados. En este contexto, la diferencia entre los modos de participación puede ser una herramienta útil para dotar de claridad la conducta sobre la cual se basan los cargos su vínculo con los crímenes en cuestión, todo esto en miras a garantizar que los máximos responsables —y no partícipes de menor envergadura— sean perseguidos.

Ahora bien, no obstante las múltiples ventajas de adoptar un criterio de autor basado en el dominio del hecho y de extender el concepto de coautoría a quienes orquestan y dirigen la comisión de crímenes masivos, cabe advertir que es una herramienta peligrosa que debe ser utilizada con precaución. En efecto, asociar el concepto de autor con quienes detentan la “máxima responsabilidad” puede provocar una predisposición en calificar a los imputados dentro de las categorías de autoría en casos donde las figuras de participación se ajustan en mejor medida a la base fáctica del caso.¹³¹⁴

6. Reflexiones Finales

La elección de una teoría de atribución de responsabilidad penal exige
the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/06-2842, 29 de Enero de 2007, para. 330.

1312 Corte Penal Internacional Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de Marzo de 2012, para. 1001.

1313 Cf. International Criminal Court, Office of the Prosecutor, “Policy Paper in Case Selection and Prioritisation”, 15 de Septiembre de 2016, párr. 42. Acerca de los beneficios del sistema dual de participación criminal en relación a la política persecutoria de la Fiscalía de la CPI, ver: MUNIVRANA VAJDA (2014: 1048).

1314 Más aun en contextos críticos, en los cuales la capacidad de la CPI en cumplir eficazmente su mandato de acabar con la impunidad de los crímenes más graves esta bajo tela de juicio.

reflexionar acerca de las implicancias de optar por uno u otro modelo de participación, la relación con el reproche de culpabilidad y la necesidad de caracterizar la conducta del imputado de manera de reflejar lo más fielmente posible la responsabilidad individual por el crimen. En el ámbito del DIPenal cobra particular relevancia la función expresiva de la condena que da cuenta de un suceso histórico, constata la existencia de actos atroces y señala a sus responsables. No adjudicar responsabilidad en tanto autores principales a quienes tuvieron una influencia decisiva orquestando y dirigiendo la ejecución crímenes, desperdicia el potencial didáctico y expresivo de las sentencias internacionales.¹³¹⁵ Asimismo, en virtud de la política persecutoria de la Fiscalía de la CPI de ir tras los *máximos responsables*, la diferenciación entre autoría y participación contribuye a desarrollar esa política y sobre todo provee claridad a las imputaciones.

La Corte hizo su apuesta: un modelo diferenciado de atribución de responsabilidad que separa autores de partícipes en función de un criterio normativo que se centra en el rol de los intervinientes y el grado de control sobre los crímenes. Una de las ventajas destacadas la teoría del dominio del hecho ha sido, justamente, su capacidad para señalar a los máximos responsables. A su vez, la doctrina sentada en *Lmbanga* concerniente en que quienes orquestan, planean y dirigen la comisión de crímenes pueden, no obstante haber actuado en etapas preparatorias, ser calificados como coautores —en virtud de la esencialidad de su aporte y, en consecuencia, el co-dominio del hecho— demuestra claramente la intención de extender el concepto de autoría para adjudicar responsabilidad principal a los líderes y figuras influyentes. Decisión que pareciere acertada —o por lo menos justificada— en vista a las particularidades de la criminalidad sistemática en la cual quienes controlan el accionar del colectivo de perpetradores no suelen actuar en la etapa de ejecución de los crímenes sino en instancias anteriores.

Finalmente, no está de más advertir sobre el abuso de la calificación. En virtud del reducido número de casos que puede perseguir la CPI y la política de la Fiscalía de ir tras los máximos responsables, la distinción entre autores y partícipes en virtud del grado de control sobre el crimen puede generar cierta inclinación por encuadrar a los acusados dentro de alguna de las categorías de autoría más allá de una base fáctica y normativa que justifique tal determinación. Dicha práctica traería como consecuencia la agravación infundada de la responsabilidad del acusado y, a su vez, una narrativa distorsionada de los hechos adjudicados en la sentencia. En síntesis, cuando de atribuir responsabilidad por crímenes internacionales se trata las etiquetas importan, y mucho.

7. Bibliografía

Fuentes primarias

1315 Cf. MUNIVRANA VAJDA (2014: 1048).

- CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, Londres, 8 de Agosto 1945. Disponible en http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf
- CONTROL COUNCIL, Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 de Diciembre de 1945, disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/ffda62/pdf/>
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Apelaciones, (Situation in the Democratic Republic of the Congo) *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction”, ICC-01/04-01/06-3121.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, (Situation in the Democratic Republic of the Congo), *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the Confirmation of Charges”, ICC-01/04-01/07-717, 30 de Septiembre de 2008.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, (Situation in the Democratic Republic of the Congo) *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*,” Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/06-2842, 29 de Enero de 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, (Situation in Darfur, Sudan) SCP I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09-3, 4 de Marzo de 2009.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, (Situation in the Republic of Kenya) *Prosecutor v. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang*, “Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, ICC-01/09-01/11-373; 29 de Febrero de 2012.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, (Situation in the Democratic Republic of the Congo) *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-2842, 14 de Marzo de 2012.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia II, (Situation in the Democratic Republic of the Congo) *Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de Marzo de 2014.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia III, (Situation in the Central African Republic) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/05-01/08-424, 21 de Marzo de 2016.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Office of the Prosecutor, “Policy Paper in Case Selection and Prioritisation”, 15 de Septiembre de 2016. Disponible en:

https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Office of the Prosecutor, Strategic Plan 2016-2018, 6 de Julio de 2015. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/7ae957/pdf/>

SPECIAL PROCLAMATION BY THE SUPREME COMMANDER FOR THE ALLIED POWERS AT TOKYO, Establishment of the International Military Tribunal for the Far East, 19 de Enero de 1946, disponible en http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf

STATUTE OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR RWANDA, annexed to SC Res. 955 (1994).

STATUTE OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, annexed to SC Res. 827 (1993).

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, “Appeals Chamber Judgment”, IT-94-1-A, 15 de Julio de 1999.

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, “Appeal Chamber Judgment”, Case No. IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003.

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Radislav Krstic*, “Appeals Chamber Judgment, Case No. IT-98-33-A, 19 de abril de 2004.

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Miroslav Kvocka et al.*, “Appeals Chamber Judgment”, Case No. IT-98-30/1-A, 28 de febrero de 2005.

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, “Appeals Chamber Decision on Dragoljub Oldjanić’s Motion Challenging Jurisdiction- Joint Criminal Enterprise”, IT-99-37-AR72, 21 de mayo de 2003.

TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA RUANDA, *Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana*, “Appeals Chamber Judgment” Cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, 13 de diciembre de 2004.

BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA

AMBOS, K. (2008) “Article 25: Individual Criminal Responsibility”, en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’ Notes, Article by Article*, TRIFFTERER, O. (ed.), C.H. Beck-Hart-Nomos, München, 743-770.

AMBOS, K., (2012) “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, en *International Criminal Law Review*, Vol. 12, No. 2. Available at SSRN: <http://>

- ASHWORTH, A. & HORDER, J. (2013) *Principles of Criminal Law*, Oxford.
- CUPIDO, M. (2014) “Pluralism in Theories of Liability: Joint Criminal Enterprise versus Joint Perpetration” en VAN SLIEDREGT, E.& VASILIEV, S. (eds.), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford, 128-158.
- CUPIDO, M. (2016) “Common Purpose Liability versus Joint Perpetration: a Practical View on the ICC’s Hierarchy of Liability Theories”, en *L.J.I.L.*, Vol. 29 3, Cambridge, 897-915.
- DAMASKA, M. (2008) “What Is the Point of International Criminal Justice”, en *Chi.-Kent. L. Rev.* 83, 329-365, disponible en:<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol83/iss1/15>
- GIL, A. & MACULAN, E. (2015) “Current Trends in the Definition of ‘Perpetrator’ by the International Criminal Court: From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga case to the Katanga Judgment”, en *L.J.I.L.*, Vol. 28, 349-371.
- GUILFOYLE, D. (2011) “Responsability for Collective Atrocities: Fair Labelling and Approaches to Commission in ICL”, en *Current Legal Problems*, Volume 64, Issue 1, 255–286, disponible en: <https://doi.org/10.1093/clp/cur006>
- HÖHENER A (2015) *Collective Crimes- Individual Responsibility: Joint Criminal Enterprise Revisited, A Diversified Approach to Perpetration*, Völkerstrafrecht und internationales Strafrecht, Zürich, DIKE.
- JAIN, N. (2013) “Individual Responsibility for Mass Atrocity: In Search of a Concept of Perpetration”, en *American Journal of Comparative Law* 61, 831-872 disponible en: http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/263
- MUNIVRANA VAJDA, M. (2014) “Distinguishing between Principals and Accessories at the ICC – Another Assessment of Control Theory”, en *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 64(5-6), 1039-1060, disponible en: <http://hrcak.srce.hr/132639>
- OHLIN, J. D. (2012) “Organizational Criminality” *Pluralism in International Criminal Law*, VAN SLIEDREGT, E., VASILIEV, S., (eds.), Oxford; Cornell Legal Studies Research Paper No. 12-60. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2153818> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2153818>
- OHLIN, J. D. (2012) “Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability”, en *L.J.I.L.* Vol. 25, 771-797. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2026270>
- OHLIN, J. D. (2015) “Co-Perpetration: German Dogmatik or German Invasion?”, en *The Law and Practice of the International Criminal Court: A Critical Account of*

Challenges and Achievements, STAHN, C.(ed.), Oxford University Press.

- OHLIN, J. D. VAN SLIEDREGT, E. & WEIGEND, T. (2013) "Assessing the Control-Theory L.J.I.L., Vol. 26(3), Forthcoming; VU University Amsterdam Legal Studies Paper Series. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2276677> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2276677>
- OHLIN, J. D. (2011) "Joint Intentions to Commit International Crimes", en *Chicago Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 693-753, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1687992>
- OLÁSOLO, H (2009) *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford,
- PUNCH M. (2009) *Why Corporations Kill and Get Away With It: The Failure of Law to Cope With Crime in Organizations*, System Criminality in International Law, (eds.) en NOELLKAEMPER, A., & VAN DER WILT H., Cambridge University Press, New York.
- ROBINSON, D (2008) "The Identity Crisis of International Criminal Law", en *L.J.I.L.* Vol. 28, 925-963.
- ROXIN, C. (1998) *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid.
- ROXIN, C. (2006) "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, 11-22.
- STEER, C. (2013) "Ranking Responsibility? Why We Should Differentiate between Participants in Mass Atrocity Crimes", *Dialectiek van Nationaal en Internationaal Strafrecht*, en ABELS, D., DOLMAN, M.M. & VRIEND, K.C.J. (eds.), Den Haag, Boom Juridische Uitgevers.
- STEER, C. (2017) *Translating Guilt, Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity Crimes*, The Hague.
- STEWART, J. C. (2012) "The End of 'Modes Of Liability' for International Crimes", en *L.J.I.L.* Vol. 25, 165-219.
- VAN SLIEDREGT, E. (2012) *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford.
- VAN SLIEDREGT, E. (2015) "Perpetration and Participation in Article 25(3) of the Statute of the International Criminal Court", en *The Law and Practice of the International Criminal Court* STAHN, C. (ed.), Oxford.
- WERLE, G. & BURGHARDT, B. (2014) "Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute" en VAN SLIEDREGT, E. & VASILIEV, S. (eds.), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2291596> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2291596>
- WERLE, G. & JESSBERGER, F. (2014) *Principles of International Criminal Law*, Oxford.

WILLIAMS, G. (1983) “Conviction and Fair Labelling”, en *Cambridge Law Journal*, Vol. 42, 85.

Del Estado a los individuos: el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y los dispositivos de transformación de los hechos internacionalmente ilícitos en crímenes de guerra

NATALIA M. LUTERSTEIN

Universidad de Buenos Aires / Universidad de Palermo

Of course, the idea that a State, any more than a corporation, commits crimes, is a fiction. Crimes always are committed only by persons. While it is quite proper to employ the fiction of responsibility of a State or corporation for the purpose of imposing a collective liability, it is quite intolerable to let such a legalism become the basis of personal immunity.¹³¹⁶

El derecho internacional humanitario y la noción de crimen de guerra son, posiblemente, dos puntos de partida de lo que hoy es reconocido como una rama autónoma del derecho internacional: el derecho internacional penal. Este ordenamiento, que regula la atribución de responsabilidad a los individuos, nació y se desarrolló a partir de un campo jurídico que fue creado para imponer límites a la conducta de los Estados en tiempos de conflictos armados. Para ello, esas reglas destinadas a los Estados fueron transformadas para ser aplicadas a los individuos. El primer tribunal en llevar a cabo esa transformación fue el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (en adelante, “TMIN”), cuyo Estatuto incluía a los crímenes de guerra en su competencia material.

Así, el artículo 6(b) tipificaba a los crímenes de guerra como las violaciones a las leyes y usos de la guerra. El TMIN consideró en su sentencia que esta disposición se basaba en los artículos 46, 50, 52 y 56 del Convenio de La Haya de 1907 y en los artículos 2, 3, 4, 46 y 51 de la Convención de Ginebra de 1929, tratados celebrados a comienzos del siglo XX para regular la conducta de los Estados.

En este marco, el propósito de este trabajo es examinar la sentencia del Tribunal de Nuremberg a fin de identificar los dispositivos utilizados para transformar los hechos internacionalmente ilícitos –que generan la responsabilidad de los Estados– en el marco de un conflicto armado en crímenes de guerra –que producen la responsabilidad internacional de los individuos.

1316 Alegato de apertura del Fiscal Robert Jackson ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 21 de noviembre de 1945, disponible en <https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/> (último acceso: 17/04/2016).

1. El derecho internacional y la responsabilidad del individuo

Desde sus orígenes, el derecho internacional ha sido un derecho estadocéntrico, es decir, un ordenamiento descentralizado, horizontal, que nació para regular las relaciones entre los Estados soberanos, sus sujetos por antonomasia.¹³¹⁷ Son los Estados los que crean sus normas, las interpretan, deciden cuándo se ha configurado una violación y, eventualmente, cuál será la sanción correspondiente. En este marco, es natural que el derecho internacional se haya ocupado –casi exclusivamente– de la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos de los Estados. Así, la única vía por la cual las conductas de los individuos se tornaban visibles para este ordenamiento era a través de la imputación de sus actos al Estado, cuando así lo permitían las reglas de atribución.¹³¹⁸ Sin embargo, ello no significaba que la responsabilidad del Estado dependiera de (o implicara) la responsabilidad de los individuos como sujetos independientes.¹³¹⁹

Este paradigma tradicional del derecho internacional comenzó a cambiar a mediados del siglo XX con la aparición de dos ramas especializadas de este ordenamiento: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal.¹³²⁰ Si bien ambas ramas comparten la centralidad del individuo como sujeto de derecho, causando una ruptura en la lógica estadocéntrica, se diferencian en el punto de la responsabilidad. El derecho internacional de los derechos humanos mantiene la doctrina clásica de la responsabilidad del Estado –aunque con reglas particulares que responden a su carácter de *lex specialis*– mientras que el derecho internacional penal introduce en el ámbito internacional la responsabilidad del individuo.

Uno de los momentos “grocianos”¹³²¹ del derecho internacional penal fue, sin lugar a dudas –y a pesar de las críticas recibidas–, la sentencia del TMIN en 1946, ya que luego de dicha decisión se afianzó la posibilidad de atribuir responsabilidad por las violación de normas internacionales directamente a los individuos, sin la necesidad de la mediación de la responsabilidad estatal, concepto que, como fuera señalado, modificó radicalmente el panorama del ordenamiento jurídico internacional. El

1317 Cf. BUIS (2015: 5), entre otros. Hay autores que han hablado hasta de fetichismo estatal del derecho internacional, cf. Luban (2011).

1318 La regla tradicional en este sentido dispone que los actos de individuos que actúan como órganos de un Estado se deben atribuir a dicho Estado. Esta regla de carácter consuetudinario ha sido codificada en el artículo 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, “AG”), Res. A/56/83.

1319 NOLLKAEMPER (2003: 616).

1320 Este cambio de paradigma también ha sido definido como una transformación del alma del derecho internacional, cf. SIMPSON (2009: 75).

1321 Se trata de una referencia a GROTIUS (1583-1645), considerado uno de los padres del derecho internacional. Con esta frase, acuñada por Richard Falk en 1985, se describe un desarrollo transformativo del sistema internacional que da nacimiento a nuevas normas con una rapidez inusual, cf. SCHARF (2011).

Tribunal justificó este cambio con una, hoy famosa, frase: “[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo a través del castigo a los individuos se logrará el cumplimiento del derecho internacional”.¹³²²

2. **El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y los crímenes de guerra: ¿responsabilidad de los Estados o de los individuos?**

El 8 de agosto de 1945, los gobiernos de Francia, los Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Reino Unido adoptaron el Acuerdo para el Juzgamiento y Sanción de los Principales Criminales de Guerra del Eje de Europa y el Establecimiento de la Carta del Tribunal Militar Internacional,¹³²³ que entró en vigor ese mismo día (también llamado Acuerdo de Londres). El acuerdo creó el TMIN para juzgar criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieran una ubicación geográfica particular. El 18 de octubre del mismo año el Comité de Fiscales Jefes presentó la acusación contra 24 personas por crímenes contra la paz a través de la planificación, preparación, inicio y llevar a cabo la guerra de agresión en violación de tratados y acuerdos internacionales, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

El Estatuto del Tribunal incluía entre las violaciones a las leyes y usos de la guerra como crímenes al “asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”.

De los veintidos acusados que finalmente fueron juzgados,¹³²⁴ el TMIN declaró culpable a siete de ellos por todos los cargos, doce fueron condenados por uno o más cargos y dos de ellos fueron absueltos. El TMIN dictó pena de muerte para doce de los condenados, prisión perpetua para tres y cuatro de ellos recibieron condenas de privación de libertad de entre diez y veinte años.

En su sentencia, el TMIN señaló que los crímenes de guerra fueron cometidos en gran escala, nunca visto en la historia de la humanidad, con gran crueldad y horror y que tenía a la vista una considerable cantidad de prueba al respecto.¹³²⁵

En términos de su metodología, el TMIN decidió primero analizar la cuestión

1322 Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, “Göring y otros” (Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal), Sentencia del 1 de octubre de 1946 (traducción propia), disponible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp (último acceso: 13/03/2016).

1323 82 UNTS 279.

1324 Uno de ellos, Martin Bormann, fue juzgado en ausencia, conforme el artículo 12 del Estatuto del TMIN.

1325 Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, “Göring y otros”, op. cit., p. 226.

sobre los crímenes de guerra de forma general, para luego examinar la responsabilidad de cada acusado de forma individual.

En primer lugar, el Tribunal se refirió al mal trato, tortura y asesinato de prisioneros de guerra y de la población civil en los territorios ocupados en violación, no solamente del derecho internacional, sino de los dictados elementales de humanidad. El TMIN observó que poblaciones enteras fueron deportados a Alemania para someterlas a trabajo esclavo relacionado con las hostilidades, que fueron tomadas como rehenes y, en oportunidades, asesinadas. Asimismo, señaló que el ejército alemán saqueó propiedad pública y privada de forma sistemática para acrecentar los recursos de Alemania a expensas del resto de Europa. Ciudades y pueblos fueron destruidos sin ninguna justificación de necesidad militar.¹³²⁶

En su análisis, el TMIN hizo mención de los artículos 46, 49, 50, y 56 del Convenio de La Haya de 1907 y de los artículos 2, 3, 4, 46 y 51 del Convenio de Ginebra de 1929, sosteniendo que las violaciones a dichas disposiciones constituían crímenes de guerra por los cuales se podía castigar a los individuos encontrados culpables de su comisión, lo que constituía una afirmación bien establecida que impedía admitir argumento en contrario.¹³²⁷

Señaló, no obstante, que el mencionado Convenio contenía la llamada cláusula general de participación (artículo 2) que establece que las provisiones contenidas en las Regulaciones sobre la Conducción la Guerra Terrestre como la misma Convención se aplicarán solamente entre las Potencias Contratantes y solo si todos los beligerantes son parte de la Convención. Si bien observó que no todos los Estados beligerantes de la Segunda Guerra Mundial eran partes de la mencionada Convención,¹³²⁸ el Tribunal afirmó que para 1939, las reglas allí contenidas habían sido reconocidas por todas las naciones civilizadas como declaratorias de las leyes y usos de la guerra, tal como las menciona el artículo 6(b) de su Estatuto.¹³²⁹

La parte de la sentencia dedicada a la responsabilidad individual de cada uno de los acusados por los crímenes de los que fueron acusados es relativamente escueta. Además, cuando sobre una misma persona pesaban cargos por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, el Tribunal los analizó en una misma sección, sin hacer demasiada diferencia entre ellos, mientras que el crimen contra la paz fue examinado de forma individual.

Por ejemplo, con relación a la responsabilidad de Von Ribbentrop, Canciller del régimen Nazi, el TMIN señaló que el acusado había participado de una reunión el 6 de junio de 1944 donde se acordó comenzar un programa para linchar a los

1326 IDEM, pp. 227- 228.

1327 IDEM, p. 253.

1328 Italia había firmado pero no ratificado la Convención de La Haya de 1907 y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas tampoco era parte del tratado.

1329 Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, “Göring y otros”, op. cit., p. 254. Donnedieu de Vabres observó que, de todos modos, las reglas contenidas en la Convención de La Haya de 1907 no eran muy diferentes a las contenidas en la Convención de 1899, que sí había sido ratificada por todos los Estados beligerantes, cf. DONNEDIEU DE VABRES (1947: 513).

aviadores de los Aliados que llevaran artillería. Asimismo, afirmó que en diciembre del mismo año, el acusado había sido informado de los planes para asesinar a uno de los Generales franceses prisionero de guerra e instruyó a sus subordinados que se aseguraran que ello no sería detectado por las Potencias Protectoras. Finalmente, sostuvo que Von Ribbentrop era responsable por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por sus actividades en los territorios ocupados sin distinguir entre ambos crímenes.¹³³⁰

En el mismo sentido, con relación a Kaltenbrunner, Jefe de la Policía Secreta, la SD y la Oficina Principal de Seguridad del Reich (RSHA), el Tribunal sostuvo, entre otras cosas, que éste tenía autoridad sobre los campos de concentración y, por lo tanto, conocimiento sobre lo que allí ocurría. Señaló que, por ejemplo, había visitado Mauthausen y había sido testigo de la matanza de prisioneros a través de diferentes métodos. De hecho, él mismo había ordenado la ejecución de prisioneros. Al final de la Guerra había participado de la evacuación de prisioneros de los campos de concentración y de su liquidación para impedir su liberación. Asimismo, el TMIN afirmó que como Jefe de la RSHA, Kalterbrunner había participado de un programa generalizado de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que incluía malos tratos y asesinatos de prisioneros de guerra y de la población civil en los territorios ocupados, utilizando métodos que incluían la tortura la detención en campos de concentración, firmando órdenes en ese sentido.¹³³¹

Si bien dentro de los crímenes de competencia del TMIN, los crímenes de guerra podían ser considerados como aquellos que presentaban la base jurídica más sólida –y, por lo tanto no eran tan susceptibles de recibir críticas desde el punto de vista del principio del *nullum crimen sine lege* como los crímenes de lesa humanidad– la sentencia del TMIN no ofrece argumentos suficientes para justificar la determinación de la responsabilidad individual por la violación de obligaciones que, hasta ese momento solo habían sido opuestas a los Estados.

Es cierto que muchos autores¹³³² han señalado un antecedente de 1474 como la primera instancia de juzgamiento internacional de individuos por crímenes guerra.¹³³³ Sin embargo también es cierto que desde entonces, no habían existido otros ejemplos. Las conductas consideradas como violatorias de las leyes y usos de la guerra habían sido hasta entonces, generalmente, juzgadas por los Estados en sus propios tribunales o por los tribunales de ocupación. Así, al presentar un desarrollo histórico de la cuestión suele citarse el Código de Lieber, preparado por el jurista alemán Francis Lieber a pedido del presidente Abraham Lincoln como instrucciones para las tropas durante la guerra civil de los Estados Unidos a fines del siglo XIX.

Las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 fueron los primeros

1330 Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, “Göring y otros”, op. cit., pp. 287- 288.

1331 IDEM, pp. 291- 293.

1332 SCHWARTZ (2014), GREPPI (1999).

1333 El juicio de Peter von Hagenbach en Breisach, Alemania. von Hagenbach fue juzgado por asesinatos, violaciones, perjurio y otros crímenes contra las leyes de Dios y el hombre por una coalición de Francia, Bern, Austria y los pueblos y reinados de la zona de aguas arriba del río Rin.

instrumentos internacionales multilaterales que regularon la conducción de hostilidades¹³³⁴ Sin embargo, su contenido, como cualquier tratado clásico, se refería mayormente a los derechos y obligaciones de los Estados. El hecho de que, además, incluyeran disposiciones que establecieran la responsabilidad internacional de los individuos –como parece sugerir, aunque sin demasiada explicación, el TMIN– no surge de forma clara.¹³³⁵

Es cierto que la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones, creada en 1919, analizó el derecho internacional e identificó 32 delitos violatorios de las leyes y usos de la guerra,¹³³⁶ pero sus recomendaciones no fueron seguidas por los Estados y los artículos 227, 228 y 228 del Tratado de Versalles, que preveían el establecimiento de tribunales creados por representantes de los Estados vencedores para juzgar al Emperador de Alemania y a las personas acusadas de haber cometido violaciones a las leyes y usos de la guerra, nunca fueron puestos en práctica.

Ello quiere decir que fue recién con el TMIN que una jurisdicción internacional juzgó y condenó a individuos por la comisión de crímenes de guerra, es decir, por la violación de normas internacionales.

Cabe señalar en este punto que entre 1945 y 1948 funcionó la denominada Comisión de Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, que llevó a cabo investigaciones preliminares sobre crímenes cometidos por individuos de jerarquía media. La Comisión estaba formada por 17 Estados¹³³⁷ en los que luego se realizaron enjuiciamientos ante sus tribunales domésticos. Esta Comisión tomó en cuenta la lista de 32 delitos confeccionada en 1919, pero no ofreció ninguna definición específica del crimen de guerra.¹³³⁸

Como ha sido mencionado *supra*, el TMIN no ofreció ninguna justificación ni explicación acerca de por qué aplicaba los Convenios de La Haya de 1907 y de Ginebra de 1929, más allá de señalar que para el momento en que comenzó la Segunda Guerra Mundial en 1939, las violaciones a dichos instrumentos ya estaban reconocidas en el derecho internacional. Aunque no lo dijo expresamente, se puede concluir que el Tribunal hacía referencia a la existencia de una costumbre internacional, sin especificar, sin embargo, cómo identificó los elementos de la práctica y la *opinio juris*,

1334 SCHWARTZ (2014).

1335 De hecho, Donnedieu de Vabres en su curso “Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du Droit Pénale International”, sostuvo que las Convenciones de La Haya solo preveían sanciones civiles para los Estados, cf. DONNEDIEU DE VABRES (1947: 509).

1336 SCHWARTZ (2014), op. cit., NEUNER (2014). Cabe señalar que los delitos incluidos en esa lista no fueron objetados por Alemania, Japón o Italia, cf. PLESCH y SATTTLER (2014: 442- 443).

1337 Australia, Bélgica, el Reino Unido, Canadá, China, Checoslovaquia, Francia, Grecia, India, Luxemburgo, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, los Estados Unidos, Yugoslavia y Sudáfrica. El trabajo de la Comisión contribuyó con el juzgamiento de 100 casos y la identificación y sanción de aproximadamente 2.700 personas como autores de baja o media jerarquía.

1338 PLESCH y SATTTLER (2014: 442 - 443).

requeridos para su prueba.¹³³⁹

Esta afirmación del Tribunal ha sido criticada por juristas de la época, como Donnedieu de Vabres, quienes sostuvieron que en ninguna parte de la Convención de La Haya surgía la criminalización de las conductas consideradas como violatorias, ya que no se preveía ninguna pena ni ninguna jurisdicción para juzgarlas.¹³⁴⁰

En este sentido, cabe recordar que para que una conducta pueda ser considerada como un crimen internacional, deben darse los siguientes requisitos:

- 1) La prohibición forma parte del derecho internacional (convencional o consuetudinario);
- 2) La violación de la prohibición debe ser grave porque debe afectar valores universales (en general, se ha afirmado que se trata de violaciones de normas imperativas de derecho internacional);
- 3) La violación debe generar responsabilidad penal individual y ser pasible de sanción, sin perjuicio de lo que disponga el derecho interno.¹³⁴¹

Si bien podría afirmarse que los dos primeros requisitos se encontraban cumplidos,¹³⁴² el problema surgía con el último, es decir con la transición de hechos internacionalmente ilícitos –que pueden generar la responsabilidad internacional de los Estados– a crímenes internacionales que sirvan de base para la responsabilidad internacional de los individuos.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que algunos de los artículos de la Convención de 1907 citados por el TMIN podrían interpretarse en el sentido de que sea posible concluir que pueda determinarse la responsabilidad penal individual. Así, por ejemplo, el artículo 56 dispone que:

*Los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada. Se prohíbe y debe perseguirse toda ocupación, destrucción, deterioro intencional de tales edificios, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas.*¹³⁴³

La frase “prohíbe y debe perseguirse” (en inglés “*made subject of legal proceedings*”) podría entenderse como que prevé el enjuiciamiento de aquellos que ocupen, destruyan y deterioren intencionalmente los edificios consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias y los monumentos histórico y obras artísticas y

1339 Cf. artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

1340 DONNEDIEU DE VABRES (1947 : 511).

1341 CASSESE (2013:20).

1342 NEUNER (2014: 355- 356).

1343 En inglés, el texto dispone “The property of municipalities, that of institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, even when State property, shall be treated as private property. All seizure of, destruction or wilful damage done to institutions of this character, historic monuments, works of art and science, is forbidden, and should be made the subject of legal proceedings.”

científicas.¹³⁴⁴ Sin embargo, ello no fue observado ni señalado por el TMIN.

Quizás haya sido la falta de explicación por parte del TMIN lo que haya llevado a doctrinarios como Cassese a afirmar que a nivel internacional, la criminalización de conductas de los individuos es un fenómeno reciente que tuvo lugar en la década del '90.¹³⁴⁵ En este sentido, considera que el TMIN fue una excepción creada para que los Estados experimenten un enfoque innovador para la represión de formas de criminalidad únicas.¹³⁴⁶ El mismo autor, sin embargo, ha señalado también que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I puede ser considerado como el punto de partida de la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra.¹³⁴⁷

3. **Algunas conclusiones**

La creación del TMIN y su sentencia pueden ser considerados, sin lugar a dudas, como uno de los momentos “grocianos” del derecho internacional, un punto de inflexión de este ordenamiento que dio lugar a un cambio de uno de los pilares básicos: el Estado ya no era el único sujeto pasible de ser considerado como responsable por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos. Los individuos, considerados como sujetos del derecho internacional, pueden también tener responsabilidad por la comisión de crímenes internacionales, determinada por una jurisdicción internacional.

En efecto, el lugar que el TMIN ocupa en la historia del derecho internacional no puede ser negado. Sin embargo, un examen detallado de las explicaciones que el Tribunal ofreció para justificar el cambio de paradigma parecen no suficientemente convincentes. Los dispositivos de transformación de los hechos internacionalmente ilícitos en crímenes de guerra utilizados por el TMIN son, realmente, escasos. Una referencia relativamente superficial y escueta al carácter consuetudinario de la responsabilidad individual por crímenes de guerra no logra ofrecer una justificación jurídica robusta.

Pareciera entonces que el legado del TMIN consiste en su existencia y en la concreción de su mandato, más que en la fortaleza de sus argumentos.

4. **Bibliografía**

Fuentes primarias

TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, “Göring y otros” (Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal), Sentencia del 1 de octubre de 1946.

1344 NEUNER (2014: 357).

1345 CASSESE (2013: 18).

1346 IDEM, p. 19.

1347 IDEM, p. 67.

BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA

- BUIS, E.J. (2015) “El derecho internacional público: concepto, características y evolución hisotórica” en GONZALEZ NAPOLITANO, S. (dir.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, pp. 1-21.
- CASSESE, A. (2013³) *International Criminal Law*, Oxford.
- DONNEDIEU DE VABRES, H. (1947) “Le Procès de Nuremberg devant les principes modernes du Droit Pénale International”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 70, Leiden/Boston: Brill | Nijhoff, p. 477.
- GREPPI, E. (1999) “La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional” en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 835.
- LUBAN, D. (2011) “State Criminality and the ambition of International Criminal Law” en ISAACS, T. & VERNON, R. (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing*, Cambridge, pp. 61-91.
- NEUNER, M. (2014) “When Justice Is Left to the Losers: The Leipzig War Crimes Trials” en BERGSMO, B. CHEAH, W. L. and YI, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol 1, Bruselas, pp. 333- 378.
- NOLLKAEMPER, A. (2003) “Concurrence between individual responsibility and State responsibility in international law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, N° 3, pp. 615-640.
- PLESCH, D. y SATTLER, S. (2014) “Before Nuremberg: Considering the Work of the United Nations War Crimes Commission of 1943–1948” BERGSMO, B. CHEAH, W. L. and YI, P. (eds.) *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol 1, Bruselas, pp. 437- 474.
- SCHARF, M. (2011) “Joint criminal enterprise, the Nuremberg precedent and the concept of ‘Grotian Moment’” en ISAACS, T. & VERNON, R. (eds.) *Accountability for Collective Wrongdoing*, Cambridge, pp. 119-139.
- SCHWARTZ, A. (2014) “War Crimes” en *Max Planck Encyclopedia of Public Internacional Law*, Oxford.
- SIMPSON, G. (2009) “Men and abstract entities: individual criminal responsibility and collective guilt in international criminal law”, en VAN DER WILT, H. Y NOLLKAEMPER, A (eds.) *System Criminality in International Law*, Nueva York: Cambridge, pp. 69-100.

Entre la Responsabilidad de Proteger y la Corte Penal Internacional ¿Cambio de paradigma?

IGNACIO ODRIOZOLA

Universidad de Buenos Aires

MARIANELA CLINAZ

Universidad de Buenos Aires

En el año 2011, mediante la Resolución 1970/11, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) derivó al Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) la obligación de investigar la situación en la Jamahiriya Árabe Libia, por considerar que existían fundamentos suficientes para creer que crímenes de la competencia de la Corte se estaban llevando a cabo. Ello, haciendo uso de las facultades que le otorgan el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas y el artículo 13 (b) del Estatuto de Roma (ER).

Menos de un mes después, el mismo órgano de Naciones Unidas dictó la Resolución 1973/11 en la cual exhortó a la comunidad internacional a lograr conjuntamente el cese de hostilidades, disponiendo en tal sentido diversas medidas en el marco de la Responsabilidad para Proteger (*R2P* según sus siglas en inglés).

1. Origen de la Responsabilidad de Proteger

En marzo de 1999 distintas negociaciones intentaron poner fin a la continuidad de los ataques serbios contra los albanokosovares en la provincia autónoma de Kosovo. Ante la inacción del Consejo de Seguridad por disponer el uso de la fuerza para frenar la intervención militar de Serbia, la OTAN decidió actuar unilateralmente y, bajo la noción de *intervención humanitaria*, entró en el conflicto.

Setenta y ocho días después, las tropas al mando del General Slobodan. Milosevic se replegaron y, al analizar los resultados, la Operación Fuerzas Aliadas fue ratificada *ex post* por el CSNU por Resolución N° 1244¹³⁴⁸ al autorizar “La presencia internacional de seguridad con participación sustancial de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (...) estará autorizada para establecer un entorno seguro para toda la población de Kosovo (...)”.¹³⁴⁹

Hacia finales de siglo, creció la idea de que el concepto de soberanía debía ser redefinido pues comenzaba a hacerse notorio que, su definición, había perdido el carácter que le asignaba el Derecho Internacional Público clásico o el paradigma *westphaliano* de la Carta de Naciones Unidas.¹³⁵⁰ Incluso, en el *Informe sobre el Milenio* el Secretario General de

1348 SCHARF (2013: 160).

1349 Consejo de Seguridad, Resolución 1244, 10 de junio de 1999 Anexo 2, Párr. 4.

1350 ANNAN (1999: 17).

Naciones Unidas, KOFI ANNAN, recordando que el Consejo de Seguridad se vio paralizado para actuar en Ruanda y en la Ex-Yugoslavia, propuso la siguiente disyuntiva:

*Si la intervención humanitaria es, en realidad, un ataque inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a situaciones como las de Ruanda o Srebrenica y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden los principios de nuestra humanidad común?*¹³⁵¹

En el año 2000, Canadá toma la iniciativa de crear la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE o ICISS en inglés), y en diciembre de 2001 la mencionada Comisión presentó el documento de *Responsabilidad para Proteger*, cuyo objetivo fue justamente encontrar una respuesta a la paradoja planteada por Kofi Annan sobre cómo reaccionar y reconciliar el derecho soberano de los Estados con la necesidad de actuar ante violaciones masivas de derechos humanos.¹³⁵² El Informe CIISE concluyó que la Responsabilidad de Proteger posee dos importantes innovaciones. Por un lado, indicó que debía correrse el foco desde el *derecho a intervenir* hacia la *obligación de proteger a las víctimas de violaciones serias a los derechos humanos* y, junto con ello, debía garantizarse la prevención, la reacción y la ayuda post bélica. La segunda novedad sugirió que la soberanía *per se* imponía a los Estados la responsabilidad de proteger a sus ciudadanos frente a la violación de derechos humanos pero, cuando el Estado no tuviese la voluntad o la capacidad de cumplir con las obligaciones propias de la soberanía “comienza la responsabilidad de la comunidad internacional de actuar en su lugar”.¹³⁵³ Asimismo, como derivado de la Teoría de la Guerra Justa,¹³⁵⁴ el Informe CIISE destacó que la intervención militar sólo debía ser empleada en circunstancias extremas de depuración étnica o frente a pérdidas masivas de vidas, siempre y cuando (1) la acción esté motivada en una intención correcta, (2) esta acción resulte ser el último recurso, (3) que la acción sea proporcional a la ataque y (4) que la acción sea llevada con una chance razonable de poner fin al sufrimiento.¹³⁵⁵

En diciembre de 2004, el Grupo de Alto Nivel de Naciones Unidas formuló este principio doctrinal en un informe sobre las amenazas actuales, los desafíos y el cambio, titulado “*Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos.*” En él, se indicó que:

*Al suscribir la Carta de las Naciones Unidas, los Estados no sólo se benefician de los privilegios de la soberanía (...) también asumen sus responsabilidades (...) la historia nos enseña claramente que no puede darse por sentado que todos los Estados podrán o querrán siempre cumplir las obligaciones que les incumben en relación con su propia población y no causar daño a sus vecinos. Y en tales circunstancias, los principios de la seguridad colectiva significan que parte de esa obligación debe ser asumida por la comunidad internacional, actuando de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.*¹³⁵⁶

1351 ANNAN (2000: 215-219).

1352 ARREDONDO(2012: 18).

1353 International Commission of Intervention and State Sovereignty: *The Responsibility to Protect*, 2001, para. 2.28-2.29.

1354 GLANVILLE (2012: 197).

1355 International Commission of Intervention and State Sovereignty: *The Responsibility to Protect*, 2001, para. 4.19, 4.32 y 4.43.

1356 Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales (CRIES), Informe del

Un año más tarde, la noción de Responsabilidad para Proteger fue aprobada y reconocida por unanimidad en la Cumbre Mundial de Naciones Unidas de 2005, siendo receptada en los párrafos 138 y 139 del Documento Final.¹³⁵⁷

Autores como THOMAS WEISS consideraron que los cambios realizados en la Cumbre sobre el concepto de R2P, hicieron que este mutara en la noción de Responsabilidad para Proteger *light*,¹³⁵⁸ pues, el Documento Final, a diferencia del informe CIISE no contempló una guía sobre la toma de decisiones para intervenir y careció de un código de conducta para utilizar el veto en el Consejo de Seguridad. Además, el umbral para determinar cuándo la R2P se transfiere desde un Estado hacia la Comunidad Internacional pasó de ser cuando dicho Estado “se encontraba incapaz y poco dispuesto” a proteger a su población, a un nuevo concepto que exigía que fuera “evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población”. Por fuera de aquellas opiniones críticas que consideraron que el Documento Final significó un retraso en el concepto ideado inicialmente,¹³⁵⁹ como veremos a continuación éste Documento aportó algunas clarificaciones útiles para su aplicación.

En lo particular, en el párrafo 138 del Documento Final se indicó que, la responsabilidad de proteger a la población, conlleva la prevención mediante la adopción de medidas apropiadas y necesarias. A su vez, se asentó expresamente que los Estados aceptaban dicha obligación y que convenían en obrar en consecuencia.

A su turno, el párrafo 139, destacó que la comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, tenía la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del crimen de genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Asimismo, los Estados se comprometieron a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultaban inadecuados y las autoridades nacionales no protegían a su población.¹³⁶⁰

Meses más tarde, el entonces Secretario General de Naciones Unidas, KOFI ANNAN, sostuvo que el mundo debía salir de la era de la *legislación* para entrar en aquella de la *implementación*, y para lograr esto, los Estados debían comenzar a aplicar todos aquellos instrumentos a los que se obligaron, incluida la Responsabilidad para Proteger.¹³⁶¹ Siguiendo esta línea, en el año 2006, el Consejo de Seguridad dictó la Resolución N° 1674 donde expresamente reafirmó los párrafos 138 y 139 del precitado Documento Final, y la necesaria responsabilidad de los Estados de resguardar a su población de crímenes atroces.¹³⁶²

En el Informe “*Hacer efectiva la Responsabilidad de Proteger*”, elaborado por BAN KI-MOON, el mencionado Secretario General propuso una serie de enfoques e instrumentos para dar cumplimiento a los tres tipos de responsabilidad (a saber, de prevenir, reaccionar

Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio: Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos, 17 de diciembre 2004, Disponible en <http://www.cries.org/?p=129>. Fecha de la consulta 05.03.2014.

1357 Asamblea General de Naciones Unidas (2005).

1358 WEISS (2007: 117).

1359 BELLAMY (2012: 35).

1360 Documento Final de la Cumbre Mundial (2005).

1361 Secretario General de Naciones Unidas (2005).

1362 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (2006).

y reconstruir), destacándose las ideas de “capacidad de alerta temprana” de los Estados para detectar la potencial comisión de crímenes o la inacción del Estado frente a ello “la necesidad (de la comunidad internacional) de brindar respuestas colectivas y decisivas” frente a estas situaciones.¹³⁶³

2. Concepto, ámbito de aplicación y las dimensiones de la Responsabilidad para Proteger

Al profundizar en el concepto de R2P, advertimos que se aplica conforme a un principio de *complementariedad*.¹³⁶⁴ El origen de la sustanciación de este principio radica en la *incapacidad* estatal y, entre sus efectos pueden presentarse tres escenarios disímiles. Con relación al primero de ellos, cuando la población de un Estado se encuentra en peligro, es este Estado aquél que tiene la responsabilidad principal de protegerla frente a la instigación y la comisión de crímenes atroces. Como hemos dicho, ante la falta de capacidad o control territorial del Estado afectado, si este no puede o no quiere proporcionar dicha protección, corresponde a Terceros Estados asistirle, lo que resultaría el segundo estadio de la Responsabilidad para Proteger. Por último, si las medidas de asistencia de los Terceros Estados son ineficaces debido a la falta de disposición de la clase dirigente nacional o la existencia de graves problemas de capacidad operativa, la responsabilidad será trasladada a la comunidad internacional que deberá adoptar medidas rápidas y eficaces, configurando así el tercer estadio. Este último podría incluir, en circunstancias excepcionales, la intervención armada.¹³⁶⁵

A medida que la falta de soluciones aumenta, la soberanía estatal va cediendo proporcionalmente. Así, el párrafo 138 del Documento Final exige para la aplicación del R2P, la existencia o incitación a la comisión de los crímenes de genocidio, limpieza o depuración étnica, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Todos estos crímenes se encuentran bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, establecida a los fines de juzgar a “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”.¹³⁶⁶

Si bien podrían cuestionarse las razones por las cuales no se introdujeron otros supuestos, RICARDO ARREDONDO entiende -y a nuestro modo de ver, acertadamente- que una de los motivos de peso que justificaron mantener un umbral elevado para aplicar R2P fue la necesidad de hacer evidente, cuando proceda, el uso de la fuerza en situaciones de emergencia humanitaria. En otras palabras, se establecieron situaciones donde el recurso de la fuerza armada resulta de *última ratio* para detener una masacre. Así, el mencionado autor señala que estas intervenciones inevitablemente conllevan un daño a la población civil y que, frente a ello, deben iniciarse sólo cuando los responsables políticos están seguros de que los costos morales de la inacción serán muy superiores a las consecuencias morales de la utilización del uso de la fuerza.¹³⁶⁷ En este mismo orden de ideas, autores como SIMON ADAMS

1363 ARREDONDO (2012:62-63).

1364 Creemos, también, que sería posible hablar de un principio de gradualidad dado que la pauta relativa al nivel de incidencia que tendrán los Estados o la comunidad internacional en la cuestión, estará dada por la escalada en la ausencia de protección, la cual, gradualmente, dará pie a la intervención de uno o más actores con la intención de proteger.

1365 OLÁSULO ALONSO (2012: 80-81).

1366 Estatuto de Roma, Preámbulo, adoptado el 17 de julio de 1998.

1367 ARREDONDO (2012: 54-55).

consideran que el “R2P aprovecha la noción de soberanía como responsabilidad, y trata de responder frente a situaciones de crisis extremas de una manera que sea legítima y a la vez legal”.¹³⁶⁸

No obstante, debemos aclarar que en el informe *Hacer efectiva la Responsabilidad de Proteger*, BAN KI-MOON hizo hincapié en que esta noción no se agota ni es un sinónimo de una intervención militar, y que es sustancial diferenciarla del concepto de *intervención humanitaria*. Esto es así, ya que deben tenerse presentes las tres dimensiones que posee la R2P (de prevenir, de reaccionar y de reconstruir) que buscan en todo momento fomentar la implementación de vías alternativas a la fuerza armada para solucionar el conflicto, tal como lo señala el párrafo 139 del Documento Final al indicar que la comunidad internacional, mediando las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar vías diplomáticas, humanitarias y otros medios pacíficos apropiados de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta.¹³⁶⁹

En efecto, la Responsabilidad de Prevenir comprende la posibilidad de adoptar una amplia gama de medidas que no implican el uso de la fuerza y que podrían, y deberían, ser utilizadas como factor persuasivo o disuasivo para evitar el desarrollo del conflicto. Estas incluyen, entre otras, sanciones económicas, políticas o diplomáticas, y como veremos próximamente, acciones legales o judiciales.¹³⁷⁰

Por su parte, la Responsabilidad de Reaccionar, significa responder frente a situaciones donde la apremiante necesidad humana impone la obligación de adoptar medidas adecuadas y efectivas, que pueden incluir medidas coercitivas como sanciones y persecuciones internacionales y, en casos extremos, permiten la intervención militar.¹³⁷¹

Por último, sobre la Responsabilidad de Reconstruir se destaca que debe proveerse asistencia para la recuperación del Estado afectado, y entre otras medidas deben garantizarse medios para su reconstrucción material, un acompañamiento en lo atinente a la justicia transicional en conjunto con la reconciliación interna de los actores sociales y, a su vez, debe atenderse a las razones que impulsaron lo ocurrido.¹³⁷²

3. Caso de la Jamahiriya Árabe Libia y la Responsabilidad para Proteger

Al enfrentarse el Consejo de Seguridad a la selección de una de estas tres dimensiones de R2P, más allá de que las tres siempre tienen que estar preparadas, predispuestas y disponibles para actuar, debe meritarse que todas son parte de un todo¹³⁷³ y, por lo tanto, las medidas que se dispongan a tal fin no deberán necesariamente “seguir procedimientos arbitrarios, secuenciales o graduados en que priman la forma sobre el fondo y el proceso sobre los resultados” pues sólo deben ser dispuestas como una acción decisiva y oportuna para salvar vidas.

Ahora bien, el Caso de Jamahiriya Árabe Libia justamente representa un punto de partida sustancial para abordar la temática de la Responsabilidad para Proteger y sus distintas

1368 ADAMS (2012: 9).

1369 DÍAZ BARRADO (2012: 9-10).

1370 ARREDONDO (2012: 73).

1371 STAMNES (2008).

1372 SARKIN (2012:31).

1373 Op. Cit 21, Pag. 25.

perspectivas.

Concretamente, la cuestión se remonta al 15 de febrero de 2011, con las protestas suscitadas en el marco de la “Primavera Árabe”.

Desde un inicio, el régimen del Coronel Muammar al-Qadafi, al poder desde hacía 41 años por ese entonces, rechazó todo acto de protesta impulsado por los grupos disidentes, sofocando estos mediante el uso de la fuerza policial y militar. Hacia el 24 de febrero, los opositores al régimen comenzaron a resistir los embates del gobierno. Se cree que en esta fecha comenzó la Guerra Civil de Libia. Mientras tanto, en la medida en que el número de muertes de civiles aumentaba, el presidente de facto, negado tanto a dimitir como a abrirse al diálogo, llamaba a sus seguidores o afines a “salir a las calles” y “atacar” a esas “ratas”. Se estima que, tan sólo en febrero de 2011, murieron entre 500 y 700 civiles.¹³⁷⁴

Frente a este marco, el Consejo de Seguridad abrió el camino hacia lo que hoy entendemos como un cambio de paradigma. Por primera vez, a diferencia del Caso Darfur,¹³⁷⁵ se implementaron conjuntamente dos aspectos de la R2P: como medida preventiva, la intervención de la Corte Penal Internacional y como medida de reacción, se autorizó a los Estados miembros de las Naciones Unidas a que adoptasen “todas las medidas necesarias” para proteger a la población civil bajo amenaza.

3.1. Intervención oportuna a la Corte Penal Internacional y la Responsabilidad de Prevenir

De este modo, a través de la Resolución 1970, aprobada unánimemente el 26 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad señaló que los ataques sistemáticos y generalizados suscitados en el país africano podrían configurar crímenes de lesa humanidad. Por esto, y luego de referirse a la obligación de proteger a sus habitantes que ostenta Libia decidió remitir la situación allí imperante al Fiscal de la CPI para su correspondiente investigación.

Sobre este punto, cabe destacar que si bien Libia no es un Estado Parte del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional tiene competencia sobre los crímenes cometidos dentro de su territorio. Esto es así, puesto que hay distintas formas de activar la competencia de la Corte.

Aquella que nos incumbe se encuentra plasmada, por un lado, en el art. 41 del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, que habilita al Consejo de Seguridad a disponer medidas que no impliquen el uso de la fuerza cuando la paz y la seguridad internacional se encuentran amenazadas y que tiene carácter obligatorio en virtud del artículo 25 de la misma Carta, por cuanto los Estados miembros, como lo es Libia, deben cumplir con las

1374 SIMONS M. and MACFARQUHAR N. “Hague court seeks warrants for Libyan officials,” New York Times, 4 Mayo 2011, http://www.nytimes.com/2011/05/05/world/africa/05nations.html?_r=2&ref=world, fecha de consulta: 10/10/2015.

1375 Con respecto al Caso de Darfur (Sudán) en el año 2005, mediante la Resolución 1593 (disponible en <http://iccforum.com>), el Consejo de Seguridad dispuso dar intervención de la situación allí imperante a la Corte Penal Internacional. Luego, en agosto de 2006 dictó la Resolución 1706 (<http://www.cetim.ch/documents/res-1706-esp.pdf>) por medio de la cual el se remitió a la Resolución 1674, en la que había receptado la noción de Responsabilidad para Proteger. Hizo esto, en aras de justificar el despliegue de tropas de mantenimiento de paz en Darfur. En definitiva, a diferencia del Caso Libia, en Darfur se aplicaron recetas propias del R2P (de prevención y de reacción) en dos oportunidades y tiempos distintos, haciéndose sólo referencia implícita al concepto.

disposiciones del CSNU.¹³⁷⁶

Por otro lado, el artículo 13, inciso b) del Estatuto versa:

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo N°5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: (...) b) El Consejo de Seguridad actuando en arreglo a lo dispuesto por el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.

Entonces, el Consejo de Seguridad decidió remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional,¹³⁷⁷ al mismo tiempo en que el Fiscal, en el uso de sus funciones según el art. 54 ER y el análisis que hace esta parte del artículo 53 ER de acuerdo con el Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares de Noviembre de 2013,¹³⁷⁸ determinó que 3 personas serían investigadas en la situación de Libia: el ex presidente, Muammar Mohammed Abu Mínyar Gaddafi, su hijo Saif Al-Islam Gaddafi y el jefe del servicio de inteligencia libio, Abdullah Al-Senussi. Resulta interesante la propuesta, ya que ambos institutos, el de R2P y la CPI, se centran en situaciones futuras de crímenes internacionales y en la responsabilidad de los Estados afectados. De hecho, BAN KI-MOON señaló que “El Estatuto de la Corte Penal Internacional es uno de los instrumentos claves en la aplicación del concepto de Responsabilidad para Proteger”.¹³⁷⁹

Justamente, la CPI tiene por fin terminar con la impunidad como medio para promover la prevención general positiva, consistente en garantizar la aplicación del Derecho Internacional Penal y reforzar los bienes jurídicos protegidos por el mismo. Promueve también la prevención general negativa, resultante en transmitir a la clase dirigente mundial el mensaje de que aquellos que incurran en delitos atroces no quedarán impunes.¹³⁸⁰

La intervención a la CPI, en relación con el R2P, apunta a incentivar a las autoridades nacionales a poner fin a la comisión de delitos atroces. Esto debe ir acompañado de la asistencia a las autoridades nacionales para que puedan cumplir con su deber de investigar los delitos ya cometidos y, llegado el caso en que hubiese problemas serios de falta de capacidad, tanto el Estado como la CPI podrían compartir esta responsabilidad.¹³⁸¹

3.2. Efectos de desobedecer las medidas del Consejo de Seguridad y la Responsabilidad de Reaccionar

Pese a la derivación de la situación existente en Libia a la CPI, junto con una serie de medidas tales como el embargo de armas, la prohibición a altos cargos de abandonar el país o el congelamiento de activos, como forma de plasmar la puesta en práctica del aspecto preventivo del R2P, no se logró persuadir ni disuadir a Al-Qaddafi a que depusiera las armas. Por el contrario, continuó la escalada del conflicto y la perpetración de crímenes diversos,

1376 NKUSI KENNEDY (2013: 14).

1377 NACIONES UNIDAS (2011).

1378 Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares, Noviembre de 2013, sección IV.

1379 NACIONES UNIDAS (2009).

1380 CRYER, FRIMAN, ROBINSON, WILMSHURST (2007:22-39).

1381 CASSESE (2002: 1906).

sistemáticos y generalizados, como la desaparición forzada de personas y asesinatos.

Ante la falta de interés del propio gobierno por proteger a la población libia, 17 de marzo de 2011 el Consejo de Seguridad dictó la Resolución 1973 donde autorizó implícitamente el uso de la fuerza: “*los Estados Miembros que hayan notificado previamente al Secretario General a que, actuando a título nacional o por conducto de organizaciones o acuerdos regionales (...) adopten todas las medidas necesarias (...) para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que están bajo amenaza de ataque*”.

A pesar de las críticas dirigidas a la OTAN, en cuanto a intereses subyacentes a la “protección de civiles” como la regulación del precio del petróleo o el favorecimiento al cambio de régimen, entendemos que al analizar la situación previa a su ingreso en el conflicto, su participación resultó por demás necesaria para evitar la violación masiva de derechos humanos en la población libia. Asimismo, ciertos analistas sostienen que, llegado el caso en que al-Qaddafi no hubiera sido derrotado, este hubiera cometido indubitablemente aún más crímenes con carácter represivo para evitar futuras sublevaciones.¹³⁸²

La intervención de la OTAN, finalizó formalmente a fines de octubre, destacando el Secretario General de esta organización que el uso de la fuerza “evitó una masacre y salvó cuantiosas vidas”.¹³⁸³

3.3. Consecuencias del R2P y sus dimensiones en el Caso Libia

Hasta aquí parecería que la intervención de la CPI no resultó tan fructífera como se esperaba, ya que de tres acusados a los cuales se le dictó órdenes de arresto, solo se encuentra en vigencia la investigación dirigida a Saif Al- Islam Qaddafi cuya última resolución es de Sala de Cuestiones Preliminares 1 la cual consistió en recalificar la investigación como pública.¹³⁸⁴

Con relación al procedimiento de Muammar al-Qaddafi, el 22 de noviembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares I dio por terminada la orden de detención tras su fallecimiento, el 20 de octubre del mismo año, en manos de los insurrectos en las inmediaciones de la ciudad de Sirte. Respecto Abdullah Al-Senussi, la Sala de Cuestiones Preliminares 1, el 7 de agosto de 2014, dictaminó que en razón del principio de complementariedad el caso era inadmisibile, en tanto Libia se encontraba juzgándolo en su ordenamiento interno.¹³⁸⁵

A la fecha de publicación del presente artículo, respecto del Caso del Sr. Saif al Islam Gaddafi, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional manifestó que las autoridades de Libia informaron que no están en condiciones de cumplir con la solicitud de captura y entrega del Sr. Gaddafi toda vez que se encuentra fuera de la esfera del Estado libio. Esto así, debido a que se encuentra bajo la custodia del batallón *Abu-baker al-Siddiq* liderados por el Consejo Militar Revolucionario de Zintan. Asimismo informa que al contactarse con las autoridades que tienen en custodia al Sr. Gaddafi, el cual se llama Sr. AL-‘ATIRI quien sería ser el jefe de

1382 Op. Cit Nota 24.

1383 “NATO chief Rasmussen ‘proud’ as Libyan mission ends”, BBC News, 31 October 2011, <http://www.bbc.com/news/world-africa-15516795>.

1384 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares 1, Fiscal c. Saif Al- Islam Gaddafi, Decisión sobre Recalificación, 28 de Septiembre de 2015, párr. 2.

1385 Cfr. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares 1, Fiscal cSaifal Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, Decisión sobre la Admisibilidad en el caso de Abdullah Al-Senussi, 7 de Agosto de 2014, pag.5.

la policía judicial en Zintan y también el jefe de los guardias que están a cargo de la detención del Sr. Gaddafi, este manifestó que el Sr. Gaddafi ya no es solicitado por sus crímenes, ya que el Parlamento libio en Tobruk dictó amnistías por Julio o Septiembre de 2015 y que dicha autoridad se encuentra esperando instrucciones del gobierno, específicamente del ministro de Justicia asentado en Bayda. Consecuentemente con todo lo desarrollado, solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I que ya que el Sr. Gaddafi no se encuentra en custodia del Estado de Libia, la Sala debería ampararse en las atribuciones del Artículo 57 (3) (d) del Estatuto o en sus atribuciones inherentes a los fines de notificar la solicitud pendiente de arresto y entrega del Sr. Gaddafi a las autoridades de facto en Zintan.¹³⁸⁶ Dicho esto, la Sala de Cuestiones Preliminares I, determino que resulta necesario para el registro la comunicación con las autoridades libias y solicitar: (i) si existe alguna coordinación o contacto entre ellos y la milicia en Zintan; (ii) si las autoridades libias estarían de acuerdo en que la solicitud de arresto y entrega del Sr. Gaddafi a la Corte sea dirigida a la milicia en Zintan y, de ser así (iii) si las autoridades libias podrían facilitar en concordancia con su obligación de cooperación con la Corte, a transmitir a las autoridades en Zintan de dicha solicitud o, de manera alternativa aceptar la comunicación directa de la Corte de dicha solicitud a las autoridades locales en cuestión.¹³⁸⁷

Durante la Guerra Civil se estima que murieron un total de 25.000 personas entre miembros del CNT y leales a al-Qaddafi.

Organizaciones como Human Rights Watch y Amnistía Internacional,¹³⁸⁸ han señalado su preocupación frente a la seria violación de derechos humanos llevada a cabo por el gobierno de transición. Incluso, se han registrado asesinatos en masa de personas que presuntamente apoyaban a Muammar al-Qaddafi como así también violaciones graves al derecho internacional humanitario.

4. Conclusiones

Al analizar lo anteriormente desarrollado, es imposible no remitirse al principio de complementariedad que rige en el ER,¹³⁸⁹ el cual entiende que en principio son los Estados quienes tienen el deber de investigar los crímenes cometidos en su territorio.

Es por esto, que, a la luz de dicho principio rector del ER, al analizar las consecuencias de la intervención de la CPI, creemos que se ha logrado su cometido, pues Libia a juzgado a los acusados en su ordenamiento interno respecto de su responsabilidad penal individual.

Así las cosas, el aspecto que a nuestro modo de ver deja inconclusa la operación dispuesta en Libia en el marco del R2P, ha sido la ausencia de propuestas por parte del Consejo de Seguridad con relación a la Responsabilidad de Reconstruir.

Se han dictado propuestas tales como la Resolución 2009, donde se establece una

1386 Cfr. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Solicitud de orden directa al Secretario de transmitir solicitud de arresto y entrega al Sr. al-‘Ajami AL-‘ATIRI, Comandante de Abu-Bakr al-Siddiq Battalion in Zintan, Libya”, 26 de abril de 2016.

1387 Cfr. Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Orden al Secretario respecto de la “Solicitud de orden directa al Secretario de transmitir solicitud de arresto y entrega al Sr. al-‘Ajami AL-‘ATIRI, Comandante de Abu-Bakr al-Siddiq Battalion in Zintan Libya”, 2 de Junio de 2016.

1388 Ver información disponible en <https://www.amnesty.org/es/press-releases/2014/08/libia-bombardeos-indiscriminados-civiles-tripoli-bengasi-crímenes-guerra/>

1389 Estatuto de Roma, Artículo N° 17.

Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Libia (UNSMIL) mientras que las Naciones Unidas propiciaron la cooperación, principalmente desde el Consejo de Derechos Humanos, que intentó acompañar la transición, velando por la justicia, el cuidado de los grupos más vulnerables y la capacidad de las instituciones.¹³⁹⁰ No obstante, lejos de ser suficiente, el error ante la falta de aplicación de la Responsabilidad para Reconstruir, entendemos, radica en que no se han activado las *alertas tempranas* a las que aludió el Secretario General, BAN KI-MOON, tan necesarias para poder visualizar aquellos problemas que podrían suscitarse ante la acción u omisión del Estado.

Finalmente, creemos que las palabras de BAN KI-MOON reflejan lo analizado: “*En 2011, la historia da un giro hacia algo mejor. La responsabilidad de proteger llegó a la madurez, el principio fue aplicado como nunca antes. Los resultados fueron irregulares pero al final del día cientos de miles de vidas fueron salvadas*”.

5. Bibliografía

Fuentes primarias

ANNAN, K, (2005) “*Report of the Secretary-General. In Larger Freedom: Towards Development, Security, and Human Rights for All*”, UN Doc A/59/2005, Nueva York.

ANNAN, K. (2000) “*Report of the Secretary General, We the peoples: The Role of the United Nations in the Twenty-First Century*”, U.N. Doc. A/54/2000, Nueva York.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2005) Resolución N° 60/1, UN Doc A/Res/60/1.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2009) “*Implementando la Responsabilidad para Proteger: reporte del Secretario General*”, UN Doc A/63/667.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2015) “*Prestación de Asistencia técnica a Libia en la esfera de los derechos humanos*”, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/25/42.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS (1999) Resolución 1244, S/1999/649.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS (2006) Resolución 1674/2006S/RES/1674.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS (2011) Resolución N°1970/2011, 26 de febrero de 2011, S/RES/1970.

COORDINADORA REGIONAL DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS Y SOCIALES (CRIES) (2004) Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio: *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, Disponible en <http://www.cries.org/?p=129>.

CORTE PENAL INTERNACIONAL (2013) Oficina del Fiscal, Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares.

1390 NACIONES UNIDAS (2015).

- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala d Cuestiones Preliminares I, Orden al Secretario respecto de la “Solicitud de orden directa al Secretario de transmitir solicitud de arresto y entrega al Sr. al-‘Ajami 20AL-’ATIRI, Comandante de Abu-Bakr al-Siddiq Battalion in Zintan Libya,” 2 de Junio de 2016.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares 1, Fiscal cSaifal Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, Decisión sobre la Admisibilidad en el caso de Abdullah Al-Senussi, 7 de Agosto de 2014.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares 1, Fiscal c. Saif Al-Islam Gaddafi, Decisión sobre Recalificación, 28 de Septiembre de 2015.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Solicitud de orden directa al Secretario de transmitir solicitud de arresto y entrega al Sr. al-‘Ajami AL-’ATIRI, Comandante de Abu-Bakr al-Siddiq Battalion in Zintan, Libya,” 26 de abril de 2016.
- DOCUMENTO FINAL DE LA CUMBRE MUNDIAL (2005), Reunión Plenaria de Alto Nivel, 14-16 de septiembre, Nueva York.
- ESTATUTO DE ROMA (2002) Treaty Records United Nations, N° 38544.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY: THE RESPONSIBILITY TO PROTECT, Ontario, 2001.

Bibliografía Crítica

- ADAMS, S. (2012) “Libya and the Responsibility to Protect”, en *Occasional Paper Series*, No. 3, Nueva York.
- ANNAN, K. (1999) “Two concepts of Sovereignty”, en *The Economist*, Nueva York.
- ARREDONDO, R. (2012) *Intervención Humanitaria y Responsabilidad de Proteger: ¿hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?*, Buenos Aires.
- BELLAMY, A. (2015) “The Three Pillars of the Responsibility to Protect”, en *Latin America and the Responsibility to Protect: Divergent views from the South?*, Buenos Aires.
- CASASSE, A. (2002) “*The Rome Statue: a tentative assesment?*”, *The Rome Statue of The International Criminal Court: a comentary*, Oxford.
- CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E. (2007) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge.
- DIAZ BARRADO, C.M. (2012) *La Responsabilidad de Proteger en el Derecho Internacional Contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional*, Buenos Aires, disponible en www.reei.org
- GLANEVILLE, L (2012) “The Responsibility to Protect”, en *Human Rights Law Review*,

Vol. 1, Oxford.

- NKUSI KENNEDY F. (2013) “Immunity of State Officials before de International Criminal Court (ICC). The indictment of president Al-Bashir”, en *Arizona Journal of International Comparative Law*, Vol. 1, N. 1.
- OLÁSULO ALONSO, H. (2012), “La Función de la Corte Penal Internacional en la Prevención de delitos”, en *Derecho Penal Internacional*, Santa Fe.
- SARKIN J. (2012) “Is the responsibility to Project an accepted norm of International law in the post-libya era? How its third pillar ought to be applied?”, en *Groningen Journal of International Law*, Vol. 1, No. 0.
- SCHARF, M.P. (2013) “The 1999 NATO Intervention”, en *Customary International Law in Times of Fundamental Change, Recognizing Grotian Moments*, Cambridge.
- SIMONS M. AND MACFARQUHAR N. (2001) “Hague court seeks warrants for Libyan officials”, en *New York Times*, disponible en: http://www.nytimes.com/2011/05/05/world/africa/05nations.html?_r=2&ref=world
- STAMNES, E. WEISS (2008) *Operationalizing the Preventive Aspects of the Responsibility to Protect*, Norwegian Institute of International Affairs, disponible en: w.nupi.no/content/download/8501/85020/version/3/file/R2P-1-Stam.pdf
- WEISS, T. (2007) “Humanitarian Intervention”, en *Cambridge Polity Press*, 1er. Ed.

La calificación del conflicto armado en el caso Lubanga Dyilo y el dialogo entre tribunales

NATALIA N. LUTERSTEIN

Universidad de Buenos Aires / Universidad de Palermo

En la primera decisión de confirmación de cargos emitida por la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”), la Sala de Cuestiones Preliminares I debió calificar el conflicto en la región de Ituri en República Democrática del Congo, a los efectos de tipificar los cargos (crímenes de guerra de enlistar y reclutar niños menores de 15 años y de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades) presentados por la Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, incluidos en la la orden de arresto, emitida un año antes por dicha Sala, sin determinar en qué tipo de conflicto armado habían sido cometidos.

Conforme lo dispuesto en los artículos 21(1)(b) y 21(3) del Estatuto de Roma (en adelante, “ER”), la Sala recurrió al derecho internacional para calificar el conflicto. Así, se refirió a los Convenios de Ginebra de 1949, a la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, “TPIY”) en el caso “Tadic”¹³⁹¹ y a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”) en el caso “Actividades armadas sobre el territorio del Congo” (República Democrática del Congo c. Uganda).¹³⁹² Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares se apoyó en la sentencia de la CIJ para afirmar que Uganda había intervenido en el conflicto en Ituri, también utilizó jurisprudencia del TPIY para aplicar el denominado test de control global desarrollado en el caso “Tadic” y determinar que durante dicha intervención se había configurado un conflicto armado de carácter internacional.

Por su lado, la Sala de Primera Instancia, al dictar la sentencia, disintió con el análisis de la Sala de Cuestiones Preliminares y consideró que, durante el período relevante para el caso, el conflicto armado había sido únicamente de carácter no internacional. Contrariamente al enfoque adoptado en la confirmación de cargos, en la sentencia la Sala se apoyó solamente en la jurisprudencia del TPIY.

El objetivo del trabajo será examinar el uso que la CPI hizo tanto de la jurisprudencia de la CIJ como del TPIY para calificar el conflicto armado a los fines de analizar las implicancias de utilizar decisiones de tribunales con competencia personal diferente.

1391 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Dusko Tadic, Sentencia del 15 de julio de 1999, caso IT-94-1-A.

1392 Corte Internacional de Justicia, “Caso concerniente a las actividades armadas en el territorio del Congo” (República Democrática del Congo c. Uganda), Sentencia del 19 de diciembre de 2005, I.C.J. Reports 2005.

1. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en las decisiones de la Corte Penal Internacional

Las distintas salas de la CPI han utilizado la jurisprudencia de la CIJ en diversas ocasiones. En primer lugar, lo han hecho para referirse a uno de los temas más clásicos del derecho internacional: las reglas de interpretación de los tratados reconocidas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y su estatus de normas consuetudinarias.

Así, por ejemplo, en la decisión sobre la apertura de la investigación en la situación de Kenia,¹³⁹³ la Sala de Cuestiones Preliminares II citó casos como la Disputa sobre Derechos de la Navegación entre Costa Rica y Nicaragua,¹³⁹⁴ la Disputa Territorial entre Libia y Chad¹³⁹⁵ y el caso sobre las Cuestiones de Delimitación Marítima y Territorial entre Qatar y Bahrain.¹³⁹⁶ El Juez Kaul, en su voto disidente, también aplicó las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que consideró consuetudinarias, a los fines de analizar el elemento contextual del crimen de lesa humanidad referido a la política de un Estado o de una organización.¹³⁹⁷ En este sentido, citó el caso de Qatar c. Bahrain, mencionado por la mayoría y agregó el caso LaGrand entre Alemania y Estados Unidos.¹³⁹⁸

En la decisión de la Sala de Primera Instancia en el caso Ruto y Arap Sang sobre la solicitud del Sr. Ruto de ser excusado de estar presente en el juicio, también se refirió a la jurisprudencia de la CIJ para interpretar las disposiciones del ER, en particular, al principio de interpretación del efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*), rechazar la interpretación propuesta por la Defensa del artículo 63(1) y afirmar que esta disposición no reconoce un derecho del acusado de estar presente en juicio, sino un deber. Para ello, citó el caso del Canal de Corfú¹³⁹⁹ y la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz.¹⁴⁰⁰

1393 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párrafo 19.

1394 Corte Internacional de Justicia, “Disputa sobre Derechos de la Navegación” (Costa Rica c. Nicaragua), Sentencia del 13 de julio de 2009, párrafo 47, I.C.J. Reports, 2009.

1395 Corte Internacional de Justicia, “Disputa Territorial entre Libia y Chad” (Libia c. Chad), Sentencia del 3 de febrero de 1994, párrafo 41, I.C.J. Reports, 1994.

1396 Corte Internacional de Justicia, “Caso sobre las Cuestiones de Delimitación Marítima y Territorial entre Qatar y Bahrain” (Qatar c. Bahrain), Sentencia del 15 de febrero de 1995, párrafo 33, I.C.J. Reports, 1995.

1397 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09-19, Voto disidente del Juez Kaul, 31 de marzo de 2010, párrafo 34.

1398 Corte Internacional de Justicia, “Caso LaGrand” (Alemania c. Estados Unidos de América), Sentencia del 27 de junio de 2001, párrafo 501, I.C.J. Reports, 2001.

1399 Corte Internacional de Justicia, “Canal de Corfú” (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania), Sentencia del 9 de abril de 1949, p. 24, I.C.J. Reports, 1949.

1400 Corte Internacional de Justicia, “Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados

La Sala de Juicio también se refirió al artículo 31(3)(c), que recoge la llamada interpretación sistémica, para incorporar a la interpretación del ER el reconocimiento del derecho internacional a la democracia. En este punto, la Sala se refirió al hecho nuevo que surgió luego de comenzada la investigación, –la elección del Sr. Ruto como vice-presidente de Kenia– y la alegada tensión entre el juzgamiento por la CPI y la inmunidad de jurisdicción.¹⁴⁰¹ Así, parafraseó una afirmación de la CIJ de la Opinión Consultiva sobre Reparaciones por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas¹⁴⁰² en la que dicho tribunal sostuvo que cuando se encuentra frente a una nueva situación debe tomar en cuenta las disposiciones de la Carta a la luz de los principios de derecho internacional, cambiando el término “Carta” por el de Estatuto de Roma.¹⁴⁰³ En este sentido, la Sala hizo un análisis de la relación entre el derecho de los pueblos a elegir sus propios representantes y la investigación de su responsabilidad penal, para lo cual consideró que la prohibición de crímenes contra la humanidad tenía carácter de norma imperativa.¹⁴⁰⁴

Otra de las instancias en las cuales la CPI ha recurrido a la jurisprudencia de la CIJ fue para resolver cuestiones relativas a una figura clásica del derecho internacional: la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado. En este sentido, en el caso contra el presidente de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al Bashir se ha discutido el alcance de su inmunidad y para ello, la Sala de Cuestiones Preliminares¹⁴⁰⁵ ha recurrido, *inter alia*, a la sentencia de la CIJ en el caso de la Orden de Arresto.¹⁴⁰⁶

Finalmente, el Juez Kaul, en su mencionado voto disidente sobre la apertura de la investigación de la situación de Kenia, se refirió a la jurisprudencia de la CIJ al analizar los actos atribuibles al Estado en materia de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, en particular, la conducta de los órganos del Estado,¹⁴⁰⁷ para de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania”, Segunda Fase, 18 de julio de 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 221, p. 229.

1401 Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia, “Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”, ICC-01/09-01/11-777, 18 de junio de 2013 párrafos 79-80.

1402 Corte Internacional de Justicia, “Opinión Consultiva sobre Reparaciones por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas”, I.C.J. Reports 1949, p. 174.

1403 Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia, Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”, op. cit., párrafo 80.

1404 IDEM, párrafos 88-90.

1405 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, “Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09-139-Corr, 13 de diciembre de 2011, párrafo 33.

1406 Corte Internacional de Justicia, “Arrest warrant of 11 April 2000” (República Democrática del Congo c. Bélgica), sentencia del 14 de febrero de 2002, I.C.J. Reports, 2002.

1407 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09-19, Voto disidente del Juez Kaul, 31 de marzo de 2010, párrafo 43. En el mismo párrafo, mencionó la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, del 25 de mayo de 1926.

lo cual mencionó la Opinión Consultiva sobre la Diferencia relativa a la Inmunidad de Jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos,¹⁴⁰⁸ aunque finalmente sostuvo que las consideraciones de atribución de la responsabilidad a un Estado no responden la pregunta sobre quién puede establecer la política de un Estado en tanto elemento contextual del crimen de lesa humanidad.

Surge de este breve relato que la CPI ha utilizado la jurisprudencia de la CIJ para examinar institutos o cuestiones relacionadas con el derecho internacional público general. Asimismo, resulta del examen realizado que la elección de las sentencias de la CIJ citadas por las Salas de la CPI no respondería a un método sistemático, en particular, cuando se ha referido a las reglas de interpretación, sino que su elección es más bien aleatoria, ya que las distintas Salas han acudido a distintos casos, sin ningún tipo de fundamento, para sostener idénticos argumentos.

2. El caso de Thomas Lubanga Dyilo y la calificación del conflicto armado

Más allá de los ejemplos mencionados en la sección anterior, este trabajo tiene como fin examinar el uso de la jurisprudencia de la CIJ a los efectos de analizar un tema que también puede ser considerado clásico en el derecho internacional, pero dentro de una de sus ramas especializadas: el derecho internacional humanitario.

En este caso, es interesante analizar cómo la Sala de Cuestiones Preliminares utilizó el análisis jurídico de los hechos realizado por la CIJ en el caso República Democrática del Congo c. Uganda a los fines de calificar el conflicto armado que había tenido lugar en la región de Ituri, donde se cometieron los hechos por los que, finalmente, fue condenado Thomas Lubanga Dyilo.

Brevemente, cabe mencionar que la región de Ituri, localizada en la frontera con Ruanda y Uganda, es una región rica en recursos naturales, especialmente minerales como el oro, que ha estado en guerra desde 1996. El conflicto en Ituri es un conflicto inter-étnico entre los Lendu y los Hema.¹⁴⁰⁹ Durante la década de 1990, Uganda entrenó tanto a miembros de la etnia Lendu como de la etnia Hema para participar en las fuerzas del *Congolese Rally for Democracy-Liberation Movement* (RCD-ML), y así consiguió el control sobre dicha región. Sin embargo, el grupo se fracturó cuando comenzaron a surgir problemas entre miembros Lendu y Hema.¹⁴¹⁰ En junio

1408 Corte Internacional de Justicia, “Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos”, Opinión Consultiva del 29 de abril de 1999, I.C.J. Reports, 1999.

1409 Durante la colonización belga, los Hema recibieron prioridad en la educación por los misionarios católicos y fueron empleados por la administración local, supervisando las actividades de la fuerza de trabajo Lendu en las plantaciones y en las minas. Después de la independencia, los Hema tomaron una posición más favorable en el gobierno, marginando a las comunidades Lendu. International Crisis Group “Congo Crisis: Military Intervention in Ituri”, 13 de junio de 2003.

1410 Background to the Hema-Lendu Conflict in Uganda-Controlled Congo Human Rights Watch, January 2001 <http://www.hrw.org/backgrounder/africa/hemabckg.htm> (visitado por última vez el 24/09/2016).

de 2002, Thomas Lubanga Dyilo, que había sido miembro del RCD-ML se separó del grupo y formó la Unión de Patriotas Congolese (UPC), una milicia local dominada por los Hema. Por otro lado, Ruanda entrenó y respaldó un grupo rival, el *Congolese Rally for Democracy-Goma* (RCD-GOMA).

El 3 de marzo de 2004 el gobierno de la República Democrática del Congo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 13(a) del ER, remitió la situación reinante en su territorio al Fiscal de la CPI,¹⁴¹¹ quien resolvió abrir una investigación el día 23 de junio de ese mismo año. El 12 de enero de 2006, la Fiscalía solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I que emita una orden de arresto contra Thomas Lubanga Dyilo. El 17 de marzo de ese año, dicha Sala hizo pública la orden de arresto y Thomas Lubanga Dyilo, quien se encontraba detenido en Kinshasa, capital de la República Democrática del Congo, fue transferido a la CPI. La orden de arresto contra el Sr. Lubanga Dyilo establecía que éste sería responsable penalmente (artículo 25(3)(a)) por el crimen de guerra de enlistar y reclutar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, tanto en el marco de un conflicto armado internacional como en un conflicto armado no internacional.

En su solicitud de orden de arresto la Fiscalía consideró que los crímenes de los cuales se acusaba a Lubanga Dyilo habían ocurrido en el marco de un conflicto armado no internacional. Sin embargo, en la orden de arresto emitida, la Sala de Cuestiones Preliminares adoptó una postura amplia, sin realizar ningún tipo de calificación del conflicto. Por su parte, durante la audiencia de confirmación de cargos, la Defensa argumentó que durante el período en análisis, la región de Ituri estaba controlada por Uganda, Ruanda y por la Misión de Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC).¹⁴¹² El representante legal de la víctima a/0105/06 que participó de la audiencia afirmó que, si bien la participación de Uganda y Ruanda en el conflicto era de público conocimiento, la calificación del mismo debía hacerse caso por caso.

En su decisión sobre la confirmación de cargos,¹⁴¹³ la Sala de Cuestiones

1411 Ver Carta del Presidente Joseph Kabila al Fiscal de la CPI afirmando que el poder judicial de la RDC no se encontraban en condiciones de llevar a cabo las investigaciones de los crímenes de competencia de la CPI “...les autorités compétentes ne sont malheureusement pas en mesure de mener des enquêtes sur les crimes mentionnés ci-dessus ni d’engager les poursuites nécessaires sans la participation de la Cour Pénale Internationale”, disponible en https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2006_02169.PDF (último acceso: 24/09/206).

1412 Creada por el Consejo de Seguridad a través de la resolución 1279 (30 de noviembre de 1999) y fue ampliado el 24 de febrero de 2000, a través de la Resolución 1291. El mandato de MONUC se encuadra en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas –por lo que está facultado para usar todos los medios necesarios, incluida la fuerza, para cumplir con su mandato- y puede ser dividido en cuatro etapas. La primera fase involucra la imposición del acuerdo del cese de fuego. La segunda fase el monitoreo e informe de cualquier violación al mismo. La tercera fase, todavía vigente, se concentra en el desarme, desmovilización, repatriación, reasentamiento y reintegración de los combatientes. La cuarta fase, también en proceso, incluye facilitar de la transición hacia una democracia, a través del monitoreo de las elecciones. Para más información, ver <http://www.monuc.org>

1413 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Décision sur la confirmation des charges”, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06-803. El artículo 61(1) del Estatuto de Roma establece que “dentro de un plazo razonable tras la entrega de la persona

Preliminares observó que ni el Estatuto de Roma ni los Elementos de los Crímenes ofrecen una definición de conflicto armado internacional a los efectos del artículo 8(2)(b), excepto por la nota al pie n° 34 de los Elementos de los Crímenes que señala que el dicho término incluye el caso de la ocupación militar.¹⁴¹⁴ En consecuencia, se refirió a la sentencia de la CIJ del 19 de diciembre de 2005, en la que se sostuvo que, de conformidad con el derecho consuetudinario, reflejado en el Reglamento de La Haya de 1907, un territorio se considera ocupado cuando se encuentra bajo la autoridad de un ejército enemigo que la ejerce. En consecuencia, la CIJ había considerado que el ejército ugandés había sustituido a la autoridad del gobierno de la República Democrática del Congo en la región de Ituri.¹⁴¹⁵ A la luz de las conclusiones de la CIJ, la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que había suficiente prueba para afirmar que como resultado de la presencia de Uganda como potencia ocupante, el conflicto armado en Ituri podía ser caracterizado como internacional durante el período de julio de 2002 a junio de 2003, cuando dicho Estado retiró su ejército.¹⁴¹⁶

Al mismo tiempo, se refirió¹⁴¹⁷ a la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Fiscal c. Dusko Tadic. En ese caso, la Sala afirmó que un conflicto armado es de carácter internacional si se enfrentan dos o más Estados o cuando existe ocupación militar. Asimismo, consideró que un conflicto armado no internacional puede convertirse en un conflicto armado internacional o, según las circunstancias, puede presentar al mismo tiempo un carácter internacional si: a) las tropas de un tercer Estado intervienen en el conflicto de forma directa, o b) ciertos participantes del conflicto armado interno actúan en nombre de un tercer Estado, que intervendría de forma indirecta. Para que se dé este último supuesto, la Sala detalló cuáles son las circunstancias que tienen que existir, es decir, precisó los elementos de lo que denominó el “control global” ejercido por el tercer Estado sobre algún grupo parte del conflicto armado para considerar que éste presenta una naturaleza internacional. En primer lugar, aseveró que no es necesario que el tercer Estado emita órdenes específicas o direcciones para cada operación individual de los grupos armados, sino que es suficiente que ese Estado tenga un rol en la organización, coordinación o planeamiento de las acciones del grupo armado, además del financiamiento, entrenamiento, equipamiento o apoyo operacional de ese grupo.¹⁴¹⁸

Si bien el artículo 61(7)(c)(ii) del Estatuto faculta a la Sala de Cuestiones Preliminares a suspender la audiencia de confirmación de cargos si considera que

a la Corte o su comparecencia voluntaria ante ésta, la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tienen intención de pedir el procesamiento”.

1414 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Décision sur la confirmation des charges”, op. cit., párrafo 205.

1415 IDEM, párrafos 212-214.

1416 IDEM, párrafo 220.

1417 IDEM, párrafo 210.

1418 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Dusko Tadic, op. cit., párrafo 137.

los crímenes cometidos son distintos de los crímenes descritos en el documento de notificación de cargos, la Sala estimó que no era necesario hacerlo en el caso, aun cuando la Fiscalía había solicitado el encuadre de los crímenes supuestamente cometidos por Thomas Lubanga Dyilo en un conflicto armado de carácter no internacional, sin hacer distinciones según el periodo en que habrían sido cometidos. Ello así porque consideró que la protección acordada por el Estatuto contra el enrolamiento, el reclutamiento y la participación activa en las hostilidades de menores de 15 años es similar, cualquiera sea la calificación del conflicto armado. Asimismo, las conductas descritas tanto en los párrafos 2(b)(xxvi) y 2(e)(vii) del artículo 8 son las mismas.¹⁴¹⁹

Por su lado, en la sentencia dictada el 14 de marzo de 2012,¹⁴²⁰ la Sala de Primera Instancia solamente modificó la calificación del conflicto y afirmó que durante todo el período abarcado por los cargos, éste tuvo un carácter no internacional. Sin perjuicio de que, de conformidad con el artículo 74(2) ER y la Norma 55(1) del Reglamento de la Corte, la Sala tiene la facultad de modificar la calificación jurídica de los cargos, manteniendo los hechos y circunstancias, es interesante analizar los argumentos que utilizó (o que no utilizó) para llegar a dicha conclusión.

Si bien la Sala terminó descartando que los crímenes por los que Lubanga Dyilo fue condenado hubieran ocurrido en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional, de todas maneras definió este término –al igual que la Sala de Cuestiones Preliminares– pero haciendo referencia exclusivamente a la jurisprudencia del TPIY –en particular, al ya mencionado caso Tadic– sin ninguna mención de la jurisprudencia de la CIJ. Así, aplicando del test de control global, la Sala sostuvo que no existía suficiente prueba para determinar –aun *prima facie*– que Uganda o Ruanda hubieran ejercido un control global sobre la UPC.¹⁴²¹

Asimismo, señaló que incluso cuando hubiera prueba de intervención directa de Uganda, ello solamente habría internacionalizado el conflicto armado entre los dos Estados involucrados (la RDC y Uganda) y, como el conflicto en el que participó la UPC no involucraba una controversia entre Estados, sino entre grupos armados no estatales, éste debía ser calificado como no internacional.¹⁴²² Así, la Sala aceptó la posibilidad de que en el territorio de Ituri existiera más de un conflicto armado al mismo tiempo, por lo que uno de ellos –en donde intervenía Uganda– podía ser calificado como internacional, lo que no afectaría la calificación del grupo en el que participaba el grupo armado de Lubanga Dyilo.¹⁴²³

1419 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, “Décision sur la confirmation des charges”, op. cit., párrafo 204.

1420 Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, “Judgment”, 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06-2842.

1421 IDEM, párrafo 561.

1422 IDEM, párrafo 563.

1423 IDEM, párrafo 565.

2.1. ¿Quién participa del diálogo jurisdiccional?

Al examinar el razonamiento de la Sala de Primera Instancia llama la atención que ésta no haya hecho ninguna referencia a la sentencia de la CIJ cuando la Sala de Cuestiones Preliminares la había utilizado expresamente para calificar el conflicto armado. De hecho, no solamente no la menciona, sino que además aplica el llamado test de control global desarrollado por el TPIY, tribunal que, a su vez, había criticado el test del control efectivo de la CIJ.¹⁴²⁴ A ello se le debe agregar el hecho de que la sentencia condenatoria de Lubanga Dyilo es posterior a la sentencia de la CIJ de febrero de 2007 en el caso de la Convención contra el Genocidio, en la que la CIJ se refirió expresamente al test de control global, rechazando su aplicación y reafirmando el test de control específico.¹⁴²⁵ A la luz de esta situación, podría haberse esperado que la Sala de Primera Instancia hubiera, al menos, mencionado la opinión de la CIJ antes de seguir exclusivamente el criterio del TPIY.¹⁴²⁶

Sin embargo, en este punto, cabe observar que en su sentencia de 2007, la CIJ no rechazó completamente el criterio del TPIY, sino su aplicación para la atribución de responsabilidad a un Estado por actos cometidos por fuerzas no estatales.¹⁴²⁷ Podría ser posible, entonces, inferir a *contrario sensu* que la CIJ aceptó dicho test para distinguir entre conflictos armados internacionales y no internacionales. De hecho, la CIJ sostuvo que la lógica no requiere el mismo test para resolver dos cuestiones que son de naturaleza diferente.¹⁴²⁸ Sin embargo, hay autores que sostienen que si bien las normas sobre responsabilidad del Estado no parecen ser la herramienta adecuada para determinar la naturaleza de un conflicto armado, de todas formas sirven para determinar el estatus internacional de las entidades parte de ese conflicto. Si los actos de un grupo armado pueden ser atribuidos a un Estado extranjero, el grupo puede ser considerado como un órgano *de facto* de ese Estado y, por lo tanto, el conflicto sería de carácter internacional. Por lo tanto, el estatus de cada parte del conflicto constituiría el criterio correcto para determinar la naturaleza del conflicto armado.¹⁴²⁹

Puede aventurarse como una de las razones para la no inclusión del criterio de la CIJ el hecho de que la CPI y el TPIY tienen una competencia –material y personal– casi idéntica. En esa línea, podría pensarse que la Sala de Primera Instancia consideró más adecuado utilizar jurisprudencia de un tribunal más afín. Ambas jurisdicciones entienden en casos de responsabilidad penal individual y aplican, principalmente, el

1424 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Dusko Tadic, op. cit., párrafos 115 - 145.

1425 Corte Internacional de Justicia, Caso concerniente a la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia del 26 de febrero de 2007, I.C.J. Reports 2007, párrafos 406-407.

1426 LIEFLÄNDER (2012: 195).

1427 Corte Internacional de Justicia, Caso concerniente a la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” op. cit., párrafo 404.

1428 IDEM, párr. 405.

1429 LA HAYE (2008) y WERLE (2009), citados en LIEFLÄNDER (2012: 196).

derecho internacional penal. En este sentido, podría pensarse que la Sala de Primera Instancia decidió aplicar un criterio desarrollado por la *lex specialis*, dejando de lado el derecho internacional general.

De todas formas, el artículo 21 del ER, que regula el derecho aplicable, no menciona de forma expresa ni a la CIJ ni al TPIY. La mención a la jurisprudencia como fuente de derecho incluye solamente a las decisiones de la propia CPI.¹⁴³⁰ En este sentido, las decisiones de dicho tribunal han hecho referencia a la jurisprudencia de otras jurisdicciones a través del inciso 1.b) del artículo 21, con excepción de los tribunales de derechos humanos, cuya jurisprudencia es aplicada a través de una mención al párrafo tercero del artículo 21.¹⁴³¹

Pareciera entonces que la CPI podría hacer referencia tanto a las decisiones de la CIJ como a las del TPIY con el mismo argumento: ambas desarrollan los principios y normas del derecho internacional, es decir, identifican normas consuetudinarias¹⁴³² que la CPI puede aplicar cuando considere que exista una laguna en el ER, las RPP o los Elementos de los Crímenes y dicha laguna no pueda ser completada a través de la aplicación de los criterios de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el artículo 21(3).¹⁴³³

3. Algunas conclusiones

La decisión de confirmación de cargos y la sentencia condenatoria en el caso de Lubanga Dyilo ofrecen un ejemplo de un diálogo jurisdiccional en el que a veces participan varios actores y otras, ello se ve limitado, sin que medie alguna explicación al respecto. Habría sido interesante que la Sala de Primera Instancia hubiera aclarado las razones por las cuales no tomó en cuenta la posición de la CIJ, no solo respecto de la calificación del conflicto, sino también, respecto de la elección del test de control global.

La existencia de diversos tribunales con competencias similares permite pensar en la posibilidad de éstos deban entender en casos que comparten la base fáctica. Si bien cada uno lo hará desde la perspectiva de su jurisdicción, resultará interesante examinar si dialogan entre sí o si, por el contrario, sus sentencias representarán monólogos jurídicos.

4. Bibliografía

Fuentes primarias

1430 Cf. artículo 21(2) ER.

1431 Cf. BITTI (2009) y NERLICH (2009).

1432 PELLET (2002: 1070).

1433 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009, párr. 44.

- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Arrest warrant of 11 April 2000” (República Democrática del Congo c. Bélgica), sentencia del 14 de febrero de 2002, *I.C.J. Reports*, 2002.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Canal de Corfú” (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania), Sentencia del 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports*, 1949.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso concerniente a las Actividades Armadas en el territorio del Congo” (República Democrática del Congo v. Uganda), Sentencia del 19 de diciembre de 2005, *I.C.J. Reports* 2005.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso La Grand” (Alemania c. Estados Unidos de América), Sentencia del 27 de junio de 2001, *I.C.J. Reports*, 2001.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso sobre las Cuestiones de Delimitación Marítima y Territorial entre Qatar y Bahrain” (Qatar c. Bahrain), Sentencia del 15 de febrero de 1995, *I.C.J. Reports*, 1995.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos”, Opinión Consultiva del 29 de abril de 1999, *I.C.J. Reports*, 1999.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Disputa sobre Derechos de la Navegación” (Costa Rica c. Nicaragua), Sentencia del 13 de julio de 2009, *I.C.J. Reports*, 2009.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Disputa Territorial entre Libia y Chad” (Libia c. Chad), Sentencia del 3 de febrero de 1994, *I.C.J. Reports*, 1994.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania”, Segunda Fase, 18 de julio de 1950, *I.C.J. Reports* 1950.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Opinión Consultiva sobre Reparaciones por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas”, *I.C.J. Reports* 1949.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Caso concerniente a la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio” (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia del 26 de febrero de 2007, *I.C.J. Reports* 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009.

- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, “Décision sur la confirmation des charges”, 29 de enero de 2007, ICC-01/04-01/06-803.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares, “Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09-139-Corr, 13 de diciembre de 2011.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia I, “Judgment”, 14 de marzo de 2012, ICC-01/04-01/06-2842.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia, “Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”, ICC-01/09-01/11-777, 18 de junio de 2013.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Fiscal c. Dusko Tadic, Sentencia del 15 de julio de 1999, caso IT-94-1-A.

Bibliografía Crítica

- BITTI, G. (2009) “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC” en STAHN, C. & SLUITER, G. (eds.) *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, pp. 285- 304.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2001) *Background to the Hema-Lendu Conflict in Uganda-Controlled Congo*, disponible en <http://www.hrw.org/backgrounder/africa/hemabckg.htm> (visitado por última vez el 24/09/2016).
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP (2003) *Congo Crisis: Military Intervention in Ituri*, disponible en http://www.kongo-kinshasa.de/dokumente/ngo/ICG_13062003.pdf (último acceso: 24/09/2016).
- LIEFLÄNDER, T.R (2012) “*The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?*”, en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol.1, N° 1, pp. 191 – 212.
- NERLICH, V. (2009) “The status of the ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC” en STAHN, C. & SLUITER, G. (eds.) *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden/Boston, pp. 305- 325.
- PELLET, A. (2002) “Applicable Law” en CASSESE, A, GAETA, P. Y JONES, J.R.W.D (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford, 1051-1084.

“*Marry her anyway*”: matrimonio forzoso en la Corte Penal Internacional¹⁴³⁴

PAULA SCIANCA LUXEN

Universidad de Buenos Aires

El objetivo de la ponencia es realizar un análisis de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI o Corte) con respecto a su abordaje del matrimonio forzoso como un fenómeno criminal. En este sentido, se examinarán las distintas interpretaciones que ha desarrollado, focalizando específicamente en la Decisión de Confirmación de Cargos de Dominic Ongwen —en el marco de la Situación de Uganda—. A su vez, teniendo en cuenta que las víctimas de esta práctica son en su mayoría mujeres y niñas, el análisis será desde una perspectiva de género. Este enfoque permitirá definir, por un lado, cuál es la cuestión de género que se discute y, por el otro, las consecuencias de este abordaje para el Derecho Internacional Penal. Todo ello con el propósito de invitar a la reflexión crítica sobre el rol de la CPI en tanto Tribunal con pretensión de universalidad.

La Corte Penal Internacional tuvo la oportunidad de acercarse al análisis del matrimonio forzado como crimen internacional en dos oportunidades.¹⁴³⁵ La primera de ellas, en el marco de la Situación de la República Democrática del Congo, en el caso *Germain Katanga* y, la segunda, en el caso de *Dominic Ongwen*, correspondiente a la Situación de Uganda.

En el caso *Katanga* la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I consideró que el matrimonio forzado era una forma de esclavitud sexual. Por el contrario, respecto de *Ongwen*, la SCP II entendió que se trataba de “otros tratos inhumanos”.

Es así que, luego de explicar cada una de las posturas adoptadas, se realizará un análisis desde una perspectiva de género para intentar dilucidar si alguna de las soluciones intentadas por la CPI, abarca la totalidad de las conductas comprendidas por el matrimonio forzado. Este examen resulta necesario por el claro componente de género explícito en este fenómeno: son varones los que suelen llevar a cabo este tipo de prácticas (y en los casos elegidos son, a su vez, miembros de grupos armados) sus víctimas son mujeres y niñas, y las acciones a las que son obligadas (por ejemplo, limpiar, cocinar, lavar, entre otras; y el sometimiento sexual exclusivo por parte del varón, cuidado de niñas/os fruto de esas violaciones) dan a conocer una concepción

1434 Las traducciones utilizadas en son propias.

1435 Si bien en el caso *Thomas Lubanga Dylo* la perita experta Radika Coomaraswamy se refirió a la práctica del matrimonio forzado (Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. *Lubanga Dylo*, “Transcript”, ICC-01/04-01/06-T-223-ENG, 7 de enero de 2010), ello no fue tomado en cuenta ni en la confirmación de cargos ni en la sentencia en su contra. Por esta razón, he decidido dejarlo de lado en el presente análisis.

patriarcal acerca del rol de las mujeres en la vida en general que se intensifica en tiempos de guerra.¹⁴³⁶

Este abordaje es el que permitirá reflexionar acerca de la existencia de una cuestión de género real en la comisión del crimen y, por lo tanto, la necesidad de incluir una perspectiva que dé cuenta de esa realidad en el Derecho Internacional Penal.

1. Perspectiva de género transversal

“Género” es un concepto que refiere a una construcción social, cultural e histórica del sexo de las personas que determina los ideales de *ser mujer* y *ser varón*.¹⁴³⁷ Ello, se traduce en estereotipos (conductas “esperables”) que implican cierta división de tareas entre el varón y la mujer,¹⁴³⁸ por lo cual, influyen en la construcción de la identidad de las personas. Así, el espacio público —relaciones sociales, política, trabajo— es el campo de acción del varón. Por su parte, el ámbito privado —el hogar, las tareas de cuidado de los/as niños/as, adultos/as mayores, personas enfermas— es reservado para la mujer.¹⁴³⁹ Se va construyendo, de esta manera, un imaginario social que señala que la mujer es débil, sentimental, y el varón fuerte, racional, entre otras características.¹⁴⁴⁰

Por otra parte, el término “sexo” hace alusión al cuerpo biológico, a la anatomía ya una clasificación binaria (macho/hembra, hombre/mujer). Entonces, aquellos estereotipos de género mencionados anteriormente, se vinculan de acuerdo al sexo que le es asignado a las personas en el momento de su nacimiento.

Por último, necesario definir que cuando se hace mención del “patriarcado”, se está referenciando a un sistema de dominación que legitima la desigualdad entre varones y mujeres y promueve la preeminencia del varón heterosexual.

De esta manera, es la categoría “género” la que permite dar cuenta de esa inequidad, cuestionar y (de)construir el orden establecido.¹⁴⁴¹ Ese potencial transformador¹⁴⁴² viene dado, en gran parte, por la toma de conciencia de esos procesos reseñados al comienzo de la sección. Esta es, justamente, el motivo y la relevancia de promover reflexiones sobre el derecho¹⁴⁴³ y la jurisprudencia¹⁴⁴⁴ desde

1436 Se descarta del análisis a aquellas mujeres que se unen al grupo armado de manera voluntaria sea para cumplir con esas tareas o para contribuir en el frente de batalla.

1437 COOK & CUSACK (2009: 13-15).

1438 WITTIG (2006: 51-52).

1439 PATEMAN (1983: 212-214).

1440 SCOTT (2011: 97).

1441 LAMAS (1986: 181).

1442 BERGALLI & BOLEDÓN (1992: 48).

1443 Sobre el impacto de este tipo de enfoques ver CHARLESWORTH, CHINKIN & WRIGHT (1991).

1444 Acerca de la incorporación de la categoría género en el análisis jurisprudencial ver West, 1988. Un ejemplo de ello es el caso Krstic del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (TPIY) que

2. Definición de matrimonio forzado

La concepción de matrimonio forzado que se utilizará es la desarrollada por el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL).¹⁴⁴⁶ De esta manera, se concibe como una *asociación conyugal forzada* que causa en la víctima un sufrimiento severo o un daño serio físico, mental o psicológico, que comprende una variedad de situaciones en las que una persona obliga a otra, por medio de la fuerza o la amenaza de la fuerza u otro tipo de coerción a establecerse con ella en este “matrimonio”.¹⁴⁴⁷ A esto se suma, la *exclusividad* de la mujer hacia el varón,¹⁴⁴⁸ el desarrollo de tareas relacionadas con el hogar y el rol de cuidado, y la pérdida de libertad debido al sometimiento ejercido por el varón.¹⁴⁴⁹

Durante los conflictos armados, esta práctica es llevada a cabo mediante el secuestro/rapto de mujeres y niñas por miembros de grupos armados.¹⁴⁵⁰

3. El caso Katanga

Germain Katanga era un líder militar (comandante) de las Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri, un grupo armado de oposición al gobierno de la República Democrática del Congo. Se lo acusó (y luego condenó)¹⁴⁵¹ de haber estado

incorporó la variable “patriarcado” en la comprensión del crimen de genocidio. Al respecto ver Buss (2014).

1445 Son muy interesantes los proyectos y la producción académica vinculada con la “re-escritura” de jurisprudencia desde una perspectiva de género. Un ejemplo es el Feminist International Judgments Project: Women’s Voices in International Law, donde el objetivo central es impactar en el derecho internacional en sí y en el pensamiento judicial (teniendo en cuenta que predominan las perspectivas de los varones). Sobre la convocatoria lanzada en 2014 ver <https://ilg2.org/2014/01/16/invitation-to-participate-in-the-feminist-international-judgments-project/>

1446 Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu, “Sentencia”, SCSL-2004-16-A, 22 de febrero de 2008.

1447 Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu, “Sentencia”, SCSL-2004-16-A, 22 de febrero de 2008, párrs. 195-196.

1448 Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu, “Sentencia”, SCSL-2004-16-A, 22 de febrero de 2008, párrs. 195-196.

1449 Tribunal Especial para Sierra Leona, Sala de Apelaciones, Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu, “Sentencia”, SCSL-2004-16-A, 22 de febrero de 2008, párrs. 195-196.

1450 DOHERTY (2009: 4).

1451 Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II, Fiscal c. Germain Katanga, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014. Se lo encontró culpable del crimen de asesinato, tanto calificado como de lesa humanidad (artículo 7(1)(a) del ER) como de guerra (artículo 8(2)(c)(i) del ER); crimen de guerra de ataque contra la población civil (artículo 8(2)(e)(i) del ER), crimen de guerra de destrucción de propiedad enemiga (artículo 8(2)(e)(xii) del ER); crimen de guerra de pillaje (artículo 8(2)(e)(v) del ER), todos cometidos bajo la modalidad

involucrado en la perpetración de crímenes de lesa humanidad y de guerra, en el marco de un ataque al pueblo de Bogoro, Ituri, a comienzos de 2003.

En la Decisión de Confirmación de Cargos, la Sala de Cuestiones Preliminares I estableció que se reunían los elementos necesarios para la tipificación de la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra.¹⁴⁵²

De esta manera, entendió que el matrimonio forzado era una “forma particular de esclavitud”.¹⁴⁵³

Respecto a su configuración como crimen de lesa humanidad, determinó que la “esclavitud sexual también incluye situaciones donde mujeres y niñas son forzadas a ‘casarse’”,¹⁴⁵⁴ servicio doméstico u otro trabajo forzoso, actos sexuales forzados, incluyendo violaciones por parte de sus captores. La Sala de Cuestiones Preliminares I agrega que la esclavitud sexual puede ser llevada a cabo a través de la detención de la mujer en lugares específicos en los que se las somete sexualmente (*rape camps* ó *comfort stations*) o mediante el establecimiento de “matrimonios” temporarios con soldados y otras prácticas que impliquen el trato hacia la mujer como su propiedad.¹⁴⁵⁵

Con respecto al segundo elemento del crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual, esto es el sometimiento de la persona a realizar actos de naturaleza sexual, la Sala de Cuestiones Preliminares I entendió que una característica particular del crimen es la pérdida de la posibilidad de decidir sobre sus propios actos sexuales.¹⁴⁵⁶

Asimismo, verificó la existencia de un *propósito* particular por parte de los miembros del grupo armado, de utilizar como “esposas” a las mujeres (y, en algunos casos, niñas) que raptaban y/o secuestraban. Dice la SCP I:

La SCP I encontró que los miembros de los grupos armados (i) secuestraron mujeres y/o niñas de los pueblos y zonas aledañas con el propósito de utilizarlas como sus “esposas”, (ii) forzaban y amenazaban a mujeres y/o niñas a tener relaciones sexuales con los combatientes y servir

de autoría receptada en el artículo 25(3)(d) del ER. No obstante, no se condenó por los crímenes de lesa humanidad (artículo 7(1)(g) del ER) y de guerra (artículo 8(2)(e)(vi) del ER) de violación y de esclavitud sexual; como así tampoco, del crimen de utilización de niños/as menores de 15 años para participar activamente de las hostilidades como crimen de guerra (artículo 8(2)(e)(vii) del ER).

1452 GEKKER (2014).

1453 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui, “Decisión de confirmación de cargos”, párr. 430. Cabe destacar que la Sala de Cuestiones Preliminares I hizo alusión a la nota al pie 18 de los “Elementos de los Crímenes” y la “Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud” de 1956 (adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), el 30 de abril de 1956, en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, y entró en vigor el 30 de abril de 1957).

1454 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui, “Decisión de confirmación de cargos”, párr. 431.

1455 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui, “Decisión de confirmación de cargos”, párr. 431.

1456 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui, “Decisión de confirmación de cargos”, párr. 432.

*como esclavas sexuales a combatientes y comandantes; y (iii) capturaban y recluían mujeres y/o niñas para trabajar en campamentos militares sirviendo a los soldados. Además, pudo establecer que las mujeres eran llevadas a los campamentos donde permanecían como prisioneras para realizar servicios domésticos, incluyendo cocinar y limpiar, y ser sometidas sexualmente por los combatientes y comandantes.*¹⁴⁵⁷

En este sentido, entendió que existían pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que, cuando los combatientes: (i) secuestraban mujeres del pueblo de Bogoro, (ii) las capturaban y recluían y las mantenían como sus “esposas”, y (iii) las forzaban y amenazaban para someterlas a actos sexuales, ellos tenían la intención de esclavizarlas sexualmente o sabían que a través de la comisión de estos actos, la esclavitud sexual se producía.¹⁴⁵⁸

Con relación al análisis del matrimonio forzado como crimen de guerra de esclavitud sexual, la Sala se limitó a sostener que existían motivos suficientes para creer que los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual (integró ambos crímenes bajo un mismo examen) fueron cometidos por los miembros del grupo armado.

No obstante, reiteró que existían motivos suficientes para creer que las mujeres civiles fueron secuestradas del pueblo de Bogoro después del ataque, recluidas, y forzadas a convertirse en “esposas” de miembros del grupo armado, obligadas a cocinar y obedecer las órdenes de los soldados.¹⁴⁵⁹

De esta forma determinó que las mujeres eran forzadas a realizar actos de naturaleza sexual; que habían sido violadas durante el sometimiento a condiciones de esclavitud; que esas violaciones habían sido ejecutadas por el perpetrador; y que esas invasiones de los cuerpos de las mujeres fueron cometidas mediante fuerza, amenaza o temor a la violencia o muerte, y/o en condiciones de detención.

4. El caso Ongwen

Dominic Ongwen formaba parte del grupo armado denominado “Ejército de Resistencia del Señor”, ostentando el cargo de comandante. En particular, se lo acusó de haber estado involucrado en los ataques a campos de personas desplazadas (que se encontraban en Uganda, en Pajule, Odek, Ludoki y Abok). En el marco de aquéllos, se perpetraron crímenes de lesa humanidad y de guerra. Entre ellos, el crimen de matrimonio forzado.¹⁴⁶⁰

1457 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui, “Decisión de confirmación de cargos”, párr. 434.

1458 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui, “Decisión de confirmación de cargos”, párr. 435.

1459 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares I, Fiscal c. Katanga & Ngudjolo Chui, “Decisión de confirmación de cargos”, párr. 348.

1460 CARLSON, & MAZURANA (2008).

En la Decisión de Confirmación de Cargos de Ongwen, la SCP II entendió que la práctica de matrimonio forzoso llevada a cabo por él (tanto de manera directa como indirecta) no se podía subsumir en la figura de esclavitud sexual.¹⁴⁶¹

El Estatuto no incluye explícitamente al matrimonio forzado como un crimen de jurisdicción de la Corte. La cuestión ante la Sala es si la conducta atribuida a Ongwen (haber forzado a mujeres para servirles como “pareja/compañera conyugal” a él y a otros soldados del grupo) constituye un acto inhumano de carácter similar a los actos que incluye el artículo 7(1)(a) a (j) causando intencionalmente gran sufrimiento, o una lesión grave en el cuerpo o en su salud física o mental. Si bien es una cuestión de hecho, en aplicación del umbral de gravedad que requiere el artículo 7(1)(k) del Estatuto es también una cuestión de derecho, y es la razón por la cual la conducta descrita como matrimonio forzado no se puede subsumir como esclavitud sexual (como arguye la defensa).¹⁴⁶²

De esta manera, no sólo se aparta de lo postulado por la Defensa de Ongwen sino también de lo sostenido, como se reseñó, por la SCP I en Katanga.

A lo largo de la decisión, menciona los antecedentes más relevantes del Tribunal Especial para Sierra Leona para argumentar en favor de una calificación del matrimonio forzado como constitutivo del crimen de lesa humanidad de “otros tratos inhumanos”.¹⁴⁶³

La Sala nota que el TESL ha tenido la ocasión de lidiar con una situación fáctica similar a la que se presenta la Fiscalía en este caso, y con la misma pregunta. La Sala de Apelaciones del TESL entendió que el matrimonio forzado constituye un “acto inhumano” como crimen de lesa humanidad cuando:

El acusado, mediante fuerza, amenaza de fuerza, o coerción o tomando ventaja de circunstancias coercitivas, obliga a una o más personas a servirle como pareja conyugal, y el acto se realiza con conocimiento de que es parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil y que conlleva la provocación de un gran sufrimiento, o una lesión grave al cuerpo o salud física o mental suficientemente similar en gravedad a los demás crímenes de lesa humanidad enumerados.¹⁴⁶⁴

Asimismo, repasa la jurisprudencia de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (SECC) para reforzar la concepción de una relación conyugal forzada que causa un sufrimiento grave en la víctima, tanto físico como mental, que posee una

1461 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 88.

1462 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 88.

1463 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 89.

1464 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 89.

gravedad comparable al resto de los crímenes de lesa humanidad.¹⁴⁶⁵

Las SECC de igual manera reconocieron la comisión de matrimonio forzado como otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad, en el cual las víctimas “eran forzadas a establecer relaciones conyugales en circunstancias coercitivas” y ser sometidas a “un gran sufrimiento físico o mental o lesiones o un ataque grave a su dignidad humana en un grado de gravedad comparable a los demás crímenes de lesa humanidad”.¹⁴⁶⁶

Además, entiende que esta relación impuesta se caracteriza por la obligación de realizar ciertas actividades y ser sometidas a prácticas asociadas tradicionalmente al matrimonio¹⁴⁶⁷ y que se comete en circunstancias en las que también se verifica esclavitud sexual.¹⁴⁶⁸

La Sala hace una distinción entre el matrimonio forzado como otros tratos inhumanos y los demás crímenes cometidos por Ongwen, en cuanto a la conducta, el daño y los intereses protegidos. En este sentido, destaca que la comisión se realiza en circunstancias en las cuales la víctima es también esclavizada por parte del perpetrador. a su vez, destaca que restricciones a la libertad de movimiento de la víctima, abuso sexual reiterado, embarazo forzoso, o trabajo forzado -en particular la realización de deberes domésticos de manera forzada- son todos factores que caracterizan una situación como matrimonio forzado.¹⁴⁶⁹

No obstante esta descripción, la Sala sostuvo que esos hechos “no son en sí mismas suficientes para establecer la existencia de matrimonio forzado”.¹⁴⁷⁰

Es de destacar que la SCP II hace especial hincapié en la utilización, por parte de los miembros del grupo armado, de las palabras “esposa” y “marido” para denominarse en el marco de esta relación forzada.¹⁴⁷¹ En este sentido sostiene:

1465 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 90.

1466 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 90.

1467 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 93.

1468 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 92.

1469 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 92.

1470 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 92.

1471 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 93.

La cuestión es que el matrimonio es impuesto fácticamente a la víctima, junto con el consecuente estigma social. El elemento de exclusividad en esta unión conyugal forzada impuesta a la víctima es el aspecto característico del matrimonio forzado y es el elemento que está ausente en cualquiera de los otros crímenes atribuidos a Ongwen (...) el matrimonio forzado implica una relación de exclusividad entre el “esposo” y la “esposa”, cuyo quebrantamiento puede traer consecuencias disciplinarias y, no es un crimen predominantemente sexual.¹⁴⁷²

Uno de los elementos que utiliza la Sala para sostener, sin embargo, la particularidad del matrimonio forzado es que “viola el derecho básico a establecerse en un matrimonio voluntario y a formar una familia (PIDESC, DUDH, CEDAW) [que] es en sí mismo un valor (distinto a la integridad física o sexual, o la libertad personal) que demanda protección en virtud de una interpretación adecuada del artículo 7(1)(k) del Estatuto”.¹⁴⁷³

Finalmente, la Sala considera que la calificación jurídica es la de otros tratos inhumanos, conforme el artículo 7(1)(k) del Estatuto de Roma, en la forma de matrimonio forzoso.¹⁴⁷⁴

Por último, resta mencionar que, como un crimen aparte, se analiza la comisión de embarazo forzado como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra. En este sentido, la SCP II entiende que, si bien es una consecuencia propia del sometimiento de las mujeres a violaciones reiteradas, esclavitud sexual y confinamiento, debe ser considerado como un crimen distinto al de matrimonio forzoso.¹⁴⁷⁵

Respecto a la configuración de una práctica de matrimonio forzado como crimen de guerra, nada dice la SCP II. No obstante, sí menciona que existen elementos suficientes para creer que Ongwen cometió el crimen de guerra de esclavitud sexual con relación a cuatro víctimas.¹⁴⁷⁶ De esta forma, se dejó asentado en la parte dispositiva de la decisión que, durante el tiempo en el que se encontraba sometida a la situación de matrimonio forzado, era “una civil que no participaba activamente

¹⁴⁷² Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 93.

¹⁴⁷³ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 94.

¹⁴⁷⁴ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 95.

¹⁴⁷⁵ Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 101.

¹⁴⁷⁶ Ver las reseñas a los relatos de P-101, P-214, P-226 y P-227 en Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párrs. 111-112; 113-115; 116-117 y 118-119, respectivamente.

en las hostilidades y Dominic Ongwen estaba al tanto de la circunstancia fáctica que establecía ese estatus”.¹⁴⁷⁷

5. Reflexiones finales

Es claro, en uno y otro caso, el esfuerzo de las SCP para poder incluir dentro de su jurisdicción una práctica que se ha verificado en distintas situaciones ante la CPI, pero que no se encuentra tipificado en el ER.

La multiplicidad de deberes, acciones y prácticas de sometimientos que confluyen en la imposición de un matrimonio, por parte de un grupo armado a mujeres y niñas que son abstraídas de su lugar de origen (sea su pueblo, el lugar donde viven, la escuela a la que asisten, su hogar), complejiza su análisis. Incluso, en la Decisión de Confirmación de Cargos de Ongwen, se menciona que la mujeres y niñas cumplían tareas domésticas y eran esclavas sexuales de los miembros del Ejército de Resistencia del Señor.¹⁴⁷⁸

Esto implica que construir una tipificación como crimen autónomo resulte compleja.¹⁴⁷⁹ Como se mencionó, su perpetración puede ser subsumida bajo distintas figuras (violaciones, reducción a una situación de esclavitud sexual, embarazos forzosos, tortura, violencia sexual,¹⁴⁸⁰ el trabajo forzado, enumeración no es taxativa¹⁴⁸¹ que confluyen en una única práctica: el matrimonio forzoso.

Merece mención el hecho de que no haya sido pormenorizado el análisis del crimen de matrimonio forzado como crimen de guerra, siendo innegable su vinculación con el conflicto armado en los casos analizados. Es claro que es incipiente el examen por parte de la CPI de la cuestión, pero no deja de ser cuanto menos interesantes que en los ocho años que pasaron entre cada Decisión de Confirmación de Cargos, el criterio adoptado haya sido modificado al menos dos veces.

No obstante, el reconocimiento de este fenómeno, sea como crimen de esclavitud sexual, sea como crimen de “otros tratos inhumanos”, es una clara muestra del avance de la justicia internacional en la adopción de una reciente perspectiva de género que le permite hacer propio el sufrimiento de muchas mujeres y niñas, principales víctimas de estos crímenes.

1477 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párrs. 111-112; 113-115; 116-117 y 118-119.

1478 Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016, párr. 137.

1479 Sobre los análisis respecto de la autonomía del crimen ver: GONG-GERSHOWITZ (2009); PARK (2006: 315-337); SCHARF & MATTLER (2005).

1480 SCHARF & MATTLER (2005); GONG-GERSHOWITZ (2009: 53 y sgtes.).

1481 FRULLI (2008: 1036).

6. Bibliografía

Fuentes primarias

- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Fiscal c. Lubanga Dylo*, “Transcript”, ICC-01/04-01/06-T-223-ENG, 7 de enero de 2010.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Cuestiones Preliminares II, *Fiscal c. Dominic Ongwen*, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15, 23 de marzo de 2016.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL, Sala de Primera Instancia II, *Fiscal c. Germain Katanga*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/07, 7 de marzo de 2014.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Sala de Apelaciones, *Fiscal c. Brima, Kamara & Kanu*, “Sentencia”, SCSL-2004-16-A, 22 de febrero de 2008.

Bibliografía Crítica

- BERGALLI, R. & BOLEDÓN, E. (1992) La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX.
- BUSS, E. D. (2014) “Knowing Women: Translating Patriarchy in International Criminal Law”. *Social & Legal Studies*, 23(1), 73-92.
- CARLSON, K. & MAZURANA, D. (2008) *Forced Marriage within the Lord's Resistance Army, Uganda*, Feinstein International Center.
- CHARLESWORTH, H., CHINKIN, C. & WRIGHT S. (1991) “Feminist approaches to international law”. *American Journal of International Law*, 85(4), 613-645.
- COOK, R. J. & CUSACK S. (2009) *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales* (traducción a cargo Andrea Parra), Pennsylvania.
- DOHERTY, T. (2009) “Developments in the Prosecution of Gender-Based Crimes - The Special Court for Sierra Leone Experience”. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 17(2). Recuperado de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=jgspl>
- FRULLI, M. (2008) “Advancing International Criminal Law: the Special Court for Sierra Leone recognizes forced marriage as a ‘new’ crime against humanity”, en *Journal of International Criminal Justice*, 6(5), 1033-1042.
- GAGGIOLI, G. (2014) “Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law”, en *International Review of the Red Cross*, 96(894), 503-538.

- GEKKER, E. (2014) “Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence”. *Hastings Women’s Law Journal*, 25, 105-134.
- GONG-GERSHOWITZ, J. (2009) “Forced Marriage: a “new” crime against humanity?”, en *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 8.
- IGAREDA, N. (2015) “Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el derecho penal simbólico?”, en *InDret*, (1), 1-18.
- MCKAY, S. & MAZURANA, D. (2004) *Where are the girls? Girls in Fighting Forces in Northern Uganda, Sierra Leone and Mozambique: Their Lives During and After War*, Montréal
- PARK, A. S. J. (2006) “Other Inhumane Acts’: Forced Marriage, Girl Soldiers and the Special Court for Sierra Leone.” *Social & Legal Studies*, 15(3), 315-337.
- PATEMAN, C. (1983) “Feminism and Democracy”. En Duncan (Ed.) *Democratic Theory and Practice*, Cambridge, 204-217.
- SCHARF, M. P. & MATTILER, S. (2005) “Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone’s New Crime Against Humanity”, Case Research Paper Series in legal Studies, Working Paper 5-35. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=824291>
- SIVAKUMARAN, S. (2010) “Del dicho al hecho: la ONU y la violencia sexual contra hombres y niños durante conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (877), 1-20.
- WEST, R. (1988) “Jurisprudence and Gender”, en *University of Chicago Law Review*, 55(1), 1-72.

Fertilización cruzada: el daño al proyecto de vida en las sentencias de reparaciones en procesos penales internacionales

FACUNDO MANUEL ACHAGA

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

El Derecho Internacional Penal, desde sus orígenes se caracterizó por *hacer foco* en la sanción de quienes cometían grandes violaciones a los derechos humanos y contra la paz y seguridad internacional; particularmente, sus esfuerzos estuvieron dirigidos a evitar la impunidad. Así, el castigo y la condena desplazaron el derecho a la víctima a obtener una reparación integral al daño causado por el hecho delictivo.

En cambio, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, claramente se colocó a la vanguardia de esta situación: concretamente, los órganos que forman parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos cuentan con basta jurisprudencia que fija estándares para lograr una reparación integral para la víctimas de violaciones a los derechos humanos, buscando el justo equilibrio entre la sanción de los Estados y la reparación integral de quienes resultan dañados por su acción u omisión.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, establece en su artículo 63.1 que:

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

Así, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma, con el consecuente deber de reparación integral, y de hacer cesar –claro está– las consecuencias de la violación.

En reiterada jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte IDH”), ha dicho que: “es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”.¹⁴⁸² Seguidamente estableció que:

1482 Corte IDH (2001: párr.177). Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de reparaciones y costas. Serie 74. Además puede verse: Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 3, párr. 201; Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 1, párr. 118; Caso Blake. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 33; entre otros.

*La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para garantizar los derechos conculcados y ordenar el pago de una indemnización por los daños ocasionados.*¹⁴⁸³

En este marco, se destaca la construcción jurídica que realizó la Corte IDH del derecho al proyecto de vida y, consecuentemente, la posibilidad de que ese bien jurídico sea dañado, formando entonces una categoría independiente del daño material e inmaterial, tanto de las víctimas directas del hecho como de sus allegados, a fin de lograr una reparación de tipo integral.

1. La construcción jurídica realizada por la Corte IDH

1.1. Caso Loayza Tamayo vs. Perú

La Corte IDH se pronuncia por primera vez sobre este instituto en el Caso Loayza Tamayo vs. Perú. María Elena Loayza Tamayo, la víctima del caso, es Licenciada en Educación y en Trabajo Social. Antes de ser detenida se encontraba estudiando Derecho, y había seguido varios cursos y seminarios académicos. Al momento de su detención tenía 36 años, y trabajaba en distintos establecimientos educativos. Si bien el Ministerio de Salud de Perú le otorgó una pensión durante la detención e incluso hasta la fecha del fallo de la Corte IDH, fue separada de varios cargos que ocupaba debido a la existencia de *abandono injustificado*. Particularmente, durante su detención fue sometida a distintos tratos crueles, inhumanos o degradantes, que le generaron distintos problemas de salud. La Corte IDH analizó también los daños sufridos por sus hijos, quienes a raíz de la detención de su madre tuvieron varios trastornos de salud psíquica.¹⁴⁸⁴

Por todo ello, la víctima solicitó a la Corte IDH que se pronunciara sobre la indemnización que pudiera corresponder a su daño al proyecto de vida. Al respecto, la Corte se expidió en los siguientes términos:

Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de

1483

IBÍDEM párr.178.

1484

Corte IDH (1998: párr. 106).

1.2. Caso “Niños de la Calle” Villagran Morales y otros vs. Guatemala

En el presente caso, la Corte IDH consideró que en la época en que sucedieron los hechos, existía en Guatemala un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de niños que vivían en la calle; esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y homicidios.

En este caso, la Corte IDH decidió volver a mencionar el derecho al diseño de un proyecto de vida, y lo relacionó —particularmente— con el derecho a una *vida digna*: como si fueran ambas caras de una misma moneda, la Corte entendió que una persona no podía tener una vida de tipo digna sino existía la posibilidad de diseñar un proyecto de vida. Así, dijo que:

*Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece.*¹⁴⁹⁰

Pero, el tribunal no volvió a mencionar este concepto en el fallo.

Sin embargo, la cuestión volvió a ser analizada por los jueces CANÇADO TRINDADE y ABREU BURELLI en sus votos concurrentes conjunto, que resultan de gran interés. Los jueces pregonan una nueva concepción respecto al derecho a la vida, concretamente, de las obligaciones que emanan del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, afirman que la privación arbitraria de la vida implica, también, la privación del derecho a vivir con dignidad; en otras palabras, para los jueces no resulta suficiente que el Estado prevenga la muerte física de las personas bajo su jurisdicción, sino que debe velar para que tengan una forma de vida digna, y así poder procurar un sentido a su existencia, lo que implica poder crear y desarrollar un proyecto de vida.¹⁴⁹¹

Los jueces sostienen, también, que el proyecto de vida “es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana”.

Pero, sin perjuicio de que el análisis resulta por demás interesante, pues profundiza los principios esbozados por la Corte IDH en el caso Loayza Tamayo, lo cierto es que los jueces no concluyen que en el caso concreto debió haberse apreciado el daño al proyecto de vida de los niños víctimas del accionar ilícito del Estado de Guatemala. Al analizar el caso, la Dra. MEDIANA QUIROGA establece que:

la sentencia no menciona el proyecto de vida y la mención que del concepto

1490 Corte IDH (1999: párr. 191).

1491 CANÇADO TRINDADE Y ABREU BURELLI (1999: párr. 3 y 4).

*hacen los firmantes del voto concurrente no los lleva a la conclusión de que en el caso de estos niños debió apreciarse este daño en la etapa de reparaciones.*¹⁴⁹²

1.3. Caso Luis Alberto Cantoral Benavides vs. Perú

El joven Luís Alberto Cantoral Benavides, estudiante de Biología en la Universidad Nacional de San Marcos, había sido detenido por el Estado del Perú a los 20 años, el 06 de febrero de 1993; estuvo cautivo durante más de cuatro años. Sin embargo, luego de ser liberado, decidió abandonar el país por temor e inseguridad; así, al momento del fallo se encontraba viviendo en Brasil. Durante su encarcelamiento, y como consecuencia de la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes a que fue sometido, sufrió padecimientos psíquicos y físicos.¹⁴⁹³

Ante los hechos considerados probados en la sentencia de fondo, la Corte IDH afirmó que:

*la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija –así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios– en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado.*¹⁴⁹⁴

Observamos que a diferencia de los pronunciamientos anteriores, aquí la Corte determinó que el Estado del Perú debía restablecer el proyecto de vida de la víctima (si bien en la sentencia de fondo la Corte IDH no menciona la violación al derecho al proyecto de vida, concretamente) y decidió cuantificar ese daño, y traducirlo en la obligación de indemnizarlo.¹⁴⁹⁵ La Corte IDH, cuantificó el daño sufrido como una categoría independiente, decidiendo asociarlo a las opciones ciertas que el sujeto tenía para conducir su vida y alcanzar el destino que se proponía. Nótese que la Corte IDH no refirió a cualquier opción, sino a aquellas que –a juicio del tribunal– tenían un alto valor existencial y, tal cual describió en Loayza Tamayo, “cuya cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor”.¹⁴⁹⁶ Por eso refirió solo a un aspecto del proyecto de vida del Sr. Cantoral Benavides, cual era su formación académica superior, sin analizar otras posibilidades.

La explicación al accionar de la Corte IDH puede extraerse del voto razonado del Juez CANÇADO TRINDADE, quien destacó el carácter emblemático de la

1492 MEDINA QUIROGA (2005: 122).

1493 Corte IDH (2001c:párr. 35).

1494 IBÍDEM párr. 80.

1495 Al respecto, véase párr. 99 punto 6 de la sentencia de reparaciones y costas.

1496 IBÍDEM párr. 148.

sentencia, e hizo hincapié en la intención de evitar vincular las reparaciones de los daños producidos a una mera indemnización económica, evitando la mercantilización y consecuente trivialización de dichas reparaciones; ello no implicaba –a su entender– restarle importancia a la indemnización, sino evitar reducir la discusión a un mero reparo económico.¹⁴⁹⁷

1.4. Conclusiones parciales

Del análisis de la construcción jurídica realizada por la Corte IDH en la jurisprudencia citada podemos extraer las siguientes ideas:

- El daño al proyecto de vida debe diferenciarse de otro tipo de daños reconocidos tradicionalmente, como el emergente o el lucro cesante. La Corte IDH lo ha identificado como un concepto de daño autónomo, lo ha categorizado, e incluso ha otorgado parámetros para su materialización;

- El reconocimiento a este nuevo concepto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por finalidad lograr una reparación integral del hecho dañoso generado por la conducta ilícita del Estado;

- La contracara del reconocimiento a la posibilidad de que exista un daño al proyecto de vida es el reconocimiento del derecho al proyecto de vida;

- Este derecho, se relaciona profundamente con la realización integral de la persona, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. De esta forma, las opciones son la garantía y expresión de la libertad, por lo que un daño al proyecto de vida implica la reducción objetiva de la libertad;

- Asimismo, el derecho se vincula al concepto de vida digna. El derecho al proyecto de vida es consustancial a la existencia humana y para su desarrollo e implementación requiere condiciones de vida digna;

- La reparación económica es solo una de las formas posibles para posibilitar a la víctima reencausar su proyecto de vida.

Respecto a este nuevo instituto, el Profesor SESSAREGO define al daño al proyecto de vida como la expresión fenoménica de la libertad de la persona hecha acto.¹⁴⁹⁸ Concretamente, establece que el daño al proyecto de vida:

incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que

1497

CANÇADO TRINDADE (2001c, párr. 12).

1498

SESSAREGO (1996: 88).

*afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera de ser”. No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital.*¹⁴⁹⁹

2. El daño al proyecto de vida en el Derecho Internacional Penal

El Derecho Penal como rama del fenómeno jurídico se construyó sobre la base del *ius puniendi*, es decir, focalizando en el autor del ilícito penal y no sobre la víctima. Indefectiblemente, esta construcción realizada en los ordenamientos jurídicos estatales se plasmó en el plano internacional.

Así, por ejemplo, la regla 106 de Procedimiento y Prueba de los tribunales penales internacionales para la ex -Yugoslavia y para Rwanda establece que las víctimas deberán acudir a la justicia interna de los estados a fin de reclamar una reparación por los perjuicios sufridos. La respuesta del Derecho Internacional Penal, entonces, se correspondía con la concepción tradicional del Derecho Penal.

Considerando que el Derecho Internacional Penal se concentró en la sanción penal de los individuos responsables de la comisión de crímenes internacionales, parecía sensato acudir a la construcción que al momento había realizado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a las reparaciones a las víctimas. En este sentido, el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) buscó dar respuesta a estas nuevas demandas, impulsado particularmente por una nueva concepción de la víctima en el proceso penal y, en general, por una nueva concepción de la víctima en los procesos internacionales. De esta forma, se buscó evitarle la incomodidad de atravesar –en muchos casos– el proceso penal dentro del Estado, posteriormente el proceso ante el tribunal internacional y, finalmente, un nuevo proceso –esta vez sí dirigido en forma directa a su reparación– en el fuero interno del Estado. En este sentido, el artículo 75 del estatuto se titula “reparación a las víctimas”, y establece la normativa aplicable respecto a este punto, aclarando expresamente que el concepto de reparación incluye la restitución, indemnización y rehabilitación de la víctima o sus causahabientes, y que la CPI puede dictar en forma directa una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada. Es de destacar que las formas de reparación enunciadas no son taxativas, y que la CPI puede otorgar reparaciones individuales o colectivas.

Así, este diálogo entre tribunales internacionales constituye un claro ejemplo de *cross-fertilization* o fertilización cruzada, entendiendo por tal a la práctica consistente en tomar criterios aplicados por un organismo jurisdiccional, para resolver casos que tramitan ante un organismo distinto. No escaparía a este proceso la utilización por parte de la CPI, en el caso Thomas Lubanga Dyilo, de la construcción jurídica realizada por los órganos interamericanos de protección de derechos humanos respecto al daño al proyecto de vida.

2.1. La Sentencia de reparaciones en el Caso Thomas Lubanga Dyilo

La Corte Penal Internacional encontró culpable a Thomas Lubanga Dyilo por haber cometido crímenes de guerra, particularmente: conscripción, enrolamiento y utilización de niños menores de 15 años para utilizarlos en hostilidades.

Respecto a la sentencia de reparaciones, es necesario destacar que no constituye una orden de reparar en sentido estricto, es decir, no indica concretamente la reparación que se debe dar a cada una de las víctimas. La sentencia se encarga, en cambio, de fijar principios generales sobre los que deberá versar la reparación que será finalmente fijada por el fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas.

Debido a que el tratamiento integral de la sentencia excede las posibilidades materiales del presente ensayo, se propone al lector focalizarnos en lo que respecta al daño al proyecto de vida. Al respecto, la CPI sentenció que se deberá considerar: el daño relacionado con el nivel de desarrollo de las víctimas; sus necesidades; y cualquier impacto diferencial de estos crímenes en los niños y niñas;¹⁵⁰⁰ que, asimismo, las reparaciones deberán tener en cuenta la opinión de los niños y las niñas a la luz de sus circunstancias, edad y madurez,¹⁵⁰¹ así como la necesidad de rehabilitar y reinsertarlos en sus comunidades. Específicó, además, que las reparaciones deben garantizar el desarrollo de las habilidades de los niños.

Por otro lado, expresó que las reparaciones podrán ser individuales o colectivas. Dejó en claro que todas las víctimas deben ser tratadas en pie de igualdad, es decir, las reparaciones no podían limitarse al pequeño grupo que participó del juicio y que, por tanto, debían otorgarse a las víctimas directas y también a las indirectas; respecto a esta últimas, siempre que el daño sea consecuencia del crimen por el que se condenó al imputado (pero, asimismo aclaró que las reparaciones no debían limitarse al daño directo o a los efectos inmediatos de los crímenes cometidos, sino que debían fundarse en el principio de causa próxima).¹⁵⁰² Finalmente, la CPI estableció expresamente que se deberá evitará replicar prácticas discriminatorias, incluso si éstas preceden a la comisión de los crímenes, y que se propenderá a evitar estigmatizaciones de las víctimas y sus comunidades.

1500 ICC. [Trial Chamber I] Prosecutor v. Lubanga Dyilo, 7 August 2012, Párr 210-211.

1501 IBÍDEM, Párr. 214.

1502 IBÍDEM, Párrs. 187-193.

De estas consideraciones podemos deducir que la sentencia incluye un pequeño avance, aunque en etapa inicial, respecto a la posibilidad de incluir entre las reparaciones a las víctimas la ponderación del daño a su proyecto de vida. Particularmente, en el caso de niños y niñas menores de 15 años, resulta por demás acertado considerar el nivel de desarrollo de las víctimas; sus necesidades; cualquier impacto diferencial que los crímenes hubieran generado, a fin de dimensionar el daño causado. Asimismo, y considerando el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a los derechos de niños y niñas, resulta importante considerar la opinión de las víctimas a la luz de sus circunstancias, edad y madurez, así como la finalidad última de propender a su rehabilitación y reinserción en sus comunidades originarias, evitando su estigmatización. Sin dudas, estos lineamientos están dirigidos –en la medida de lo posible– a posicionar a los niños y niñas en el estado que se encontraban previo a producirse la comisión de los crímenes, cuyas consecuencias impactaron en forma directa en su proyecto de vida. La intención, entonces, parece ser re-encausarlo en el contexto de sus comunidades originarias, devolver a los niños y niñas las opciones de las que fueron privados. Será necesario el desarrollo pretoriano del instituto.

Sabemos que la huella que estos crímenes dejan difícilmente pueda ser reparada, máxime considerando la condición de niño o niña de las víctimas. JARA BUSTOS describe la particular experiencia a que es sometida la víctima de este tipo de crímenes, y alega que:

*Consideramos dentro de esta categoría a crímenes de guerra, de lesa humanidad, y en general, a toda situación de graves violaciones a los derechos humanos. Son crímenes para los cuales parece no haber castigo ni reparación posible. Ante estos hechos ¿puede existir reparación?*¹⁵⁰³

Por otro lado, ARENDT ha reformulado el concepto kantiano de *mal radical*. El mismo nos permite dimensionar las consecuencias de crímenes como los que se encuentran bajo análisis. Dice la autora:

*Cuando lo imposible es hecho posible se torna en un mal absolutamente incastigable e imperdonable que ya no puede ser comprendido ni explicado por los motivos malignos del interés propio, la sordidez, el resentimiento, el ansia de poder y la cobardía [...] Es inherente a toda nuestra tradición filosófica el que no podamos concebir un «mal radical», y ello es cierto tanto para la teología cristiana, que concibió incluso para el mismo Demonio un origen celestial, como para Kant, el único filósofo que, en término que acuñó para este fin, debió haber sospechado al menos la existencia de este mal, aunque inmediatamente lo racionalizó en el concepto de una «mala voluntad pervertida», que podía ser explicado por motivos comprensibles. Por eso no tenemos nada en que basarnos para comprender un fenómeno que, sin embargo, nos enfrenta con su abrumadora realidad y destruye todas las normas que conocemos.*¹⁵⁰⁴

1503

JARA BUSTOS (2013e: 113-125).

1504

ARENDT (2002: 680-681).

Sin perjuicio de lo anterior, y si bien resulta complejo retrotraer las consecuencias de los hechos delictivos al momento anterior a su comisión, tenemos el convencimiento de que los tribunales deben utilizar hasta el máximo los recursos de los que disponen a fin de considerar la reparación del daño en forma integral, incluyendo la reparación del daño al proyecto de vida. Implica colocar a la víctima en el centro del proceso penal, evitando mediatizarla. Implica que nuestros jueces y juezas adopten un perfil más humano. Y todo ello, en su conjunto, sea tal vez el puntapié inicial para que la víctima pueda comenzar un proceso interno de reparación integral.

Por otro lado, la forma de reparación colectiva nos invita a pensar si el proyecto de vida, como manifestación de la dignidad y libertad personal, se constituye en un derecho humano individual o si, en cambio, tiene también una faz colectiva. ¿Podríamos referirnos al proyecto de vida de una comunidad, que se vio truncado por el accionar ilícito de determinadas personas? Claro, este interrogante podría resultar disparador de un nuevo trabajo.

3. Bibliografía

Fuentes primarias

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS adoptada el 22 de Noviembre de 1969, en vigor en general desde el 18 de julio de 1978, 1144 UNTS 1213.

CORTE IDH. “Caso “Niños de la calle” Villagran Morales y otros vs. Guatemala”, sentencia de fondo, serie 63, 1999.

CORTE IDH. “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia de reparaciones y costas del 2001, serie 74, 2001.

CORTE IDH. “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, sentencia de reparaciones y costas de 1998, serie 42, 1998.

CORTE IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de reparaciones y costas. Serie No88. 2001.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 17 Julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6.

ICC. TRIAL CHAMBER I, “Prosecutor v. Lubanga Dyilo”, 7 August 2012.

REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES PARA LA EX -YUGOSLAVIA Y PARA RWANDA.

Bibliografía crítica

ARENDET, H. (2002) *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, pp- 680-681.

JARA BUSTOS, F. (2013) “Fiscalía v. Lubanga Dyilo: la primera sentencia sobre

reparaciones de la Corte Penal Internacional”, en *Anuario de derechos humanos*, pp. 113-125.

MEDINA QUIROGA, M. C. (2005) *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago de Chile.

SESSAREGO, C. F. (1996) “El daño al proyecto de vida”. En *derecho PUC*, n° 50. Lima, Perú, pp. 86-88.

La Destrucción de Patrimonio Cultural como Crimen de Lesa Humanidad de Persecución: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Internacional Penal para la Ex-Yugoslavia

SEBASTIÁN A. GREEN MARTÍNEZ¹⁵⁰⁵

Universidad de Buenos Aires

Esta ponencia se enmarca en el proyecto de tesis de maestría dirigido por el Dr. Emiliano Buis y la Dra. Carolina Anello, correspondiente a la Maestría en Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. El objetivo de esta ponencia es analizar la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) en relación con los casos en los que se analizó la destrucción de patrimonio cultural como un crimen de lesa humanidad de persecución. Por razones de brevedad, se analizarán solamente los casos más relevantes a la luz de los propósitos de esta ponencia.

1. La concepción del crimen de persecución según el TPIY

En primer lugar lo que me interesa repasar es la noción del crimen de lesa humanidad de persecución. Algo llamativo sobre este crimen es que, si bien fue aplicado por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (el TIM), no lo definió. Es decir, aplicó y condenó en base a un tipo penal que no había sido acabadamente definido.

El TPIY, por su parte, se enfrentó con numerosos casos que incluían cargos por persecución como crimen de lesa humanidad. Al respecto, FENRICK señala que “así como el crimen del genocidio fue característico de los hechos que ocurrieron en Ruanda durante 1994, el delito de lesa humanidad de persecución ha venido a tipificar lo ocurrido en el territorio de la antigua Yugoslavia.”¹⁵⁰⁶ Tal como se observa en sus primeras sentencias, el TPIY emprendió la tarea de definir el tipo penal, en tanto había sido incluido dentro de su Estatuto sin definición alguna. Si bien había habido

1505 Abogado, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Maestrando en Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Asesor legal de la Dirección de Asuntos y Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación; Profesor Adjunto Interino de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Todas las opiniones aquí expresadas se realizan a carácter personal y en nada reflejan la opinión de las instituciones a las que me encuentro afiliado.

1506 W. FENRICK (2001).

trabajos previos, sobre todo en el contexto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), la tarea cayó en manos de las distintas salas de juicio del TPIY.

Adicionalmente, cabe mencionar que en los inicios del TPIY, el Secretario General emitió un informe en el que señaló la importancia de respetar el principio de legalidad y que, en consecuencia, habrían de aplicarse solamente crímenes del derecho internacional consuetudinario.¹⁵⁰⁷ En esta empresa el TPIY se enfrentó a una tarea de gran valor para el derecho internacional penal.

Si bien el TPIY llevó a cabo una tarea de enorme relevancia para el desarrollo del derecho internacional penal (y, por ende, para la lucha contra la impunidad), en lo relativo al crimen de persecución se observa una falencia en torno a la indefinición de los derechos que deben verse afectados para que se configure dicho crimen de lesa humanidad. Es necesario advertir dicha falencia para alcanzar una mejor administración de justicia en casos problemáticos, tales como los casos de persecución mediante destrucción de patrimonio cultural.

En las primeras sentencias del TPIY, particularmente en los casos *Tadić* y *Kupreškić*, las distintas salas de juicio se enfrentaron con cargos de persecución, teniendo que lidiar con la llamativa tarea de definir un crimen consuetudinario que no había sido definido acabadamente jamás. Dichas salas definieron al crimen de persecución como una privación grave y flagrante con motivos discriminatorios de un derecho fundamental establecido en derecho internacional consuetudinario o convencional que alcance el mismo nivel de gravedad que los demás actos prohibidos en el artículo 5 de su Estatuto.¹⁵⁰⁸ Esta ponencia se concentra en la cuestión de los “derechos fundamentales”. La pregunta que se plantea en esta ocasión es: ¿cuáles son los derechos cuya privación pueden dar lugar al crimen de lesa humanidad de persecución? y, más específicamente, ¿Qué derechos “fundamentales” pueden verse afectados por la destrucción de patrimonio cultural?

2. La jurisprudencia del TPIY sobre el crimen de persecución mediante destrucción de patrimonio cultural

En el caso *Kupreškić* el Tribunal debió analizar la masacre de Ahmici que registró, asimismo, destrucción de bienes culturales, principalmente mezquitas representativas de la población bosnio-musulmana. Testimonios recogidos por la fiscalía demostraron que de los dos templos que había en Ahmići, ninguno quedaba en pie¹⁵⁰⁹ y que el minarete de uno de los templos había sido destruido mediante la

1507 Ver Informe de la Secretaría General de Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución No. 808 del Consejo de Seguridad, 03/05/1993, U.N. Doc. S/25705, 34.

1508 Ver Fiscal c. Tadić, Caso No. IT-94-1-T, Opinión y Sentencia, Sala de Juicio, 7 de mayo de 1997, 697; Fiscal c. Kupreškić, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia de la Sala de Juicio, 14 de enero de 2000, 621.

1509 Fiscal c. Kupreškić et al, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia de la Sala de Juicio del 14 de enero de 2000, 180.

ubicación estratégica de cargas explosivas en su base.¹⁵¹⁰ Adicionalmente, constan en el fallo otros testimonios de habitantes del pueblo.¹⁵¹¹ En la sentencia de la Sala de Juicio se observa la condena contra los imputados por el crimen de lesa humanidad de persecución. Resultando de interés el razonamiento dedicado al Sr. Zoran Kupreškić, en virtud de quien la Sala evaluó los hechos sometidos a su consideración y afirmó que “[e]l acusado (...) neg[ó] a sus compatriotas musulmanes sus derechos fundamentales a la vida, libertad de circulación y libre disfrute de su familia y de su propiedad”.¹⁵¹² La Sala no dedicó un análisis particular a la afectación de derechos fundamentales mediante patrimonio cultural más allá del fragmento transcrito. Parece inferirse que, sin desarrollar sobre la cuestión, la sala no consideró que la destrucción de mezquitas haya dado lugar al crimen de lesa humanidad de persecución.

Dos años después se dictaron nuevas sentencias relevantes a los efectos de esta ponencia, de la que resalta particularmente aquella dictada en el caso *Blaškić*. En ese caso, la fiscalía incluyó entre los hechos subyacentes al cargo de persecución la “[d]estrucción y Saqueo de Propiedad”, incluyendo “la destrucción extensiva e injustificada y/o saqueo de (...) instituciones [bosnio-musulmanas] dedicadas a la religión”.¹⁵¹³ La fiscalía se refirió particularmente a dos templos de Donji Ahmici y Gornji Ahmici,¹⁵¹⁴ observando que las dos mezquitas “fueron minadas deliberadamente habiéndosele asignado cuidadosamente una ubicación a los explosivos dentro de cada uno”.¹⁵¹⁵ A diferencia de lo resuelto en el caso *Kupreškić*, se resolvió que la destrucción de patrimonio cultural puede ser considerado como un medio para perseguir a una población.¹⁵¹⁶

Si bien en *Blaškić* se consideró que la destrucción de patrimonio cultural puede dar lugar al crimen de persecución, no se identificaron los derechos fundamentales afectados. Es decir, a la luz del tipo penal definido en los términos ya expuestos, parecería necesario identificar el derecho fundamental afectado, particularmente a la luz del principio de legalidad.

En el caso *Kordić & Čerkez*, la Sala de Juicio desvía su análisis, basándose en el llamado “estándar de seriedad”. Este estándar se desprende de la definición elaborada por el Tribunal en el caso *Kupreškić*, en el que se señaló que los hechos en cuestión

1510 Fiscal c.Kupreškić et al, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia de la Sala de Juicio del 14 de enero de 2000, 185.

1511 Ver referencias a los testimonios de los testigos J, N y Z en Fiscal c.Kupreškić, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia de la Sala de Juicio del 14 de enero de 2000, 228, 233, 258.

1512 Fiscal c.Kupreškić et al, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia de la Sala de Juicio, 14 de enero de 2000, 781.

1513 Fiscal c.Blaškić, Caso No. IT-95-14-T, Segundo Escrito Acusatorio Modificado, 25 de abril de 1997, 6.3.

1514 La Sala de Juicio se refiere al templo de la primera como “mezquita” y al de la segunda como “matif mesjid”, al que define como un templo que no cuenta con minarete.

1515 Fiscal c.Blaškić, Caso No. IT-95-14-T, Sentencia de la Sala de Juicio, 3 de marzo de 2000, 420, citando a Escrito de la Fiscalía, Libro V, p. 45.

1516 Fiscal c.Blaškić, Caso No. IT-95-14-T, Sentencia de la Sala de Juicio, 3 de marzo de 2000, 227.

debían tener una seriedad equivalente a la de otros actos incluidos en el artículo 5 del Estatuto del TPIY (crímenes de lesa humanidad). La sala observó la destrucción de mezquitas e interpretó esos hechos a la luz del informe de los fallos del TIM así como de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacional donde señaló que la destrucción de monumentos y templos puede dar lugar al crimen de persecución.¹⁵¹⁷ Es importante resaltar que, a la luz del principio de legalidad, no puede dictarse una condena sin verificar el acaecimiento preciso de los hechos previstos en el tipo penal.

En un caso más reciente, caratulado como *Šainović et al* (anteriormente caratulado *Milutinović et al* hasta la absolución de Milan Milutinović en 2009) el TPIY analizó cuáles son los derechos fundamentales que pueden o no pueden dar lugar al crimen de persecución. La sala de juicio en ese caso advirtió que no cualquier violación puede dar lugar al crimen de persecución, sino que los derechos vulnerados deben ser fundamentales, sin desarrollar qué hace que ciertos derechos sean considerados como tales. En un pasaje valioso, sin embargo, observa que “la destrucción de propiedad religiosa acarrea un ataque a la mismísima identidad religiosa de un pueblo y, como tal, es una significa una expresión casi pura de la noción de los crímenes de lesa humanidad”.¹⁵¹⁸ Este pasaje resulta valioso en tanto, si bien no identifica de manera expresa los derechos fundamentales afectados, sí puede inferirse una afectación al derecho a la identidad religiosa y, por ende, al derecho a profesar una religión de conformidad con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁵¹⁹

En 2013 el TPIY dictó sentencia en el caso *Prlić et al*. Allí se observa un intento por identificar de manera expresa -a diferencia del caso *Šainović et al* -donde la identificación estaría implícita- del derecho fundamental afectado. En éste caso el bien destruido es un puente llamado el “*Stari Most*”, ubicado en la Municipalidad de Mostar y que resulta representativo de la cultura de la población civil local. El Tribunal analizó la destrucción del puente observando y valorando la prueba en torno a su destrucción. Además, luego de repasar los hechos subyacentes al cargo del crimen de persecución, la sala concluyó que en el ataque se violentaron los derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la dignidad.¹⁵²⁰ No se observa en la sentencia una explicación en torno al nexo entre la violación de esos derechos y la destrucción en concreto. En otras palabras, el TPIY no explica cómo los hechos sometidos a su consideración llegaron a afectar tales derechos ni qué hechos violaron los derechos mencionados. Sin embargo, el único derecho que podría considerarse afectado por la

1517 Fiscal c.Kordić y Čerkez, Caso No. IT-95-14/2, Sentencia de la Sala de Juicio, 26 de febrero de 2001, 206.

1518 Fiscal c.Šainović et al, Caso No. IT-05-87, Sentencia de la Sala de Juicio, 26 de febrero de 2009, 205.

1519 Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171.

1520 Fiscal c. Prlić et al, Caso No. IT-04-74, Sentencia de la Sala de Juicio (vol. III), 29 de mayo de 2013, 1705.

destrucción de patrimonio cultural es (por mero descarte) el derecho a la dignidad. Por su parte, en su disidencia al voto mayoritario de la sentencia, el presidente Antonetti (quizás en un intento de avanzar sobre el análisis de los derechos fundamentales afectados) afirmó que debe probarse el rol cultural que la destrucción del puente tenía para la población bajo ataque.¹⁵²¹

En el contexto de esta ponencia cabe resaltar la disidencia de los jueces Schomburg y Güney en la sentencia de cámara de apelaciones en el caso Kordic y Cerkez. Allí, dichos jueces sostuvieron que:

*El crimen de persecución tiene que ser visto como una cáscara vacía, de hecho, es una categoría residual diseñada para cubrir todos los delitos subyacentes propios de las persecuciones. Entonces, para meramente emplear las mismas palabras de la definición, condenar al acusado por una negación de un derecho fundamental no es algo que un tribunal penal pueda hacer, en tanto sería tan vago que no podría permitirse. En su lugar, uno ha de preguntarse: ¿cuál es el derecho fundamental que ha sido negado en éste caso? La respuesta es el derecho fundamental a la vida. Es solamente mediante la incorporación de este elemento que la cáscara vacía se convierte en persecución, un crimen de lesa humanidad.*¹⁵²²

Tal como se sugirió al inicio de la presente ponencia, en la disidencia transcripta se enfatiza en el principio de legalidad, exigiendo que debe identificarse el derecho fundamental afectado en tanto el crimen de persecución así lo requiere. Precisamente lo que critican los jueces en el fragmento transcripto es que la mayoría en esa decisión no logró identificar los derechos fundamentales afectados, incluso a la luz del tipo penal acuñado por el propio TPIY.

No menor es la tarea de los fiscales. Los fiscales a cargo de la investigación de crímenes de lesa humanidad, tales como la Fiscalía del TPIY y la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) tienen el deber de analizar esta cuestión antes que los propios magistrados e imputar identificando de manera precisa la afectación a derechos fundamentales en el crimen de persecución, si la hubiera.

3. Interrogantes a la luz de la Jurisprudencia del TPIY a modo de reflexión

En este contexto cabe preguntarnos: ¿Qué derechos fundamentales pueden verse afectados mediante la destrucción de patrimonio cultural? Si bien un análisis panorámico de todos los derechos potencialmente involucrados excede ampliamente el objeto de la presente ponencia, es apropiado realizar un análisis histórico de los derechos primordialmente incluidos en negociaciones políticas de paz. Incluso en tiempos de la llamada Paz de Westfalia, los tratados de paz de entonces incluían

1521 Fiscal c. Prlić et al, Caso No. IT-04-74, Sentencia de la Sala de Juicio (vol. VI), Opinión Separada y Parcialmente Disidente del Presidente Jean-Claude Antonetti, 29 de mayo de 2013, p. 315.

1522 Fiscal c. Kordić y Čerkez, Caso No. IT-95-14/2, Sentencia de la Cámara de Apelaciones (opinión disidente de los jueces Schomburg y Güney), 17 de diciembre de 2004, 5.

referencias a la protección de minorías culturales y religiosas. Es decir, como medio para alcanzar la paz, los Estados se comprometían a abstenerse de perseguir a individuos en virtud de su identidad religiosa y cultural. Se trata, entonces, de compromisos basados en la religión (la cual, sin dudas, juega un papel primordial en las diferentes culturas). En definitiva, estos compromisos parecen contener el germen del derecho a la igualdad más allá de cualquier diferencia de carácter religioso y cultural.

La siguiente pregunta que cabe hacernos es: ¿Cuál es la relevancia de este estudio hoy? En 2012 el gobierno de Mali remitió a la Oficina de la Fiscalía de la CPI los hechos que tuvieron lugar desde principios de 2012 en el norte de ese país llevados a cabo por el grupo armado *Ansar Dine*. El gobierno de Mali se refirió entonces a posibles crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (categoría, por supuesto, en la que estaría incluido el crimen de persecución). La Oficina de la Fiscalía analizó la cuestión y en su informe del artículo 53(1) de fecha (XXX) señaló que, mientras había una base razonable para creer que crímenes de guerra habían tenido lugar en ese país, era necesaria una mayor investigación para dar impulso a potenciales cargos sobre crímenes de lesa humanidad.¹⁵²³

La situación en Mali es de eminente importancia para la cuestión de destrucción de patrimonio cultural como crimen de persecución, en tanto la situación remitida a la Oficina de la Fiscalía incluía la destrucción de templos y mausoleos sagrados en la ciudad sagrada de Tombuctú, un sitio considerado Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO. El hecho de que no se haya dado impulso a la investigación sobre crímenes de lesa humanidad mediante la destrucción de Tombuctú renueva los interrogantes planteados sobre el crimen de lesa humanidad de persecución mediante destrucción de patrimonio cultural.

En un mundo marcado por conflictos armados que incluyen a distintos grupos armados de corte iconoclasta (tales como ISIS, *Ansar Dine* y Al Qaeda), el análisis de los distintos tipos penales en torno a la destrucción de patrimonio cultural se torna de eminente actualidad y relevancia.¹⁵²⁴ La falta de claridad y de precisión sobre los tipos penales involucrados coadyuva a que no se presenten los cargos correspondientes y, en consecuencia, no se dicten las condenas apropiadas.

4. Nota del Autor

Luego de la presentación de la ponencia aquí transcrita, el 27 de septiembre de 2016 la CPI condenó al Sr. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, único detenido por la situación en Mali, por el crimen de guerra de destrucción de instituciones dedicadas a la religión. La Sala de Juicio VIII de la CPI a cargo de dicho caso señaló que el Sr. Al Mahdi no había sido imputado por “crímenes contra personas, sino que fue imputado

1523 Oficina de la Fiscalía de la CPI, Informe sobre la Situación en Mali (Art. 53(1)) del 16 de enero de 2013, 128.

1524 Al respecto, ver, A. Chechi ‘Non-State Actors and Cultural Heritage: Friends or Foes?’, (2015) 19 AFDUAM, 457-479.

por crímenes contra bienes”.¹⁵²⁵ Tal consideración en la sentencia dictada en el caso *Fiscal c. Al Mahdi* renueva la importancia del estudio de la afectación de derechos fundamentales mediante la destrucción de patrimonio cultural. Resulta inaceptable considerar que un crimen dirigido contra un bien considerado sagrado por una cultura y una población determinada no se encuentra dirigido, también, contra la población misma.

5. Bibliografía

Fuentes primarias

Fiscal c. Al Mahdi, Caso No. ICC-01/12-01/15, Sentencia de la Sala de Juicio, 27 de septiembre de 2016, 77.

Fiscal c. Blaškić, Caso No. IT-95-14-T, Segundo Escrito Acusatorio Modificado, 25 de abril de 1997, 6.3.

Fiscal c. Blaškić, Caso No. IT-95-14-T, Sentencia de la Sala de Juicio, 3 de marzo de 2000, 227.

Fiscal c. Kordić y Čerkez, Caso No. IT-95-14/2, Sentencia de la Cámara de Apelaciones (opinión disidente de los jueces Schomburg y Güney), 17 de diciembre de 2004, 5.

Fiscal c. Kordić y Čerkez, Caso No. IT-95-14/2, Sentencia de la Sala de Juicio, 26 de febrero de 2001, 206.

Fiscal c. Kupreškić et al, Caso No. IT-95-16-T, Sentencia de la Sala de Juicio del 14 de enero de 2000.

Fiscal c. Prlić et al, Caso No. IT-04-74, Sentencia de la Sala de Juicio (vol. III), 29 de mayo de 2013, 1705.

Fiscal c. Šainović et al, Caso No. IT-05-87, Sentencia de la Sala de Juicio, 26 de febrero de 2009, 205.

Fiscal c. Tadić, Caso No. IT-94-1-T, Opinión y Sentencia, Sala de Juicio, 7 de mayo de 1997, 697.

Informe de la Secretaría General de Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución No. 808 del Consejo de Seguridad, 03/05/1993, U.N. Doc. S/25705, 34.

Oficina de la Fiscalía de la CPI, Informe sobre la Situación en Mali (Art. 53(1)) del 16 de enero de 2013, 128.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171.

¹⁵²⁵ Fiscal c. Al Mahdi, Caso No. ICC-01/12-01/15, Sentencia de la Sala de Juicio, 27 de septiembre de 2016, 77.

CHECHI, A. (2015) ‘*Non-State Actors and Cultural Heritage: Friends or Foes?*’, 19 AFDUAM, 457-479.

FENRICK, W. (2001) ‘The Crime Against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY’, en *XXXII Netherlands Yearbook of International Law*.

Los desafíos del ingreso de Palestina a la Corte Penal Internacional. Prospectivas y perspectivas para el juzgamiento de los crímenes cometidos durante la Operación Margen Protector

MARIANO DEL PÓPOLO¹⁵²⁶

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

La firma del Estatuto de Roma por parte de Palestina y la consecuente aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) para juzgar los crímenes cometidos en los territorios Palestinos ocupados desde 1967 incluyendo Jerusalén Oriental a partir del 13 de Junio del 2014 representa un enorme desafío para el derecho internacional penal y para la CPI. Asimismo, la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1º de Abril de 2015 marcó una nueva etapa para el pueblo Palestino.

El 16 de Enero del 2015, el Fiscal de la Corte Penal Internacional comenzó con los exámenes preliminares relativos a la situación en Palestina para determinar si la misma cumple con los criterios legales establecidos por el Estatuto para proceder a abrir una investigación de la Corte de acuerdo a lo establecido por el artículo 53 del mismo. Los primeros resultados de los exámenes preliminares fueron presentados el 12 de noviembre de este año en el Informe anual sobre las Actividades de Examen Preliminar donde se hace referencia directa a Palestina en el inciso del Informe que refiere a las situaciones que se encuentran en la Segunda Fase (competencia material). Es decir, aún se están realizando las investigaciones pertinentes para determinar si se cometieron algunos de los crímenes mencionados en el Artículo 5 del Estatuto.

1. Antecedentes del caso palestino - israelí en el Derecho Internacional Penal y Humanitario

Si las investigaciones avanzan y la Corte logra impartir justicia, se romperá con una larga historia de impunidad: desde 1948 hasta hoy se han cometido innumerables ataques contra la población civil que nunca fueron juzgados. Uno de los casos más recientes se puede encontrar en la Operación Plomo Fundido contra la Franja de Gaza de 2008-2009, que fue investigada por el jurista sudafricano Richard Goldstone, en el conocido Informe Goldstone (Ibarlucía, 2012:56).¹⁵²⁷

¹⁵²⁶ Tesista de la Licenciatura en Relaciones Internacionales (Facultad de Ciencias Humanas - UNCPBA).

¹⁵²⁷ La Asamblea General de las Naciones Unidas decide enviar el informe Goldstone al Consejo

El informe Goldstone fue encomendado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al jurista sudafricano, y tras ser aprobado por el Consejo de Derechos Humanos fue remitido a la Asamblea General que aprobó enviarlo al Consejo de Seguridad. El informe se centra en las prácticas militares de las Fuerzas de Defensa de Israel que participaron de la Operación Plomo Fundido, criticando el uso excesivo e indiscriminado de la fuerza por parte de Israel. El informe también menciona el bloqueo ilegal que restringe el ingreso y salida de alimentos, combustible y suministros médicos de Gaza antes, y durante la Operación Plomo Fundido. Este bloqueo, que permanece hasta nuestros días, fue considerado como un ejemplo flagrante de castigo colectivo, prohibido por el Artículo 33 del Cuarto Convenio de Ginebra.¹⁵²⁸ El informe menciona otras prácticas ilegales cometidas por Israel, como el asesinato injustificado de policías palestinos por considerarlos como parte de las “fuerzas militares palestinas”, aunque muchos de estos nunca participaron del conflicto armado. También menciona ataques a edificios civiles o lugares que se consideran como indispensables para la supervivencia, como los bombardeos a los Hospitales Al-Quds y Al-Wafa, el molino harinero de El-Bader (el único de la Franja de Gaza, y el Informe menciona expresamente que el objetivo de la destrucción del mismo tuvo por objeto negar la subsistencia a la población civil), a granjas avícolas y depósitos de agua, prohibido por el Artículo 54 del Protocolo Adicional N° 1 de 1977 a los Convenios de Ginebra.¹⁵²⁹ También cabe destacar que el Informe hace mención explícita de ataques deliberados contra la población civil palestina por parte de las Fuerzas Armadas de Israel, lo que supone graves infracciones del Cuarto Convenio de Ginebra en relación con las muertes indiscriminadas y el deseo deliberado de causar grandes sufrimientos a personas protegidas; también llega a la conclusión de que la decisión de atacar y matar arbitrariamente a civiles palestinos constituye una violación del derecho a la vida. En las conclusiones del mismo, se destaca que el bloqueo ilegal y la agresión militar contra la Franja de Gaza socavó la dignidad del pueblo gazatí generando en los hombres, mujeres y niños graves consecuencias psicológicas de un largo período de pobreza, inseguridad y violencia y de la reclusión obligada en un territorio densamente superpoblado. La Misión que redactó el Informe constató instancias numerosas de ataques deliberados contra personas y bienes civiles (individuos, familias enteras, viviendas y mezquitas) en violación del principio fundamental del derecho humanitario internacional, el principio de distinción, que dieron lugar a muertes y lesiones graves. En esos casos, concluye que no se respetó la protección de los civiles y que los ataques fueron intencionales, en infracción con de Seguridad en Noviembre de 2009. <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=16982#.VIZvy0alyko>

1528 El Artículo 33 del IV Convenio de Ginebra de 1949 señala que “Están prohibidas las medidas de represalia contra las personas protegidas y sus bienes” <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

1529 El Artículo 54 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, 1977 señala que: “1. Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles. 2. Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (...)”. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>

lo plasmado en los artículos 51 2) y 75 del Protocolo Adicional I, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁵³⁰

En los apartados subsiguientes la Misión que relató el Informe señala que los grupos armados palestinos han disparado más de 8000 cohetes contra las poblaciones del sur de Israel, lo que generó un saldo de 3 civiles muertos y aproximadamente 1000 heridos, señalando el alto nivel de trauma psicológico que sufre la población civil de Israel que habita esa zona. El lanzamiento de cohetes también generó daños en casas y vehículos y perjudicó la vida económica y social de las comunidades afectadas. El informe señaló que la capacidad armamentística de los cohetes es reducida y no pueden ser dirigidos hacia objetivos militares concretos, por lo que se han disparado a zonas en que vive población civil. La Misión señala que esto representa un ataque indiscriminado contra la población civil del sur de Israel. En uno de sus puntos el informe concluye que debido a la escasa capacidad militar y armamentística de los grupos armados palestinos para dañar objetivos militares, han buscado propagar el terror en la población civil israelí, lo que representa una violación al derecho internacional.

El Informe fue muy bien recibido en la Comunidad Internacional y particularmente en las distintas organizaciones de derechos humanos. También, fue ampliamente difundido por los sectores de la sociedad civil palestina que denuncian las violaciones a los derechos humanos que comete Israel. Por su parte, las autoridades israelíes se mostraron fuertemente críticas del Informe en general y de la idoneidad del jurista sudafricano. Por otra parte, algunos sectores de la sociedad civil palestina también llamaron la atención respecto al jurista afirmando que tenía vínculos ideológicos y sentimentales con Israel, lo que habría conducido a que los apartados del Informe que refieren a los grupos armados palestinos, especialmente Hamas, sean duramente críticos. En un artículo traducido del portal Rebelión, el activista pro-palestino Omar Barghouti señala que el Informe es demasiado comprensivo con Israel.¹⁵³¹ Para reforzar su posición el autor del artículo cita a Richard Falk, profesor emérito de Derecho Internacional en la Universidad de Princeton y Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos en los Territorios Palestinos Ocupados desde 1967 durante el período 2008-2014, quien en principio tomó con beneplácito la publicación del informe pero señala que es demasiado complaciente con Israel y presenta notables falencias:

Llamativamente [el informe] era más comprensivo con las controversias de Israel que con la hipótesis de que Hamás es culpable de crímenes de guerra por el lanzamiento de proyectiles hacia territorio israelí, de lo que fueron informes anteriores. Y de diferentes maneras el informe Goldstone se desliza de la línea principal hacia la narrativa israelí cuando asume

1530 Conclusiones del Informe Goldstone, pág. 17. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48_ADVANCE2_sp.pdf

1531 “Sobre el Informe Goldstone” de Omar Barghouti. Disponible en: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=126083>

que Israel actuó en legítima defensa contra el adversario terrorista. El informe describe el éxito de alto el fuego con Hamás que llevó la violencia en el sur de Israel hacia niveles mínimos y atribuye la interrupción como resultado del ataque de Israel el 4 de noviembre de 2008, pero de ningún modo se infiere fehacientemente que los ataques israelíes eran otra forma de crimen de agresión internacional. En cambio, el informe centra su crítica sobre el uso excesivo e indiscriminado de la fuerza por parte de Israel (...)

(...) el informe toma como incuestionable la dudosa proposición de que Israel estaba facultado para actuar contra Gaza en defensa propia y, por consiguiente, descartando cualquier investigación como por ejemplo sobre crímenes contra la paz por la agresión lanzada con el ataque. Considerando esto y aún cuando el informe toma en cuenta el alto el fuego temporal que permitió que el lanzamiento de cohetes sobre Israel bajara a cero en los meses precedentes al ataque, el informe evita sacar cualquier conclusión legal que conduzca a incluir en ese contexto la iniciación de la guerra de Gaza. El informe también ignora los repetidos esfuerzos que hizo Hamás para ampliar indefinidamente el alto el fuego y así permitir a Israel levantar el bloqueo ilegal. Israel hizo caso omiso de esos esfuerzos e ignoró las vías diplomáticas disponibles prefiriendo la alternativa de la guerra para asegurarse el control de sus fronteras. Recurrir a la guerra, aún si la excusa de la autodefensa estuviera en concordancia con las leyes internacionales (...) Ignorando la decisión unilateral de Israel de iniciar la guerra, el informe Goldstone implícitamente acepta la dudosa premisa central de la Operación Plomo Fundido, y evita la tarea de llegar a los fines del ataque.

Dejando de lado las discusiones mencionadas anteriormente, el Informe Goldstone representa un antecedente notable en lo que respecta a investigaciones sobre delitos contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, especialmente durante el conflicto armado de 2008 y 2009 en la Franja de Gaza que Israel denominó como “Operación Plomo Fundido”. Es destacable que en sus conclusiones la Misión señaló que la comunidad internacional se ha mantenido casi siempre en silencio y, hasta la fecha, no ha actuado para garantizar la protección de la población civil en la Franja de Gaza y en el territorio palestino ocupado en general.

En coincidencia con las denuncias de las organizaciones de derechos humanos internacionales como Amnesty International o Human Rights Watch y organizaciones defensoras de los derechos humanos del pueblo palestino, el Informe Goldstone también investigó y denunció las violaciones a los Derechos Humanos cometidos en el resto de los territorios palestinos ocupados desde 1967 (Ribera Occidental y Jerusalén Oriental). Las organizaciones palestinas denunciaron que aproximadamente el 70% de los niños palestinos han presenciado o han sido

víctimas de la violencia israelí (Aznárez, 2006:257). También denunciaron la gravedad de las detenciones administrativas por parte de efectivos policiales en los territorios palestinos ocupados, señalando que la ley israelí permite detenciones administrativas por un período de 6 meses para interrogarlo sin necesidad de comenzar un juicio y sin derecho a un abogado. Por otra parte, muchas mujeres palestinas denunciaron haber sido víctimas de violencia sexual por parte de los policías israelíes cuando fueron detenidas (Aznárez, 2006:259-260). También denunciaron torturas y otros tratos crueles inhumanos o degradantes perpetrados por efectivos policiales israelíes a ciudadanos palestinos. De acuerdo a una cifra del Centro palestino de Tratamiento Rehabilitación para las Víctimas de la Tortura, el 40% de la población masculina en Palestina ha sido detenida por efectivos israelíes al menos una vez en su vida (Aznárez, 2006:257). Acertadamente, el Informe Goldstone señaló que los sucesos ocurridos en la Franja de Gaza durante 2008 y 2009 están íntimamente relacionados con la situación de los derechos humanos en la Ribera Occidental. La Misión constató que las fuerzas policiales israelíes reprimieron manifestaciones de ciudadanos palestinos en contra del conflicto armado en Gaza haciendo un uso innecesario y muchas veces letal de la fuerza, usando municiones reales, situación que se dio antes del conflicto armado en Gaza, durante y después. Además, el Informe destacó que desde el inicio de la ocupación 700.000 palestinos fueron detenidos por Israel y que los derechos de los palestinos a las debidas garantías están gravemente limitados. Asimismo, se denunció la detención indiscriminada de niños palestinos en la Ribera Occidental y Gaza. La Misión consideró que esas prácticas han traído consigo violaciones del derecho internacional de derechos humanos y del derecho humanitario, incluida la prohibición de la detención arbitraria; del derecho a igual protección de la ley y a no ser discriminado por motivo de creencias políticas y del derecho a la protección especial de los niños. Sin embargo, es llamativa la ausencia total de menciones a casos de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes o de violencia sexual contra las mujeres en el Informe, considerando que las organizaciones palestinas de derechos humanos han presentado amplias denuncias al respecto.

Por otra parte, la Misión denunció la existencia de un régimen de restricciones de la libertad de circulación en la Ribera Occidental impuesto por Israel a los ciudadanos palestinos, a través de una serie de obstáculos físicos, como cortes de carretera, puestos de control y el Muro, y medidas administrativas, como tarjetas de identidad, permisos, disposiciones de residencia forzosa, leyes sobre la reunificación familiar y políticas sobre el derecho a entrar desde el extranjero y el derecho de los refugiados a regresar. Muchas de las carreteras en la Ribera Occidental son únicamente para israelíes, y los palestinos tienen prohibido su uso. Decenas de miles de palestinos están sujetos actualmente a una prohibición de viajar impuesta por Israel que les impide trasladarse al extranjero.

Resulta necesario hacer una breve mención a la cuestión de los refugiados palestinos. Desde el año 1948 la cifra de refugiados palestinos en el mundo (la mayoría se encuentra en los países vecinos a Palestina, fundamentalmente Jordania,

Líbano, Egipto y Siria) ha aumentado dramáticamente. Actualmente se considera que el número de refugiados palestinos supera los 7.000.000 (Aznárez, 2006:291). En distintas resoluciones de las Naciones Unidas se reconoce el derecho de los refugiados palestinos a regresar a sus tierras, pero Israel se niega sistemáticamente. Asimismo, la situación humanitaria en los territorios palestinos ocupados desde 1967 no garantizan las condiciones apropiadas para que los refugiados palestinos puedan retornar a sus hogares.¹⁵³² Sin lugar a dudas, el drama de los refugiados palestinos es uno de los temas fundamentales del conflicto palestino - israelí y una de las claves para lograr una solución estable y duradera. Además, la negativa de Israel de cumplir con las resoluciones que exigen el retorno de los refugiados a sus hogares representa una flagrante violación al derecho internacional.

Otro elemento que es necesario tener en cuenta, aunque exceda al igual que el punto anterior las finalidades del presente trabajo, es la política de construcción de asentamientos ilegales por parte de Israel en los territorios palestinos ocupados desde 1967. El Informe Goldstone en su apartado sobre la situación en la Ribera Occidental también hace mención a esta situación que también ha sido declarada ilegal por las Naciones Unidas en reiteradas oportunidades, considerando que el objetivo de los mismos es afectar la composición demográfica de los territorios palestinos ocupados lo que también representa una violación al derecho internacional.¹⁵³³

La construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados de la Ribera Occidental, aprobado por el gobierno de Israel en el año 2002, fue objeto de numerosas polémicas por la gravedad que el asunto reviste. El muro tuvo como objetivo dividir los territorios de la Ribera Occidental que fueron invadidos y ocupados por Israel en base a las líneas firmadas en el armisticio de 1949 (Línea Verde) y otros territorios palestinos facilitando la confiscación de tierras palestinas a colonos israelíes, dividiendo los asentamientos israelíes de otras comunidades palestinas. Diversos sectores de la Comunidad Internacional han señalado que la construcción del muro constituye una medida que hace inviable la existencia de un Estado palestino que pueda controlar la zona de la Ribera Occidental. Frente a las controversias surgidas a partir de esta iniciativa, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió consultar a la Corte Internacional de Justicia respecto de las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados desde 1967 en la resolución ES-10/14 del año 2003. Un año más tarde, en Noviembre de 2004, la Corte Internacional de Justicia emitió su opinión consultiva al respecto, donde señala las características que Israel propuso para la construcción del muro:

- Una valla de sensores electrónicos;
- Una zanja de hasta 4 metros de profundidad;
- Una carretera asfaltada de dos carriles para patrullas;

1532 La Resolución 194 de 1948 de la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce el derecho a retornar de los refugiados palestinos y según el Dr. Nureddin Awwad ha sido reiterada en más de 100 oportunidades. Ver: <http://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=31818>.

1533 Resoluciones 446 de 1979, 465 y 478 de 1980 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, entre otras.

- Un camino de arena allanada para detectar huellas, que discurre en paralelo a la valla;
- Seis rollos de alambre de púas apilados para marcar el perímetro de las instalaciones.

Respecto a las consecuencias jurídicas, la opinión de la Corte señaló que es evidente la intención por parte de Israel de incluir dentro de la zona la gran mayoría de los asentamientos israelíes en los territorios palestinos ocupados, lo que está en franca contradicción con el artículo 49 del IV Convenio de Ginebra, donde se dispone que “La Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación ni el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado” y señaló que desde el año 1977 Israel ha planteado una política de establecimiento de asentamientos en el territorio palestino ocupado.¹⁵³⁴ La ilegalidad de estas prácticas fue declarada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en diversas resoluciones.¹⁵³⁵ La Corte llegó a la conclusión de que los asentamientos israelíes en el territorio palestino ocupado (incluida Jerusalén oriental) se han establecido en contravención del derecho internacional. Asimismo, la opinión consultiva señala que de la información presentada a la Corte, en particular del informe del Secretario General, se desprende que la construcción del muro ha conducido a la destrucción o requisita de bienes en condiciones que contravienen lo estipulado en los artículos 46 y 52 de las Reglas de La Haya de 1907 y el artículo 53 del Cuarto Convenio de Ginebra. La Corte también señaló que la construcción del muro y su régimen conexo afecta la libertad de circulación de los habitantes palestinos de los territorios ocupados. También obstaculizan el ejercicio, por parte de las personas afectadas, del derecho al trabajo, la salud, la educación y un nivel de vida adecuado, proclamados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Asimismo, afirmó que no fue posible comprobar que el trazado elegido por Israel tuviera alguna relación con medidas de seguridad como proclamó la delegación israelí frente a la Corte. Finalmente, es importante señalar que la Corte consideró que Israel tiene la obligación de detener de inmediato las obras de construcción del muro en el territorio palestino ocupado.

La opinión consultiva señaló que la construcción del muro en los territorios palestinos ocupados desde 1967 implica a su vez un régimen conexo; este régimen se detalló con mayor precisión en el apartado del Informe Goldstone sobre la situación en la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental. El Informe señaló la existencia de un régimen de restricción de la libertad de circulación, agravado por la construcción del muro y los denominados “check points” o puntos de control a cargo de las fuerzas de seguridad israelíes, que no permiten a los ciudadanos palestinos pasar de un lado del muro a otro. Asimismo, el informe denunció, por ejemplo, la existencia de carreteras que sólo pueden ser utilizadas por ciudadanos israelíes y no por ciudadanos palestinos. Por otra parte, el informe del 2010 elaborado por el entonces Relator Especial de

1534 Opinión Consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados desde 1967, inciso 120.

1535 Resoluciones 452 (1979), de 20 de julio de 1979, y 465 (1980), de 1º de marzo de 1980.

las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, Richard Falk, señaló que las políticas israelíes en la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental derivadas de una ocupación prolongada tienen características de colonialismo y apartheid.¹⁵³⁶ Falk afirmó que esto fue planteado anteriormente por su predecesor en el cargo en el año 2007, John Dugard, frente al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas pero que luego de 3 años las características de apartheid se afianzaron y profundizaron a través de un proceso acumulativo. El término *apartheid* de acuerdo lo dispuesto en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid¹⁵³⁷ y por ser definido en el Estatuto de Roma como un crimen de lesa humanidad¹⁵³⁸ se aplica a situaciones en las que la legislación vigente impone prácticas raciales discriminatorias. El Relator Especial detalló una serie de características del régimen que impone Israel en los territorios ocupados que permitió definirlo bajo ese concepto:¹⁵³⁹

...trato preferencial a los ciudadanos israelíes; leyes y prácticas relativas a los derechos de visita y residencia que impiden que los palestinos residentes en la Ribera Occidental o Gaza reclamen sus propiedades o adquieran la ciudadanía israelí, mientras que los judíos residentes en cualquier parte del mundo y sin nexos previos con Israel pueden visitar el país, residir en él y obtener su ciudadanía en virtud del derecho de retorno; leyes existentes en la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental que establecen diferencias en favor de los colonos judíos, los cuales están sujetos a la legislación civil de Israel y son protegidos por la Constitución, mientras que los residentes palestinos están sujetos a la legislación militar; disposiciones dobles y discriminatorias respecto de la circulación en la Ribera Occidental y los viajes de ida y vuelta a Jerusalén; políticas discriminatorias en materia de propiedad, tenencia y uso de la tierra; grandes limitaciones a la circulación de los palestinos, como la existencia de puestos de control que aplican limitaciones diferentes a los palestinos y a los colonos israelíes e imponen requisitos onerosos de permiso e identificación únicamente a los palestinos; demoliciones punitivas de viviendas; y expulsiones y restricciones de la entrada y salida de las tres partes de los territorios

1536 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967 (2010). A/65/331.

1537 La convención define al apartheid como “actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente. Véase Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid artículo II.

1538 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7.2 h) lo tipifica como “actos inhumanos cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

1539 Más información en: Human Sciences Research Council of South Africa, “Occupation, Colonialism, Apartheid? A re-assessment of Israel’s practices in the occupied Palestinian territories under international law”, Ciudad del Cabo, 2009.

*palestinos ocupados.*¹⁵⁴⁰

Esta situación de Apartheid ha sido denunciada por organizaciones de la sociedad civil palestina a lo largo de los últimos años, y consiguiendo el apoyo de importantes figuras mundiales vinculadas a los derechos humanos y la lucha contra el Apartheid en Sudáfrica como Desmond Tutu.¹⁵⁴¹

2. Bombardeo e invasión Israelí en la Franja de Gaza del 2014

Entre Junio y Agosto de 2014 se desarrolló un nuevo conflicto en la Franja de Gaza, en el cual Israel realizó bombardeos aéreos y una invasión terrestre a la Franja de Gaza. El argumento planteado por Israel fue la necesidad de “impartir justicia” por el secuestro y asesinato de 3 adolescentes israelíes. Luego de 15 días de conflicto, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la resolución S-21-1 del 2014 donde deploró la operación militar israelí que estuvo acompañada de ataques desproporcionados e indiscriminados y traducido en graves violaciones de los derechos humanos de la población civil palestina. Asimismo, la resolución expresó su preocupación por la situación humanitaria en la Franja de Gaza, por los miles de desplazados internos palestinos que generó la agresión militar, por la crisis de acceso a un suministro adecuado y suficiente de agua y de servicios de saneamiento, así como por los daños causados a la infraestructura eléctrica, que hicieron que un 80% de la población tenga acceso a corriente eléctrica durante solo cuatro horas al día.¹⁵⁴² La resolución fue aprobada el 23 de Julio y el conflicto ya se había cobrado más de 650 muertos palestinos, la mayoría de ellos civiles y entre ellos 170 niños y más de 4000 heridos. Asimismo, la resolución condenó toda violencia ejercida contra civiles en el marco del conflicto armado, incluyendo la muerte de 2 civiles israelíes que fueron alcanzados por cohetes lanzados desde la Franja de Gaza. La resolución expresó una clara condena a los ataques israelíes que significaron una violación al derecho internacional humanitario, por los ataques desproporcionados, el asesinato indiscriminado de civiles, la destrucción de infraestructura necesaria para garantizar la supervivencia de la población, entre otros. Finalmente, la resolución planteó enviar una comisión de investigación internacional e independiente para que investigue todas las violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, especialmente en la Franja de Gaza ocupada, en el contexto de las operaciones militares realizadas desde el 13 de junio de 2014.

El 10 de Agosto la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación

1540 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967 (2010). A/65/331.

1541 “Israel is guilty of apartheid in treatment of Palestinians” Desmond Tutu. The Jerusalem Post. 3/10/2014. <http://www.jpost.com/Diplomacy-and-Politics/Desmond-Tutu-Israel-guilty-of-apartheid-in-treatment-of-Palestinians-344874>

1542 HRC-RES-21-1 del 2014.

de Asuntos Humanitarios (OCAH) emitió un informe reportando la situación en la Franja de Gaza, señalando que el número de desplazados internos se elevó a 425.000. Para esa fecha, 1.948 palestinos habían sido asesinados, de los cuales al menos 1.402 eran civiles, 456 eran niños y 237 eran mujeres. Asimismo, para esa fecha, más de 11.000 casas de palestinos habían sido destruidas por los bombardeos. La cifra de palestinos heridos superaba los 9.800. Para la fecha, la cantidad de civiles israelíes asesinados se mantuvo en 3. La planta de energía de Gaza fue destruida por Israel el 29 de julio en un bombardeo. Asimismo, el informe señaló que el agua y los servicios sanitarios fueron afectados severamente.¹⁵⁴³

El Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados del año 2015 señaló que, de acuerdo a las cifras del ACNUDH, durante el conflicto murieron 2.256 palestinos, de los cuales 1.563 eran civiles, incluidos 538 niños. De acuerdo al informe, la alta cantidad de bajas civiles se debió a que Israel bombardeó directamente las viviendas de ciudadanos palestinos en Gaza. Por otra parte, el informe señaló que en el bando israelí murieron 5 civiles y 66 soldados. Asimismo, el Relator Especial señaló que los grupos armados palestinos lanzaron cohetes desde Gaza hacia el sur de Israel. Al respecto, afirmó:

*Sin embargo, la desmesurada disparidad entre el número de muertos de los dos bandos refleja el acusado desequilibrio de poder y las desproporcionadas consecuencias para los civiles palestinos. Cabe preguntarse, pues, si Israel respetó los principios del derecho internacional de distinción, proporcionalidad y precaución.*¹⁵⁴⁴

El Informe denunció la masiva destrucción de casas y edificios civiles, y señaló su preocupación por la destrucción de 25 ambulancias de la Media Luna Roja Palestina. Al finalizar el conflicto, 450.000 palestinos permanecían sin acceso al agua municipal por los daños causados. Por otra parte, el informe manifestó su preocupación por la destrucción de escuelas del OOPS utilizadas como refugios de emergencia, a pesar de que las coordenadas de estos refugios fueron comunicados a las Fuerzas de Defensa de Israel. Estas escuelas fueron bombardeadas al menos en siete ocasiones provocando un saldo de 42 muertos, entre ellos 11 funcionarios del OOPS. Estos ataques constituyeron graves violaciones al derecho internacional.

Israel empleó como justificación de sus actos que los misiles de los grupos palestinos eran lanzados desde edificios civiles. Como menciona el informe del Relator Especial, las Altas Partes Contratantes en el IV Convenio de Ginebra afirmaron en la declaración del 17 de diciembre de 2014 que “ninguna violación del derecho internacional humanitario por cualquiera de las partes en un conflicto podrá eximir a la otra parte de sus propias obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario”.

1543 OCHA. Occupied Palestinian Territory: Gaza Emergency Situation Report (As of 10 August 2014 0800 hrs).

1544 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967 (2015).

El 19 de julio, el hospital Shuhada al-Aqsa, ubicado en el centro de Gaza, fue alcanzado por varios proyectiles disparados desde tanques. Según parece, ese ataque causó la muerte a 1 paciente, a 1 miembro de enfermería y a 3 miembros del personal médico y destruyó los quirófanos, lo que afectó gravemente su capacidad para atender a los pacientes.

El informe concluye que las prácticas militares israelíes constituyeron graves violaciones al derecho internacional humanitario y que sus principios no fueron respetados.

3. Informe anual sobre las Actividades de Examen Preliminar

En la publicación del informe anual sobre las Actividades de Examen Preliminar del corriente año se incorporó por primera vez la situación de los territorios palestinos ocupados con Palestina como Estado miembro. El primer informe de la Oficina del Fiscal realizó una breve contextualización histórica de la situación. Respecto a la situación de la Franja de Gaza, señaló que

(...) Israel declaró que Hamas convirtió Gaza en un 'territorio hostil' y tomó sanciones contra Hamas, imponiendo restricciones al pasaje de ciertos bienes a Gaza y el movimiento de personas desde y hacia Gaza. En Enero de 2009, Israel también impuso un bloqueo naval a la Franja de Gaza (...). Dos grandes operaciones militares fueron lanzadas en Gaza por Israel en 2008 y 2012.¹⁵⁴⁵

Luego el informe mencionó que a pesar de los ceses al fuego ocasionales, Hamas continúa lanzando misiles e Israel continúa con sus incursiones militares en Gaza. Asimismo, el informe refiere brevemente al enfrentamiento militar ocurrido en Julio y Agosto de 2014 para luego proseguir la contextualización con una breve referencia a la situación en la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental, solamente mencionando que a partir de los Acuerdos de Oslo la Autoridad Nacional Palestina ha adquirido mayores responsabilidades administrativas en el territorio. Además, afirma que aún no se han resuelto las diferencias entre las partes respecto al tema agua, seguridad, fronteras, control de Jerusalén, asentamientos israelíes y libertad de movimiento de los palestinos.

Respecto a los presuntos crímenes cometidos, el informe se basó en los reportes disponibles de forma pública y la información recibida. Aclara que las subsiguientes descripciones se hicieron sin perjuicio a la identificación de otros crímenes que pueden ser identificados por la Oficina a lo largo de las investigaciones. También, el informe señaló que presuntamente ambas partes han cometido crímenes. En primer lugar se mencionaron los crímenes cometidos por los grupos armados palestinos, acusados de haber lanzado de forma indiscriminada 4881 misiles y 1753 morteros hacia Israel, lo que provocó la muerte de 6 civiles, incluyendo 1 niño. El

¹⁵⁴⁵ Informe Anual sobre las Actividades de Examen Preliminar. Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, 2015.

informe señaló que los misiles parecen haberse lanzado desde edificios civiles, aunque el Informe del Relator Especial (año 2015) señaló que nunca se pudo comprobar esta versión apuntada por Israel. Finalmente, se afirma que más de 20 ciudadanos palestinos fueron ejecutados por haber colaborado con Israel. Respecto al bando israelí, se mencionó que los ataques de las FDI fueron lanzados directamente contra la población civil, infraestructura de las Naciones Unidas, hospitales, paramédicos, ambulancias, y más incluyendo ataques indiscriminados en barrios densamente poblados por civiles. Se hizo mención a los informes de la OCHA, que refieren a la utilización de artillería pesada contra el barrio Ash Shuja'iyyeh y se mencionan ataques contra otros barrios y localidades en Gaza donde se produjeron cientos de víctimas fatales. El informe no mencionó los ataques realizados contra las escuelas del OOPS que eran utilizados como centros de refugiados de emergencia, donde funcionarios de las Naciones Unidas perdieron la vida. Respecto a los presuntos crímenes cometidos en la Ribera Occidental y Jerusalén Oriental, se mencionó la construcción de asentamientos israelíes de forma deliberada e impulsada por los gobiernos israelíes desde 1967. El informe mencionó la destrucción de casas de ciudadanos palestinos y la consecuente movilización de esos ciudadanos. Asimismo, el informe hizo referencia a los malos tratos que reciben los ciudadanos palestinos arrestados, detenidos y enjuiciados por las cortes militares de Israel. Además, señaló la existencia de malos tratos sistemáticos e institucionalizados contra los ciudadanos palestinos, incluyendo niños, cuando son detenidos.

4. Los desafíos de la Corte frente al caso palestino: conclusiones y preguntas abiertas

Sin lugar a dudas, uno de los primeros desafíos que debió enfrentar la Corte, y que seguramente deberá seguir enfrentando, es la difícil relación con el Estado de Israel que está poco predispuesto a la colaboración. Si bien Israel decidió abrir el diálogo con la Corte, las autoridades israelíes manifestaron su amplio desacuerdo cuando Palestina ratificó el Estatuto de Roma.¹⁵⁴⁶ Asimismo, es necesario considerar que Israel no es parte de la Corte Penal Internacional ni del Estatuto de Roma.

La Corte deberá enfrentarse a una larga historia de violaciones a los derechos humanos, al derecho internacional humanitario y crímenes de guerra. Durante las operaciones militares del 2008, 2012 y 2014 en Gaza, Israel violó sistemáticamente las normas establecidas por el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por su parte, los grupos armados palestinos con escasa capacidad armamentística y nula capacidad para alcanzar objetivos militares israelíes, han bombardeado de forma indiscriminada las ciudades del sur de Israel aunque con escasa efectividad. Esto queda demostrado, como lo señala el Relator Especial sobre la situación de los DDHH en los territorios palestinos ocupados en su informe del 2015, en la amplia disparidad de bajas civiles y militares de ambos

1546 <http://www.haaretz.com/israel-news/.premium-1.665172>

bandos. En el último conflicto, las bajas civiles israelíes fueron 6 y las palestinas superaron las 1.000 y llegaron a un total de 2.000, por lo que queda a las claras que Israel no ha respetado el principio de proporcionalidad en sus operaciones militares. De todas formas, esto no es mencionado en el informe anual sobre Actividades de Examen Preliminar que respecto al conflicto en Gaza parece establecer *a priori* igual responsabilidad para ambas partes al considerar que “ambas partes presuntamente cometieron crímenes de guerra durante el conflicto de 51 días” sin establecer ninguna salvedad al respecto. Asimismo, es importante señalar que el principio de proporcionalidad tampoco fue respetado por Israel al lanzar la Operación Margen Protector, puesto que se buscó dar respuesta al asesinato de 3 civiles israelíes con una operación militar que dejó un saldo de 2000 muertos palestinos. Esta cuestión deja preguntas abiertas que aún no fueron consideradas por el Fiscal de la Corte Penal Internacional: ¿Puede considerarse el asesinato de 3 civiles como un acto de guerra? ¿O debe ser considerado como un delito grave y por lo tanto aplicarse el derecho interno de los Estados? Esta cuestión es fundamental para definir si Israel cometió o no un “crimen de agresión”, de acuerdo a lo establecido por el Estatuto de Roma, al lanzar dicha Operación. Sin embargo, esta posibilidad aún no es considerada por el Fiscal.

Los diez años de bloqueo israelí, sumados a la restricción de acceso a ciertas zonas en la frontera impuesta a menudo con un uso de la fuerza excesivo por las Fuerzas de Defensa de Israel, obligan a los palestinos que residen en Gaza a vivir en un estado permanente de crisis humanitaria. Esta situación es brevemente mencionada en el primer informe del Fiscal de la Corte Penal Internacional, afirmando que Israel “tomó sanciones contra Hamas” cuando en realidad Israel impuso un bloqueo total por mar y tierra contra el conjunto de la población civil palestina que reside en Gaza, lo que representa un castigo colectivo contra el pueblo y por lo tanto resulta una grave violación al derecho internacional humanitario. De hecho esta situación es mencionada en la contextualización del conflicto pero no es considerada en la sección que refiere a los presuntos crímenes cometidos. Tampoco hace ninguna mención al Informe Goldstone y las consecuencias humanitarias que allí se denuncian producto de la agresión militar israelí en Gaza durante el 2008 y 2009. Asimismo se omite referencia alguna a la resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Palestina o a algún informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967.

El informe de la CPI hace referencia a la situación de la Ribera Occidental, los asentamientos israelíes y la destrucción de hogares palestinos por parte de Israel pero no se menciona en ningún momento que los asentamientos israelíes fueron declarados ilegales por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Tampoco se hace referencia de ningún tipo a construcción de un muro que fue considerado ilegal por la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia. Por otra parte, no hay referencias concretas a la situación de colonialidad y apartheid denunciada

a partir de 2007 por el Relator Especial sobre la situación de los DDHH en los territorios palestinos ocupados desde 1967 y que fue reforzado en el informe del Relator Especial del año 2010.

Sin lugar a dudas, el caso Palestina - Israel resulta absolutamente novedoso para la Corte y deberá seguir enfrentando numerosos desafíos a medida que las investigaciones avancen. El caso palestino es uno de los conflictos dramáticos de la humanidad por la cantidad de civiles que se han visto afectados y que aún no ha hallado una solución estable y duradera. Por el contrario, la situación parece agravarse cada vez más y la solución no se vislumbra. En los últimos meses, la violencia en los territorios palestinos ocupados ha crecido y el hartazgo de los ciudadanos palestinos que viven en condiciones humanitarias deplorables es indisimulable. Por lo cual, el mayor desafío de la Corte radica en poder impartir justicia por los crímenes cometidos considerando las altas expectativas de los sectores de la Comunidad Internacional y del pueblo palestino que esperan que el proceso de justicia pueda servir para avanzar hacia una solución definitiva del conflicto. La incorporación de Palestina en los informes sobre actividades de examen preliminar resulta un avance importante para poder poner fin a la situación de impunidad que hoy se vive en la zona. Las investigaciones están en sus primeros pasos por lo que resulta comprensible que sean amplios los elementos que aún no han sido considerados. Sin embargo, como se mencionó, los primeros avances sugieren elementos que deben ser tomados con precaución puesto que las advertencias que en su momento señaló Richard Falk sobre el Informe Goldstone parecen volver a hacerse presentes.

5. Bibliografía

Bibliografía crítica

- AZNÁREZ, C. (2006) *Una nación un pueblo*. 1a ed. Ediciones Madres de Plaza de Mayo. Buenos Aires.
- BUIS, E. J. Y GIOSA, L. M. (2013) *Derecho internacional y conflictos armados. Aportes para una comprensión histórica, normativa y práctica*, Buenos Aires.
- GÓMEZ GARCÍA, L. (2014) *BDS por Palestina*. Buenos Aires.
- IBARLUCÍA, M. (2012) *Israel, Estado de Conquista*, Buenos Aires.

¿Es posible la comisión de crímenes de lesa humanidad en contextos democráticos? A propósito de la sentencia en el caso “Capilla del Rosario”

ROMINA E. PEZZOT¹⁵⁴⁷

Universidad de Buenos Aires

El interrogante que titula la presente ponencia resultó ser la pregunta que me hice luego de la lectura de las resoluciones dictadas por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca y la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en el caso conocido como “Capilla del Rosario”.

Para quienes no están al tanto, los hechos del mencionado caso tuvieron lugar el 11 y 12 de agosto de 1974 en la provincia de Catamarca. El día 11, en horas de la noche, la policía provincial recibió un llamado alertando sobre la presencia de personas con actitud sospechosa junto a un ómnibus estacionado en una zona cercana a la capital de esa provincia, circunstancia que originó que se trasladaran hasta allí. Una vez en el lugar, la patrulla policial exhortó a los pasajeros a descender del colectivo, sin embargo éstos abrieron fuego, y producto de ese intercambio de disparos dos de las personas que estaban en el ómnibus fallecieron y dos policías resultaron heridos. Asimismo, ese episodio generó que los demás pasajeros se dispersaran y si bien la mayoría de ellos fueron luego aprehendidos hubo un pequeño grupo de aproximadamente dieciséis personas armadas que se internaron en la zona aledaña conocida como lomada de Capilla del Rosario, guareciéndose allí.

Aclaro que con posterioridad se tomó conocimiento que los individuos que viajaban en ese autobús eran en total cuarenta y cuatro, que eran integrantes de la agrupación armada no oficial denominada “Ejército Revolucionario del Pueblo” (ERP), y que se habían trasladado desde la ciudad de Tucumán hacia Catamarca para tomar el Regimiento de Infantería Aerotransportado Nro. 17 del Ejército, con el propósito de obtener armas.

Al día siguiente, el 12 de agosto, todas las fuerzas de seguridad –compuestas por la policía provincial y federal junto con efectivos del Regimiento de Infantería Aerotransportado Nro. 17 del Ejército–, se trasladaron al lugar donde presuntamente

1547 Abogada UBA. Profesora Adjunta (Int.) de Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional Humanitario (grado) en la Facultad de Derecho de la UBA. Jefe de Trabajos Prácticos regular de Derecho Internacional Público (grado) en la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro del Poder Judicial de la Nación. La presente ponencia se basa en el siguiente trabajo de mi autoría: “Crímenes de lesa humanidad: Reflexiones acerca de su posible comisión durante gobiernos constitucionales”, publicado en *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo X, Editorial Hammurabi, 2017, pp. 171-232, en el que realicé un análisis más extenso sobre el tema.

se encontraban esas dieciséis personas, y con el propósito de localizarlas y neutralizarlas fue que organizaron un operativo rastrillo (bajo el mando del Ejército), que logró avistarlas. Luego de resistir un tiempo prudencial, dichos individuos se rindieron ante los efectivos militares. Se presume que una vez detenidos y estando ya desarmados y sin posibilidad de resistencia alguna, habrían sido abatidos y/o ejecutados con ráfagas sostenidas de disparos provenientes a repetición por parte de las fuerzas intervinientes.

En ese episodio, habrían intervenido los miembros del Ejército: Carlos Eduardo Del Valle CARRIZO SALVADORES (con grado de capitán, estuvo a cargo del operativo), Mario NAGAKAMA (con grado de subteniente, estuvo en el helicóptero que ubicó a los fugitivos y co-dirigió el operativo) y Jorge Exequiel ACOSTA (con grado de teniente primero, co-dirigió el operativo en tierra). Los nombrados, en tanto responsables de implementar las medidas y de dar órdenes a personal subordinado para llevar adelante el procedimiento que culminó con la muerte de los dieciséis integrantes del citado grupo, fueron condenados por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca por la comisión de crímenes de lesa humanidad de carácter imprescriptibles.¹⁵⁴⁸ Sin embargo, ese encuadre jurídico no fue compartido por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, instancia que –como consecuencia de los recursos interpuestos– anuló la sentencia condenatoria dictada y los absolvió de culpa y cargo, disponiendo su inmediata libertad.¹⁵⁴⁹

Con el propósito de exponer resumidamente los principales argumentos de los dos fallos citados (que permitieron encuadrar los hechos como crímenes de lesa humanidad, o bien descartar tal figura penal), imaginemos por un momento que durante el mencionado operativo de las fuerzas del Estado se obtuvieron fotografías y una de ellas es usada para ser subida a una cuenta de “*Instagram*”. Como Uds. saben, esa *app* cuenta con la opción de aplicar filtros a las fotos. Supongamos que además de los ya conocidos filtros “Moon”, “Juno” o “X-Pro II” –entre muchos otros disponibles en ese programa–, hay dos nuevos denominados “TOF Catamarca” y “Sala III C.C.P.”.

1548 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, “Mirtha Clerici y otros s/ solicita medidas procesales (N° 4148/04)” (expediente Nro. 16/2012), Sentencia Nro. 146 de fecha 08 de octubre de 2013.

1549 Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, “Carrizo Salvadores, Carlos y otros s/ recurso de casación” (expediente Nro. 16/2012/CFC1), Resolución Nro. 740/16 de fecha 09 de junio de 2016. A la fecha, no se encuentra firme esa decisión ante la interposición de un recurso extraordinario federal por el representante del Ministerio Público Fiscal, que puede ser consultado en: <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/06/Rex-Masacre-Capilla-del-Rosario.pdf> [Consulta: 14/10/2017].



Si se opta por emplear el filtro “TOF Catamarca”, ello implicará concebir a tales hechos como crímenes de lesa humanidad de carácter imprescriptibles. En efecto, esa es la conclusión a la cual arribó el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, luego de analizar los elementos probatorios reunidos en el expediente así como también el contexto político-normativo argentino en el cual se circunscribieron los hechos denunciados y atribuidos a CARRIZO SALVADORES, NAGAKAMA y ACOSTA. En este sentido, ese Tribunal Oral tuvo en cuenta y evaluó las normas jurídicas –y prácticas de las fuerzas armadas– adoptadas durante gobiernos *de facto* así como también constitucionales, con anterioridad al 24 de marzo de 1976, inspiradas en la doctrina de “seguridad nacional” que –a criterio de esa magistratura– implicaron tanto un deterioro de las garantías constitucionales de un sector de la población argentina –identificado como enemigo por razones políticas–, como un incremento de la autodeterminación de las fuerzas de seguridad –especialmente militares– en la denominada lucha contra la “subversión”, cuyo objetivo era su eliminación por razones de seguridad.

Así, el Tribunal Oral interpretó que existió un contexto represivo estatal global en la Argentina –en los años previos a la instauración del denominado

“Proceso de Reorganización Nacional”– vigente durante gobiernos de *facto* y constitucionales, consistente en un *plan sistemático* de aniquilamiento de los enemigos políticos “subversivos”, lo cual era violatorio del derecho de gentes oponible al Estado argentino –a través del artículo 118 de la Constitución Nacional–. Como consecuencia de ese contexto represivo estatal y sobre la base del material probatorio colectado, después de calificar los hechos objeto de ese proceso como crímenes de lesa humanidad (previa verificación de sus respectivos elementos de contexto), condenó a CARRIZO SALVADORES, NAGAKAMA y ACOSTA a la pena de prisión perpetua (con más inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas), por considerarlos coautores penalmente responsables de la comisión del delito de homicidio doblemente agravado por ser con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas –catorce hechos– en concurso real, previsto y penado en los artículos 80 (incisos 2 y 4 –actual 6–), 45 y 55 del Código Penal (ley Nro. 11.179, ley fe de errata Nro. 11.221 y ley Nro. 20.262, vigentes al tiempo de la comisión de los hechos), en perjuicio de Mario Héctor Lescano, Juan Olivera, Héctor Moreno, Rogelio Gutiérrez, José María Molina, Luis Santiago Billinger, Carlos María Anabia, Raúl Eduardo Sainz, Juan Carlos Lescano, Luis Roque Pérez, Silverio Pedro Orbando, Roberto Domingo Jerez, Rutilio Dardo Betancour Roth, Alberto Rosalez y Hugo Enrique Caccivilliani Caligari.

Si, por el contrario, se opta por aplicar a la fotografía del operativo el filtro “Sala III C.C.P?”, se tendrá una visión distinta de los hechos ocurridos y reflejados en ella. Así, al tener que resolver los recursos de casación interpuestos por los condenados, la mayoría de los integrantes de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal (integrada por el voto de los Dres. Eduardo Rafael RIGGI y Liliana Elena CATUCCI) consideraron que los hechos que constituían el objeto procesal del expediente no podían ser calificados como constitutivos de crímenes de lesa humanidad.

El DR. RIGGI, por su parte, opinó que las conductas investigadas no se ajustaban a las consideraciones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había seguido sobre el particular, en concreto en los casos “ARANCIBIA CLAVEL”, “SIMÓN” y “MAZZEO”, en los que se habían trazado las directrices interpretativas y las consecuencias jurídicas que correspondía asignarle a esa categoría de ilícitos, las que no se encontraban presentes en esos obrados.

Si bien dicho magistrado no desconoció que para la fecha de los hechos materia de estudio, existía un claro y evidente clima de violencia política (donde distintas agrupaciones o bandas perpetraban crímenes y atentados, y como contrapartida probables excesos en la forma de enfrentar y reprimir dichas conductas por las fuerzas de seguridad), consideró que se carecían de los elementos objetivos que permitieran aseverar que el obrar de las fuerzas de seguridad obedeció a un plan sistemático y generalizado de ataque contra la población civil, dado que además –destacó– en ese entonces estaba debidamente instalado un gobierno elegido por más del 60 por ciento de los votos del padrón electoral.

En efecto, interpretó que no podía sostenerse que la represión del intento de

copamiento del Regimiento de Infantería Aerotransportado Nro. 17 del Ejército por parte del “ERP”, constituía un ataque sistemático y generalizado contra la población civil, debido a que siquiera podía hablarse de un “ataque” de las fuerzas armadas, sino más bien de un acto de defensa de los poderes constitucionales vigentes de la Nación como de la provincia de Catamarca.

Señaló que, incluso, la intervención del personal del Ejército había sido adoptada por orden de los gobiernos constitucionales provincial y nacional, es decir, de las autoridades legítimas elegidas por el voto popular, que así habían decidido proceder cuando se producían hechos de esa naturaleza, esto es, ataques de bandas que excedían los delitos comunes y que podían poner en peligro el orden institucional y democrático vigente. En suma, las autoridades democráticas habían sido quienes optaron por darle intervención al Ejército, en el marco de un Estado democrático de derecho.

En idéntica línea de interpretación, la DRA. CATUCCI (luego de considerar que el “ERP” no era una facción civil rebelde sino una bien pertrechada, adiestrada y disciplinada a modo militar, con objetivos determinados a combatir fuerzas estatales durante un período constitucional) concluyó que el accionar había sido ordenado por la presidente a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, a las fuerzas armadas bajo su comandancia (artículo 86, inc. 15 de la Constitución Nacional de esa época), y operado por los integrantes del Ejército en auxilio de fuerzas en inferioridad de condiciones, que no había respondido a un preordenamiento planificado; y que esa orden de colaboración había sido para ese caso concreto y no en forma general.

De esta manera, los DRES. RIGGI y CATUCCI realizaron una valoración de los hechos del caso desde una óptica que los concibió como un acto singular y desvinculado de cualquier planificación previa por parte de las fuerzas del Estado, al haber intervenido éstas bajo las órdenes de los poderes ejecutivos –nacional y provincial– legalmente constituidos.

Así, ese voto mayoritario hizo lugar a los recursos de casación interpuestos, anuló la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal de Catamarca, y absolvió de culpa y cargo a CARRIZO SALVADORES, NAGAKAMA y ACOSTA.

Como puede apreciarse, los dos “filtros” que se pueden aplicar a la fotografía que reflejaría los hechos denunciados, simbolizan una interpretación y una concepción distinta de los mismos, y el “efecto” del uso de uno u otro filtro resulta ser arribar a conclusiones o soluciones antagónicas como es encuadrar jurídicamente (o no) ese suceso fáctico como constitutivo de crímenes de lesa humanidad y, en consecuencia, condenar o absolver a los presuntos responsables.

Así, el Tribunal Oral Federal de Catamarca lo concibió como un acontecimiento que tuvo lugar dentro de un contexto represivo estatal; mientras que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal consideró que se trató de un hecho aislado ocurrido en un entorno democrático y en defensa de las instituciones de la República. Es precisamente este último aspecto, el que origina el interrogante de esta ponencia: ¿es posible la comisión de crímenes de lesa humanidad en contextos democráticos?

¿La existencia de un gobierno constitucional es un argumento válido para descartar que un hecho sea encuadrado jurídicamente como crimen de lesa humanidad? Es decir ¿la vigencia de un gobierno *de iure* es un filtro válido para analizar los elementos de contexto de los crímenes de lesa humanidad?

La respuesta a tales interrogantes, y al título de esta ponencia, puede ser encontrada: a) en las fuentes materiales que originaron la tipificación de los crímenes de lesa humanidad; b) en la estrecha relación de éstos crímenes con el derecho internacional de los derechos humanos; y c) en los elementos de contexto de los crímenes de lesa humanidad.

1. Las fuentes materiales de los crímenes de lesa humanidad

Cuando uno menciona a las fuentes materiales de una norma jurídica, se refiere a las razones o causas que dan motivo a su creación.¹⁵⁵⁰ En el caso de los crímenes de lesa humanidad, la Segunda Guerra Mundial fue un acontecimiento histórico significativo y, en particular, las políticas internas adoptadas por el Tercer Reich Alemán respecto de su propia población civil¹⁵⁵¹ resultaron decisivas en el reconocimiento internacional de los derechos humanos del individuo (a través de la Carta de las Naciones Unidas –artículo 1.3–), así como en la decisión de los Aliados de juzgar y sancionar a los presuntos responsables de cometer crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes contra la paz durante esa Segunda Gran Guerra.

Los tres crímenes de competencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, tienen en común que fueron la manifestación o el producto de políticas o de acciones del Estado –a través de sus órganos dirigidos por individuos– que implicaron un exceso o abuso del ejercicio del poder detentado, por ejemplo, en detrimento de la población civil bajo su jurisdicción en el caso de los crímenes de lesa humanidad.¹⁵⁵² El juzgamiento de aquellas personas que presuntamente habrían

1550 PODESTA COSTA Y RUDA (1979:12). Ver también GONZÁLEZ NAPOLITANO (2015: 75).

1551 Es dable recordar las sucesivas normas jurídicas discriminatorias contra los judíos adoptadas por el Estado Alemán a partir de 1933 en adelante, año en que democráticamente Adolf Hitler fue nombrado Canciller (jefe de gobierno), a través de las cuales: se definió quién era considerado judío, se les negó la nacionalidad alemana, se los excluyó de cargos en la administración pública, se les prohibió casarse con personas de sangre alemana o afín, se les impidió atender pacientes no judíos, se les prohibió el ejercicio de la profesión de abogados, fueron expulsados de las escuelas públicas, se les prohibió el ingreso a museos y parques públicos, entre muchas otras, además de los boicots implementados contra los comercios judíos así como también el ataque que tuvo lugar en 1938 conocido como la “Noche de los cristales rotos”. Asimismo, cabe mencionar la persecución sufrida tanto por opositores políticos (tales como comunistas, socialistas, social-demócratas y sindicalistas) quienes fueron ejecutados o enviados a campos de concentración, como por los gitanos (considerados inferiores racialmente y trasladados a campos de exterminio), las personas con discapacidades (calificadas como inútiles y sometidas a eutanasia), los Testigos de Jehová, y los homosexuales, entre otros.

1552 BASSIOUNI, CHERIFF (2011: 5).

cometido éstos últimos, implicó en aquel entonces, y también en la actualidad, desafiar o poner bajo tela de juicio una materia típicamente soberana como es la manera en que un Estado trata a su propia población civil, en tanto elemento constitutivo de un ente estatal como tal.¹⁵⁵³

De esta manera, en la construcción del orden jurídico-político de la posguerra el trato dispensado por un Estado a sus nacionales y, en general, a todas las personas bajo su jurisdicción *se convirtió definitivamente en una cuestión internacional*, en primer lugar, al establecerse como uno de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas “el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de sexo, raza, idioma o religión” (artículo 1.3 de la Carta),¹⁵⁵⁴ lo cual implicó reconocer que el individuo es sujeto de derecho internacional, y en segundo lugar al tipificarse –por fuentes creadoras internacionales– que los ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil que afectan gravemente derechos humanos fundamentales son crímenes de lesa humanidad.

2. El derecho internacional de los derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad

Como puede observarse, no es casual que haya tenido lugar en el mismo momento histórico el “nacimiento” del derecho internacional de los derechos humanos y la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, circunstancia que a su vez se encuentra reflejada en la estrecha relación entre esa rama del derecho internacional público y esa categoría de crímenes internacionales. Ello, puesto que determinadas violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos, cuando tienen lugar a través de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, han sido tipificadas como crímenes de lesa humanidad por el derecho internacional penal.¹⁵⁵⁵

No está de más recordar que el vínculo existente entre un Estado y los individuos bajo su jurisdicción, es el objeto de regulación del derecho internacional de los derechos humanos que protege la dignidad del individuo de los excesos de poder del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre, a la par que promueve la acción estadual hacia el desarrollo de quienes habitan ese territorio.¹⁵⁵⁶ La noción de

1553 En relación a lo expuesto, la Convención de Montevideo de 1933 sobre los Derechos y Deberes de los Estados, en su artículo 1º establece que el Estado como persona de derecho internacional debe reunir los siguientes requisitos: a) Población permanente; b) Territorio determinado; c) Gobierno; y d) Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados.

1554 PINTO (2004: 91).

1555 Ver GUTIERREZ POSSE (2006: 133); y CASSESE (2008: 99).

1556 GUTIERREZ POSSE (2006: 133). Buergenthal explica que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos son los principales pilares sobre los que se estructura el derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo, en virtud de los cuales los Estados miembros de esa Organización asumieron ciertas obligaciones internacionales en la materia,

“derechos humanos” –de acuerdo con PINTO– conlleva implícita la relación Estado-individuo, en la que el último es el titular de los derechos protegidos mientras que el primero es su garante, por lo que toda acción u omisión de la autoridad pública atribuible al Estado comprometerá su responsabilidad internacional, por cierto que de naturaleza civil.¹⁵⁵⁷

Al respecto, cabe tener presente que el Estado en tanto persona jurídica actúa a través de sus órganos, dirigidos a su vez por individuos que revisten la calidad de funcionarios públicos o agentes, y cuyos actos ejecutados en tal carácter son atribuibles, en consecuencia, al sujeto “Estado”.

Así, si el Estado falla en su rol de garante de los derechos humanos de los sujetos bajo su jurisdicción incurrirá en responsabilidad internacional por hechos ilícitos (al infringir una obligación vigente a su cargo),¹⁵⁵⁸ y si además ese incumplimiento consistió en un ataque generalizado o sistemático contra su población civil, los agentes de ese Estado implicados en la planificación y ejecución de tales hechos deberán responder penalmente a título individual por sus propios actos.

En este sentido, es importante traer a colación las reglas de atribución de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que poseen naturaleza consuetudinaria y fueron codificadas en el “Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” elaborado por la Comisión de Derecho Internacional.¹⁵⁵⁹ Según dicho “Proyecto de Artículos”, hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional (elemento subjetivo o atribución); y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado (elemento objetivo o material) que se encuentre vigente para él (artículos 2 y 13).

En cuanto a la atribución de una conducta de un órgano al Estado, existen dos principios vinculados con la subjetividad del Estado: a) el principio de unidad: implica que el Estado en tanto soberano puede decidir libremente cómo será su organización administrativa interna, siendo irrelevante esa cuestión para el derecho internacional público, toda vez que siempre que un órgano o funcionario ejerza prerrogativas de poder público, puede comprometer su responsabilidad aún cuando actúe “ultra vires”;¹⁵⁶⁰ y b) el principio de identidad: vinculado con la naturaleza de los gobiernos que impidieron que en lo sucesivo invocaran que eran asuntos domésticos o internos ajenos al contralor internacional; BUERGENTHAL “Human Rights” (2012: párr. 8).

1557 PINTO (1997: 10-11).

1558 Es un principio general de derecho que toda violación del derecho internacional genera la responsabilidad internacional del Estado y en consecuencia su obligación de reparar, ver DIEZ DE VELAZCO (1999: 823-824 y 827).

1559 Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos” (en adelante “Proyecto de Artículos”), adoptado en su 53º período de sesiones y anexo por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83 del 12/12/2001 (DOC. A/RES/56/83).

1560 En el comentario al mencionado “Proyecto de Artículos”, la Comisión de Derecho Internacional señaló que la referencia a un “órgano del Estado” tiene un sentido general y que no se limita

que ejercen el poder público, esto es los denominados gobiernos *de iure* o *de facto*. En efecto, este principio significa que “la implantación de un gobierno de facto no quebranta la unidad político-jurídica del Estado en el espacio. (...) La continuidad del Estado se mantiene en el tiempo porque ...la personalidad jurídica del Estado es independiente de los cambios que se produzcan en su régimen político”.¹⁵⁶¹ Esto implica que todo gobierno de un Estado, sea *de iure* o *de facto*, representa a ese sujeto y compromete su responsabilidad internacional.

De lo expuesto puede apreciarse que un Estado soberano, en tanto garante de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción interna, puede incurrir en responsabilidad internacional –de naturaleza civil– si vulnera tales prerrogativas y libertades fundamentales del individuo, ya sea por acción u omisión a través de cualquiera de sus órganos que hayan actuado ejerciendo prerrogativas de poder público,¹⁵⁶² resultando indiferente para el derecho internacional público si esa conducta tuvo lugar en el contexto de un gobierno *de facto* o *de iure* de ese Estado. Además, si ese hecho consistió en una violación grave de derechos humanos fundamentales a través de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil, los agentes o funcionarios públicos involucrados en esas conductas prohibidas –y que lo hicieron con conocimiento de dicho ataque– habrán incurrido en responsabilidad internacional penal por la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad, debiendo responder por ello a título individual. A fin de cuentas, y tal como lo señaló el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg en el famoso fragmento de su sentencia: “Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres y no por entidades legales abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometieron tales crímenes, pueden hacerse efectivas las disposiciones del derecho internacional”.¹⁵⁶³

a los órganos de la administración central, ni a los funcionarios de nivel superior ni a las personas encargadas de las relaciones exteriores del Estado, sino que se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan cualesquiera funciones y a cualquier nivel de jerarquía, incluso a nivel provincial o local; no distinguiendo en consecuencia en órganos ejecutivos, legislativos o judiciales, y tampoco se hace distinción alguna entre los hechos de funcionarios “superiores” o “subordinados”. Comisión de Derecho Internacional, “Comentarios al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, aprobado en su 53° período de sesiones, Ginebra, 2001, ver comentario a los artículos 4 (párr. 5, 6 y 7) y 7, disponible en www.legal.un.org/ilc/ [Consulta: 16/10/2017].

1561 PODESTA COSTA Y RUDA (1979: 155), quienes además interpretan que la existencia del Estado es independiente de las transformaciones que operan con el tiempo en cualquiera de los elementos que lo constituyen: población, territorio y gobierno; es decir, el Estado perdura invariable no obstante las alteraciones que experimenten sus componentes individuales dado que la identidad del Estado es una característica inherente a su modo de ser, cf. p. 123. Ver también SHAW (2003: 379).

1562 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que: “Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, párr. 172.

1563 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Sentencia, 01/10/1946, Nuremberg, 1947, vol. I, p. 223 (traducción libre), que también puede ser consultada en AJIL, vol. 41 (1947), p. 172. En el mencionado pasaje de la sentencia también se encuentran presen-

3. Los elementos de contexto de los crímenes de lesa humanidad

Ya hemos mencionado brevemente cuál ha sido el origen de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad y la relación de éstos con el derecho internacional de los derechos humanos. Resta entonces analizar cuáles son los elementos de esta categoría de crímenes internacionales, en virtud del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante Estatuto de la CPI o de Roma),¹⁵⁶⁴ norma jurídica tomada como referencia por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca y la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en sus respectivas resoluciones.

Quisiera señalar que el mencionado artículo 7 del Estatuto establece una definición general que capta la esencia de los crímenes de lesa humanidad, y además los actos allí enumerados como tales –así como sus respectivas definiciones–, concuerdan con su concepción tradicional bajo la costumbre internacional,¹⁵⁶⁵ aunque también parte de su contenido implica un desarrollo progresivo en la materia.¹⁵⁶⁶

Así, en el párrafo introductorio o *chapeau* del artículo 7 del Estatuto se establece el contexto particular en el que los actos allí enumerados deben tener lugar para ser considerados un crimen de lesa humanidad: deben ser cometidos *como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil*; de lo contrario se tratarían de delitos comunes propios de las jurisdicciones penales domésticas de los Estados. Y en cuanto a la *mens rea*, se exige que el perpetrador haya tenido *conocimiento de dicho ataque*. Tales requisitos adicionales que moldean a los elementos objetivo y subjetivo de ese ilícito internacional han sido denominados como *elemento contextual* o *de contexto* y se encuentran desarrollados en los Elementos de los Crímenes.¹⁵⁶⁷

A los fines de dilucidar el interrogante planteado, resulta suficiente analizar sólo el elemento contextual vinculado con el *actus reus*. De conformidad con lo establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma, los componentes o eslabones de ese elemento contextual resultan ser: “ataque”, “generalizado o sistemático”, “población civil” y “política de un Estado o de una organización”.

La noción de “ataque” significa –conforme los Elementos de los Crímenes–

tes de manera implícita los principios receptados en los artículos 7 y 8 del estatuto de ese Tribunal relativos a la prohibición de exoneración de responsabilidad por el cargo oficial del acusado y por supuesta obediencia debida, los cuales contribuyeron a concluir con la invocación de la doctrina de los actos del Estado.

1564 En vigor desde el 1° de julio de 2002; aprobado por el Congreso mediante ley Nro. 25.390 y ratificado por el Estado Argentino el 16/01/2001.

1565 DIXON, RODNEY Y HALL (2008:168-169).

1566 Debido a que amplía las conductas que pueden constituir un crimen de lesa humanidad al incluir el embarazo forzado, la desaparición forzada de personas y el apartheid, y en el caso del crimen de persecución agrega que puede tener lugar por razones culturales, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; ver CASSESE, GAETA Y JONES (2002: 376-377).

1567 Aprobados por la Asamblea de Estados Partes de la CPI en su primer período de sesiones (Nueva York, 3 al 10 de septiembre de 2002), y tienen por finalidad ayudar a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8bis del Estatuto (ver artículo 9 del Estatuto).

una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el artículo 7.1 del Estatuto, ya sea porque el mismo acto tuvo lugar varias veces o bien diferentes actos fueron cometidos (por ejemplo: asesinato, violación y tortura); ello a fin de cumplir o promover la “política de un Estado o de una organización”. Esta última característica, denominada “elemento político”, brinda la pauta de que ese ataque generalizado o sistemático¹⁵⁶⁸ contra una población civil debe ser de conformidad con o para promover o alcanzar el objetivo o propósito de un Estado u organización que consiste precisamente en llevar adelante un ataque contra la población civil,¹⁵⁶⁹ y a su vez su importancia radica en que permite vislumbrar la naturaleza del ente que se propone ese objetivo: un Estado o una organización no estatal. Así, el carácter colectivo del crimen de lesa humanidad no solo se refleja en las posibles víctimas (la población civil) sino también en quien lo planifica y luego ejecuta.

El Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes no definieron los términos “Estado” ni “organización”,¹⁵⁷⁰ y lo cierto es que hasta el momento los desafíos interpretativos que debió afrontar la CPI al determinar la naturaleza de la entidad detrás del elemento político, se han focalizado en qué se entiende por “organización” en el marco de dicho Estatuto, debido a que la noción de “Estado” resulta ser autosuficiente.¹⁵⁷¹

La conceptualización del Estado como sujeto de derecho internacional público es autosuficiente debido a que se encuentra aceptado y reconocido cuáles son los elementos constitutivos de una entidad soberana como tal. No existe lugar a dudas que el Estado goza del poder supremo por su condición de soberano, independientemente de si esa autoridad estatal es ejercida por un gobierno *de iure* o *de*

1568 Se ha considerado que: “La expresión “generalizado o sistemático” en el artículo 7 (1) del Estatuto excluye los actos al azar o aislados de violencia. Por otra parte, el adjetivo “generalizado” connota la naturaleza a gran escala del ataque y el número de personas amenazadas, mientras que el adjetivo “sistemático” se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de que se concreten al azar”. Corte Penal Internacional, Situación en Darfur-Sudán, Fiscal v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (“Au Kshayb”), Caso Nro. ICC-02/05-01/07, Sala de Cuestiones Preliminares I, Decisión sobre la Solicitud de la Fiscalía en virtud del artículo 58(7) del Estatuto, 27 de abril de 2007, párr. 62 (traducción propia).

1569 Corte Penal Internacional, Situación en la República Democrática del Congo, Caso Nro. ICC-01/04-01/07, Fiscal v. Germain Katanga, Sala de Juicio II, Decisión conforme el artículo 74 del Estatuto de Roma, 7 de marzo de 2014, párr. 1108.

1570 A diferencia del TPIY cuyas Reglas de Procedimiento y Prueba definen a un “Estado” como “un Estado miembro o no miembro de las Naciones Unidas; y una entidad de facto auto-proclamada que ejerce funciones de gobierno, sea o no reconocida como Estado.” TPIY, Reglas de Procedimiento y Prueba, IT/32/Rev. 43, 24/07/2009, Regla 2.

1571 Corte Penal Internacional, Situación en la República de Kenia, Caso Nro. ICC-01-09, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión conforme artículo 15 del Estatuto de Roma sobre autorización para investigar sobre la situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010, párr. 89, oportunidad en la que además se recordó que la política no necesariamente debía ser concebida en los niveles más altos de la maquinaria estatal –conforme criterio establecido por el TPIY en el caso Blaskic–, y en dicha oportunidad la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI agregó que la política adoptada a nivel regional o local por órganos del Estado cumplirían con el requisito de una “política de un Estado” (idéntico párrafo).

facto. Ese poder soberano del Estado juega un rol determinante en la conceptualización y tipificación de los crímenes de lesa humanidad, toda vez que éstos históricamente se cometieron a través del uso abusivo del poder público y de los recursos del Estado (materiales y humanos).¹⁵⁷²

Lo expuesto pone en evidencia que la inclusión de un Estado como generador de una política de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, en la concepción de los crímenes de lesa humanidad, se debe esencialmente al poder supremo que detenta por su calidad de soberano y a la degeneración de su ejercicio que puede tener lugar, circunstancia esta última que en caso de ocurrir tendrá consecuencias nefastas para la humanidad, siendo irrelevante por ello si fue un gobierno *de iure* o *de facto* quien incurrió en ese ejercicio abusivo del poder estatal.

Resta mencionar que ni en el Estatuto de Roma ni en los Elementos de los Crímenes existe indicio alguno que permita inferir que la intención de sus respectivos redactores fue limitar el término “Estado” sólo a aquellos cuyos gobiernos *de facto* llevaron adelante una política en contra de la población civil. De lo contrario, si “Estado” fuese sinónimo de gobierno *de facto*, las palabras “Estado” u “organización” en el artículo 7 del Estatuto de la CPI devendrían redundantes al referirse ambos a entidades de facto.

4. Conclusiones

El abuso de poder por parte del Tercer Reich Alemán antes y durante la Segunda Guerra Mundial, tuvo eco en el ámbito jurídico internacional tanto en el reconocimiento y desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como en la tipificación de los crímenes de lesa humanidad a través del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

La figura del Estado en la concepción de los crímenes de lesa humanidad resulta determinante por la envergadura de las consecuencias nefastas de la implementación de una política de ataque generalizado o sistemático contra una población civil producto del abuso en la utilización de recursos estatales (humanos y materiales). Es por ello que el Estado se encuentra presente en los elementos contextuales de dicho crimen internacional como posible sujeto activo (a través del “elemento política”), y esa calidad o rol es independiente de la naturaleza del gobierno (*de iure* o *de facto*) que llevó adelante esa política, de conformidad con el principio de identidad del Estado. Asimismo, y en virtud del principio de unidad, las fuerzas armadas y policiales son

¹⁵⁷² Explica Bassiouni, que ello puede tener lugar ya sea recurriendo al terror, o bien valiéndose disimuladamente del derecho como herramienta al manipularlo para aparentar la legitimidad de conductas que per se son ilegales, por ejemplo a través de la promulgación de leyes que protegen aquello que el régimen de un Estado considera como orden público, el interés de la sociedad, la salvaguardia de la nación o el Estado. A modo de ejemplo, menciona que los nazis se refirieron a sus leyes raciales de supremacía como la “ley de la naturaleza”. Entiende que esos regímenes se han basado siempre en la máxima maquiavélica consecuencialista que “el fin justifica los medios”, una máxima cuya falta de fundamento moral subyace en la propia propuesta que propugna. Ver BASSIOUNI (2011: 14-16).

órganos del sujeto Estado y comprometen su responsabilidad internacional (de naturaleza civil) ya sea que hayan actuado en cumplimiento de órdenes dadas por autoridades constitucionales o *de facto*, o incluso si actuaron en exceso de sus funciones.

La calificación de una conducta como un crimen de lesa humanidad exige necesariamente verificar la presencia de sus elementos de contexto. Al hacerlo, *la supuesta existencia de un estado de derecho al momento en que los hechos tuvieron lugar no debería ser un tamiz a través del cual se analicen los elementos contextuales de ese crimen internacional*, puesto que ello es irrelevante dado que en la noción de crimen de lesa humanidad subyace implícita la relación asimétrica de poder existente entre el Estado y los sujetos bajo su jurisdicción, encontrándose éstos últimos a su merced ya sea que gobiernen autoridades *de iure* o *de facto*.

5. Bibliografía

Fuentes primarias

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de fondo del 29 de julio de 1988.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Situación en Darfur-Sudán, Caso Nro. ICC-02/05-01/07, Fiscal v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (“Au Kushayb”), Sala de Cuestiones Preliminares I, Decisión sobre la Solicitud de la Fiscalía en virtud del artículo 58(7) del Estatuto, 27 de abril de 2007.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Situación en la República de Kenia, Caso Nro. ICC-01-09, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión conforme artículo 15 del Estatuto de Roma sobre autorización para investigar sobre la situación en la República de Kenia, 31 de marzo de 2010.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Situación en la República Democrática del Congo, Caso Nro. ICC-01/04-01/07, Fiscal v. Germain Katanga, Sala de Juicio II, Decisión conforme el artículo 74 del Estatuto de Roma, 7 de marzo de 2014.

SALA III DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, “Carrizo Salvadores, Carlos y otros s/recurso de casación” (expediente Nro. 16/2012/CFC1), Resolución Nro. 740/16 de fecha 09 de junio de 2016.

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Sentencia del 1 de octubre de 1946, (1947) *AJIL*, vol. 41.

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE CATAMARCA, “Mirtha Clerici y otros s/ solicita medidas procesales (N° 4148/04)” (expediente Nro. 16/2012), Sentencia Nro. 146 de fecha 08 de octubre de 2013.

Bibliografía crítica

- BASSIOUNI, C. (2011) *Crimes Against Humanity. Historical evolution and contemporary application*, Cambridge.
- BUERGENTHAL, T. (2012) “Human Rights”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- CASSESE, A. (2008) *International Criminal Law*, Oxford.
- CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J. (eds.) (2002), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford.
- DIEZ DE VELAZCO, M. (1999) *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid.
- DIXON, R. y HALL, C. K. (2008) “Article 7: Crimes Against Humanity”, en TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 159-273.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S. (2015) “Fuentes y normas del derecho internacional”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. S. (coordinadora), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 75-90.
- GUTIERREZ POSSE, H. D.T. (2006) *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Buenos Aires.
- GUTIERREZ POSSE, H. D.T. (2014) *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Buenos Aires.
- PINTO, M. (1997) *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires.
- PINTO, M. (2004) *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires.
- PODESTA COSTA, L.A. y RUDA, J. M. (1979) *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires.
- SHAW, M. (2003) *International Law*, Cambridge.
- SWINARSKI, C. (1984) *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Costa Rica-Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja- Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

