DIRECTOR DEL ANUARIO

Prometeo CEREZO DE DIEGO
Secretario General del IHLADI

SECRETARIO DEL ANUARIO

Rubén CARNERERO CASTILLA
Miembro del IHLADI

Depósito legal: Z-451-1962
ISSN: 0570-4316

Imprime: Editor, S.A. - Hilarión Eslava, 58 - 28015 Madrid

Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

ANUARIO
HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL



18

MADRID 2007

Ni el ANUARIO ni el IHLADI, del cual es órgano, se identifican necesariamente con las opiniones o juicios que los autores de las Ponencias y Estudios, que se insertan a continuación, exponen en uso de la libertad intelectual que cordialmente se les brinda.

Toda correspondencia, petición de envío, remisión de publicaciones, debe dirigirse a la Secretaría General del INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, Real Centro Universitario "ESCORIAL-MARIA CRISTINA" - 28200 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (Madrid, España). Telf. (34) 91 890 45 45 - Fax. (34) 91 890 66 09
ihladi@rcumariacristina.com

SUMARIO

Págs.

PONENCIAS DEL XXIV CONGRESO 9

Jurisdicción internacional y responsabilidad individual: Nuevas tendencias del Derecho internacional penal, por Luis García-Corrochano 11

La competencia jurisdiccional penal internacional: pasado y presente, por José Antonio Tomás Ortiz de La Torre 51

Una mirada argentina sobre el Derecho penal internacional, por Amalia Uriondo de Martinoli 127

La supervisión del cumplimiento de sentencias en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, por Manuel Ventura Robles 169

COMUNICACIONES Y ESTUDIOS 207

Notas sobre a reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas, por Antônio Celso Alves Pereira 209

La acumulación de condenas por la comisión de diversos crímenes internacionales, por Valentín Bou Franch 235

The humanization of consular law: The impact of advisory opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on international case-law and practice, por Antônio Cançado Trindade .. 277

El III Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional (Quito, 2-12 de octubre de 1957), por Prometeo Cerezo de Diego 299

Perspectivas integrativistas trialistas para la comprensión del derecho penal internacional, por Miguel Ángel Ciuro Caldani 309

Naturaleza jurídica de la jurisdicción universal, por Pablo Antonio Fernández Sánchez 333

Las medidas cautelares (provisionales) en los tribunales internacionales. El caso de la Corte Internacional de Justicia y el medio ambiente, por Héctor Gros Espiell 383

El ejercicio de la jurisdicción en el ámbito del Derecho internacional penal, por Hortensia D.T. Gutiérrez Posse 405

SUMARIO

Págs.

Las Salas ad hoc *de la Corte Internacional de Justicia*, por Carlos López Contreras 445

El pluralismo jurídico y la Corte Centroamericana de Justicia, por Orlando Mejía Herrera 467

La jurisdicción penal internacional y la Corte Penal Internacional, por Anahí Priotti de Monreal 487

Algunas precisiones sobre el Derecho internacional penal y el Derecho penal internacional, por Alfredo Rizzo Romano 507

Notas sobre el marco normativo internacional de protección de los trabajadores migrantes: globalización económica vs. derechos laborales, por Carlos Rodríguez Domínguez 525

La integración centroamericana, el comercio y el desarrollo, por Ana Elizabeth Villalta Vizcarra 541

Aspectos conceptuales del principio de precaución ambiental, por Zlata Drnas de Climent 567

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS 605

NOTICIARIO DEL IHLADI 627

Cuadro de Honor del IHLADI 629

Consejo Directivo del IHLADI 631

EL XXIV CONGRESO DEL IHLADI 633

Breve crónica del XXIV Congreso del IHLADI 635

Conclusiones aprobadas sobre las Ponencias y otros Acuerdos del XXIV Congreso del IHLADI 639

In memoriam 655

PRESENTACIÓN

En este año de 2007 se cumplen 50 años de la celebración del III Congreso del Instituto, en la ciudad de Quito (Ecuador), del 2 al 12 de octubre de 1957.

Por el interés de las ponencias que en él se debatieron y las decisiones que se adoptaron permite poder afirmarse que ha sido uno de los Congresos, después del fundacional del Instituto en 1951, más importantes de la ya larga historia del IHLADI. La aprobación de unos nuevos Estatutos y la decisión de publicar un Anuario después de cada Congreso constituyen dos de los resultados más importantes del mismo.

En aquel entonces, Jesús María Yepes pudo afirmar que: "Por las circunstancias especialísimas que lo rodearon, por la calidad de los personajes que en él participaron y por la trascendencia de la obra realizada, el Congreso de Quito marca una etapa única en la evolución de nuestro Instituto. Fue allí donde éste alcanzó verdaderamente su mayoría de edad. Antes de Quito, el Instituto era un ensayo valiente que adolecía de toda la incertidumbre de su propia juventud. A partir de Quito, el Instituto ha cobrado conciencia de su valor científico y de su significación histórica".

Después del Congreso de Quito, el IHLADI ha celebrado veintiún Congresos más y publicado dieciocho volúmenes del Anuario intentando poner en práctica el pensamiento del ilustre internacionalista colombiano.

En el presente volumen, el XVIII de la colección, se publican las ponencias presentadas en el XXIV Congreso de Granada, celebrado en septiembre de 2006, junto con otros trabajos enviados a la Secretaría General. Gracias a todos por su colaboración, y de modo especial a la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía por la colaboración para la celebración del Congreso y la publicación del presente Anuario.

Prometeo Cerezo

San Lorenzo de El Escorial, a 10 de junio de 2007
Fiesta Nacional de Portugal

PONENCIAS
DEL XXIV CONGRESO

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL: NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Dr. Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO*
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

1. Introducción

2. Antecedentes históricos

3. La jurisdicción internacional en materia penal

4. La responsabilidad individual en el derecho internacional público

5. Los crímenes en el derecho internacional penal y la legalidad penal internacional

6. La Corte Penal Internacional y la jurisdicción penal internacional

7. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

8. Las circunstancias eximentes de responsabilidad en el derecho internacional penal

9. Las tendencias del derecho internacional penal respecto de la responsabilidad individual

10. Conclusiones

11. Bibliografía

(*) Profesor de Derecho Internacional Público en la Academia Diplomática del Perú.

1. Introducción

El presente trabajo, situado en la perspectiva del derecho internacional público, tiene límites claros en cuanto a lo que pretende desarrollar. En primer lugar, no se trata de un trabajo sobre el derecho internacional penal ni tampoco sobre la Corte Penal Internacional, aunque de continuo habrán referencia a ambos. Su objetivo es situar el desarrollo y estado actual de la jurisdicción internacional, ya sea en organismos jurisdiccionales de carácter universal, especial, o en la atribución de dichas competencias a las jurisdicciones nacionales. Igualmente, nos interesa aproximarnos al carácter que la responsabilidad individual cobra para el derecho internacional, respecto de la comisión de crímenes internacionalmente punibles. En este sentido, analizaremos cómo surge la responsabilidad individual en el derecho internacional público, cuáles son sus características propias y en qué medida las nociones del derecho internacional penal no son ni la suma, promedio o compendio de las que se hayan en los derechos internos, sino que obedece a características propias de los bienes jurídicos que desea proteger.

En el desarrollo de esta ponencia nos encontraremos en más de una ocasión en el cruce temporal de los caminos del derecho internacional público con el derecho penal y los derechos internos, sin que eso signifique que desviarnos del sendero principal de nuestra investigación, dirigida a determinar los alcances de la jurisdicción universal y el contenido de la responsabilidad individual desde la óptica ya señalada del derecho de gentes. Al fin y al cabo, no deja de ser sintomático que el denominado derecho internacional penal, hasta hoy, haya llamado más la atención de los internacionalistas que de los propios penalistas, como algún autor ha constatado (1).

2. Antecedentes históricos

Bien puede decirse que los intentos por establecer una jurisdicción internacional sobre determinados crímenes han marchado en paralelo con

(1) ROUCONAS, 2002, p. 363: Une autre caractéristique à signaler est que, jusqu'à présent, dans la littérature, le droit international pénal attire beaucoup plus les internationalistes que les pénalistes.

aquellos por definir el contenido de la responsabilidad individual en la comisión de dichos crímenes, en un esfuerzo por llegar más allá de la tradicional responsabilidad internacional de los Estados, y de su prerrogativa territorial exclusiva para juzgar a sus nacionales por la comisión de cualquier delito, estuviera éste penado por la legislación interna o sancionado por el derecho internacional; se cometiera en el territorio del Estado o fuera de él, en territorio de otro Estado o en espacios fuera de las jurisdicciones nacionales; contra nacionales o contra extranjeros; en tiempos de paz o en tiempos de guerra (internacional o no internacional), si bien en estas últimas circunstancias, los enfrentamientos bélicos, se han producido las situaciones que han acelerado tanto el establecimiento de las jurisdicciones internacionales como la determinación del contenido de la responsabilidad directa de los individuos por la comisión de crímenes internacionales.

En cuanto se refiere al establecimiento de la jurisdicción internacional para conocer sobre determinados crímenes, son conocidos los intentos por establecer una Corte Penal Internacional, desde aquellos proyectos individuales o científicos del siglo XIX (p.e. Proyecto de Gustave Moynier), así como en el siglo XX, que se inicia con la pretensión del artículo 227 del Tratado de Versalles (1919) de establecer un tribunal internacional para juzgar a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, bajo los cargos de "ofensa suprema a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados". (2) Sabido es que el Káiser se refugió en Holanda y el juzgamiento jamás se llevó a cabo. Sin embargo, se sentó el precedente de la responsabilidad internacional del individuo, aunque no del establecimiento de un tribunal internacional penal.

A partir de los años 20 la idea de institucionalizar una justicia penal internacional fue tomando cuerpo a través de proyectos que, si bien no

(2) TRATADO DE VERSALLES, ARTÍCULO 227: Las potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, de haber cometido una ofensa suprema a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados.

Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado en el que se asegurarán las garantías esenciales para su defensa. El tribunal estará integrado por cinco magistrados nombrados por los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y el Japón.

El tribunal llegará a su decisión sobre la base de los más altos fundamentos de la política internacional, animado por el deseo de asegurar el respeto de las obligaciones solemnes y compromisos internacionales y de la moral internacional. Corresponderá al tribunal determinar la pena que, a su juicio, deberá aplicarse.

tuvieron mayor suceso, constituyen el precedente histórico que sentó las bases para el posterior desarrollo, desde el fin de la segunda conflagración mundial, del actual del derecho internacional penal. El Comité de Juristas que elaboró el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, señalo que dicho colegiado debía ser competente para juzgar crímenes internacionales, pero dicha iniciativa no prosperó. La Asociación de Derecho Internacional presentó en 1927 un Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional; la Asociación Internacional de Derecho Penal propuso en 1928 la creación de una Sala Penal en la CPJI, y la Sociedad de Naciones elaboró en 1937 un Convenio para la creación de una Corte Penal Internacional cuya función era ser el órgano jurisdiccional de la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo.

En 1948 la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas consideró "que era conveniente crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueran de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales" (Rama - Montaldo, 1994, p. 866). En los años 70 y 80 se presentaron, por parte de instituciones académicas, otros proyectos con la misma finalidad. La preocupación por la creación de un órgano jurisdiccional penal permanente es retomada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1992, cuando se vota la Resolución 47/33 que solicita a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de un Estatuto de una Corte Penal Internacional, tarea a la que se abocó la CDI en los años siguientes, y que culminó el 17 de julio de 1998 con la aprobación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal internacional.

Además de los intentos que podemos calificar de universales, desde el fin de la segunda guerra mundial la tendencia a una jurisdicción universal se manifestó más allá del plano meramente doctrinario. Por un lado, aunque con cuestionamientos válidos, se desarrolló en la práctica una justicia internacional especial o *ad hoc*, y por el otro, instrumentos convencionales destinados a prevenir y sancionar crímenes internacionales abrieron paso a la jurisdicción universal de la justicia interna de los Estados. Ambos, además, sentaron las bases de la responsabilidad penal internacional directa y efectiva del individuo por la comisión de crímenes internacionales.

En el primer caso, al término de la segunda guerra mundial, el establecimiento por parte de las potencias vencedoras de tribunales militares internacionales para juzgar a los principales criminales de guerra de las potencias el Eje, llevó a la creación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y el Tribunal Militar Internacional de Tokio, ante los cuales fueron juzgados los principales responsables políticos y militares de Alemania y el Japón, bajo los cargos de haber cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Más allá de la polémica sobre la oportunidad de su creación, el hecho es que se estableció la posibilidad de crear organismos jurisdiccionales de carácter internacional, así como de juzgar directamente a los individuos responsables de haber cometido crímenes internacionales. Sin embargo, el camino hacia una jurisdicción penal internacional objetiva, y no de un tribunal de vencedores para juzgar a vencidos, así como la determinación previa de los crímenes internacionales y de su sanción, todavía debió recorrer un largo camino. Se dieron también casos de oficiales de las potencias vencidas que fueron procesados por tribunales militares internos de los Estados vencedores, bajo los mismos cargos empleados en Nüremberg y Tokio sobre violaciones al derecho de la guerra y al derecho internacional humanitario.

En un sentido distinto de los tribunales militares aliados, y en un contexto muy diferente, en la década de los 90 surgió la necesidad de crear jurisdicciones internacionales penales con carácter *ad hoc*, para tratar dos casos que conmocionaron a la opinión pública internacional: los genocidios perpetrados en la disuelta Yugoslavia y los ocurridos en Ruanda. En el caso de la ex Yugoslavia, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó mediante la Resolución 808 del 22 de febrero de 1993 un Tribunal Internacional que tendría su sede en La Haya; la Resolución 827 del Consejo de Seguridad aprobó el Estatuto del Tribunal y lo facultó a sentenciar e imponer penas a los condenados. Para el caso de los crímenes cometidos en Ruanda desde el estallido de la guerra civil, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 constituyendo también un Tribunal Internacional, aunque en esta ocasión a solicitud del propio Estado afectado. De creación más reciente, es Tribunal Especial para Sierra Leona, surgió de una negociación entre el gobierno de ese país y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Resolución 1315 del 14 de agosto de 2000), está compuesto por jueces

nacionales y extranjeros, y tiene poderes análogos a los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda en el juzgamiento de individuos responsables de haber cometido crímenes internacionales. La actuación de estos tribunales contribuyó a un clima favorable para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (3).

De otro lado, la evolución del Derecho Internacional Público, en lo que concierne a la conducción de los conflictos armados y la protección del Derecho Internacional Humanitario, contenía en el Reglamento del VI Convenio de La Haya de 1907, numerosas disposiciones formuladas en términos como: queda prohibido, no podrán, se adoptarán todas las precauciones para, no se impondrá, queda expresamente prohibido; estableciendo además la prohibición del homicidio intencional de civiles y militares, el empleo de armas venenosas, la guerra sin cuartel, denegar procesos judiciales, destruir o apoderarse de la propiedad enemiga. Todas esas prohibiciones, sin embargo, no estaban expresamente tipificadas como delitos ni se establecía para ellas una sanción, siendo remitidos los responsables a sus propias jurisdicciones internas para ser sometidos a las leyes y tribunales nacionales.

Desde 1945 se contempló, de manera cada vez más nítida, la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes, estableciendo la competencia de los tribunales nacionales para juzgar las violaciones al derecho internacional. El artículo 3° común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (4) estableció, en caso de conflicto armado no internacional, para quienes no combatían, una garantía de respeto a la vida e integridad cuyo carácter general y mandatorio no puede ser soslayado, pues su misma formulación ("están prohibidos en todo tiempo y lugar") no deja resquicio alguno de duda sobre la proscripción de tales conductas. Aunque la formulación es insuficiente como tipo penal, no cabe duda que se establecían dichas conductas como crímenes internacionales de autoría individual.

(3) MERON, 2003, p. 180: Creating a positive environment for the establishment of a standing international criminal court, the achievements of the ad hoc tribunals have contributed to the ending of impunity, injected new vigour into the concept of universal jurisdiction and sparked the readiness of States to prosecute persons accused for serious violations of international humanitarian law.

(4) Artículo 3.1: Las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluso los miembros de fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

a) Los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas, suplicios;

b) La toma de rehenes;

c) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

Así, los cuatro convenios de Ginebra de 1949 contienen disposiciones encaminadas a que las Altas Partes Contratantes establezcan disposiciones de derecho interno adecuadas para aplicarlas a los responsables de haber violado las normas del derecho internacional humanitario. La redacción, común al artículo 49 del Convenio I, artículo 50 del Convenio II, artículo 129 del Convenio III y artículo 146 del Convenio IV, estipula:

> Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar toda medida legislativa necesaria para fijar las sanciones penales adecuadas a aplicarse a las personas que hayan cometido, o dado la orden de cometer, una u otra de las infracciones graves a la presente Convención definidas en el artículo siguiente.
>
> Cada Parte contratante tendrá la obligación de busca a las personas acusadas de haber cometido, o de haber ordenado cometer, una u otra de las infracciones graves, y deberá conducirlas a sus propios tribunales, cualquiera que sea su nacionalidad. Podrá también, si así lo prefiere, y según las condiciones previstas por su propia legislación, remitirlas para ser juzgadas a otra Parte contratante interesada, en tanto que esa otra Parte contratante tenga contra dichas personas cargos suficientes.
>
> Cada Parte contratante tomará las medidas necesarias para hacer cesar los actos contrarios a las disposiciones de la presente Convención, distintos de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente.
>
> En todas circunstancias los inculpados se beneficiarán de las garantías del procedimiento y de la defensa que no serán inferiores a aquellas previstas por el artículo 105 y siguientes de la Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949.

d) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Sin embargo, las disposiciones de los Convenios de Ginebra, no obstante determinar cuales son las conductas ilícitas (infracciones graves), no alcanza a determinar con precisión en que consiste cada una, citándolas a título enumerativo *(homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el propósito de causar grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria, deportaciones y traslados ilegales, detención ilegítima, toma de rehenes)* (5) limitándose a ser una prohibición de conducta o comportamiento, pero a todas luces insuficiente para determinar la existencia de un crimen internacional y señalar la pena que corresponde aplicarle. Esa función es confiada por los Convenios de Ginebra a la legislación interna de los Estados partes, señalando únicamente como estándar mínimo que el juicio contenga las mismas garantías que proceso a los prisioneros de guerra de acuerdo al artículo 105 de Convenio III.

Por encargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho internacional se abocó al estudio de los procesos de Nüremberg, con el fin de extraer de ellos un conjunto de principios que fueran aplicables en el futuro. Estos principios establecen la responsabilidad internacional del individuo y que los delitos internacionales están sujetos a sanción, aún cuando no sean considerados como tales en la legislación interna, la ausencia de exención de responsabilidad (inmunidad) para los jefes de Estado, y quienes hayan actuado bajo órdenes superiores, la garantía de un juicio ajustado a derecho, la tipificación como delitos internacionales de los delitos contra la paz, los delitos de guerra y los delitos contra la humanidad, y la sanción de los cómplices en la comisión de delitos internacionales. La sistematización de los denominados Principios de Nüremberg ha tenido indudable importancia en el establecimiento del moderno derecho internacional penal.

Siguiendo la línea anteriormente descrita, la *Convención para la prevención y represión del delito de genocidio* (1948) señaló la responsabilidad individual y estableció la posibilidad de juzgar a los responsables de la comisión de dicho crimen en la jurisdicción interna del Estado donde el crimen fue cometido, "o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción" (Artículo VI), señalando un camino alternativo para la sanción del genocidio; a través de la justicia interna o de una justicia internacional. No obstante, no llegó a constituirse una Corte Penal Internacional para el juzgamiento y sanción del crimen de genocidio.

(5) Convenios de Ginebra de 1949: artículo 50 del Convenio I, artículo 130 de Convenio III, artículo 147 del Convenio VI.

La *Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid* (1973), señala también la responsabilidad individual en la comisión de dicho crimen, así como la competencia de los Estados partes para juzgarlos en sus propios tribunales internos, o conceder la extradición de los inculpados a otro estado dispuesto a juzgarlos. El artículo V de ese instrumento también previó la competencia de un tribunal penal internacional para el juzgamiento del crimen de *apartheid*, sin embargo este no llegó a ser establecido.

Los convenios internacionales para reprimir el genocidio y el *apartheid* señalaron la responsabilidad de los individuos en la comisión de dichos crímenes, así como la posibilidad alternativa de ser juzgados por tribunales internos o por tribunales internacionales.

La *Convención contra la tortura* (1984) reitera la capacidad del individuo para cometer un crimen internacional y la consiguiente responsabilidad que ello implica, aunque no hace mención a las posibilidades de hacer efectiva dicha responsabilidad a través de la comparecencia ante tribunales internos o internacionales.

El Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad fue elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1991 y remitido en 1996 a la Asamblea General, no estableció una definición general de crimen internacional sino una para cada tipo de crimen, señalo la independencia de una tipificación internacional respecto de las legislaciones internas y estableció una lista de crímenes internacionales, a saber: agresión, genocidio, violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, crímenes de guerra excepcionalmente graves, terrorismo internacional, tráfico ilícito de estupefacientes, amenaza de agresión, intervención, dominación extranjera, *apartheid*, reclutamiento, entrenamiento y financiamiento de mercenarios, y daños graves al medio ambiente.

3. La jurisdicción internacional en materia penal

La jurisdicción internacional en materia penal conoce dos variantes: la competencia del juez nacional para perseguir delitos internacionales, y la competencia del juez internacional (6), sea en tribunales especiales o por un único tribunal. Ambas instancias jurisdiccionales, la nacional y la internacional, coexisten y revisten el carácter de complementarias. Sobre la jurisdicción universal, señala Meron:

> Universal jurisdiction is a principle permitting States to excercise criminal jurisdiction over persons who have committed offences against international law that are recognized by the community of nations as of universal concern and as subject to universal condemnation and who are present in their territory, even in the absence of any other basis for jurisdiction. International law thus allows any State to apply its laws to certain offences even in the absence of territorial, nationality (active or passive), or protective bases of jurisdiction or other accepted contacts with the offender or the victim. Universal jurisdiction may be created by multilateral conventions usually of a universal or almost universal character, or by customary international law. (Meron, 2003, pp. 141-142).

Históricamente, como se ha señalado, la justicia internacional tuvo un carácter *ad hoc*, dado que los primero tribunales internacionales fueron creados con posterioridad a la comisión de los delitos que juzgaron. En el caso de las jurisdicciones nacionales, estas han sido invocadas para actuar en protección de determinados derechos (derecho internacional humanitario) o en la represión de algunos crímenes (genocidio, apartheid), o bien se les ha reconocido competencia para juzgar algunos delitos (tortura). Sin embargo, la ausencia de tipos penales claramente definidores del injusto, descriptivos de la conducta antijurídica y del bien o bienes vulnerados, y que establecieran penas de manera tal que no dejasen un amplio margen de discrecionalidad al juzgador, no se habían logrado ni a través de los convenios internacionales ni tampoco en una práctica internacional uniforme. A decir verdad, luego de la experiencia de los tribunales militares aliados, quedaba la sensación de ser necesaria una mejor definición del derecho internacional penal.

(6) RAMA – MONTALDO, 1994, p. 868: En un sentido muy amplio puede hablarse de "jurisdicción penal internacional" como de los medios jurídico – procesales que el derecho internacional ofrece a efectos de enjuiciar y hacer efectiva la responsabilidad penal internacional de los acusados de crímenes de carácter internacional. Bajo ese sentido amplio caben tanto el concepto de "jurisdicción universal" como la creación de tribunales internacionales especializados. En un sentido más estricto, sin embargo, es común hablar de "jurisdicción penal internacional" en relación con la creación de un tribunal o corte penal internacional.

Los convenios internacionales desde 1949 establecieron la existencia de crímenes internacionales y la necesidad de que estos fueran perseguidos y sancionados, sin embargo, se limitaron a requerir que los Estados partes desarrollaran los tipos penales adecuados para tal fin y en consecuencia permitieran la actuación de sus respectivas jurisdicciones nacionales, ya fuera sobre sus conciudadanos responsables de la comisión de tales crímenes, o sobre los extranjeros que los hubieran cometido.

La solución no parecía ser tal. De hecho, los convenios contra la tortura y contra el *apartheid* dejaban entreabierta la posibilidad de la creación de una jurisdicción internacional para velar por el cumplimiento de lo establecido en dichos instrumentos, pero tales prescripciones no pasaron de ser meramente declarativas. En la práctica de los Estados, muy poco se hizo con la intención de poner en práctica lo estipulado en dichos convenios, ni siquiera en materia de adecuación de las normas internas, para definir el tipo penal y la sanción que correspondía a los crímenes que internacionalmente se comprometían a prevenir y castigar. La impunidad reinó durante largo tiempo.

Es pertinente señalar que el principal obstáculo con el que ha tropezado el establecimiento de una noción de jurisdicción universal es precisamente la soberanía de los Estados, para quienes el carácter territorial de la ley penal hacía prácticamente imposible la aplicación de las normas penales de un Estado para un hecho cometido en el territorio de otro Estado, sin que eso supusiera un resquebrajamiento al principio de la soberanía territorial en su carácter de exclusiva y excluyente de cualquier otra competencia foránea. (7)

(7) ABELLÁN HONRUBIA, 1999, p. 394: La relation entre la juridiction internationale et les jurisdictions internes se situe dans le cadre plus large d'une question complexe don't le noyau central est la tension entre, d'une part, le sentiment d'érosion de la souveraineté de l'Etat par l'établisement de la juridiction pénale internationale et, d'autre part, la dépendance dont souffre la juridiction internationale par raport à la coopération des Etats.

Frente a esta situación debía buscarse cuál podía ser el fundamento de una jurisdicción universal que fuera más allá de la soberanía estatal, y ese fundamento no puede ser otro que el valor de los bienes jurídicamente protegidos, que en el caso de los crímenes internacionales, excede largamente del interés estatal en su prevención y castigo, sino que interesa a la Comunidad Internacional en su conjunto pues protege valores esenciales del ser humano que se estiman como indispensables para la convivencia civilizada entre las naciones, independientemente de cual sea la jurisdicción que tutela dichos bienes jurídicos. (8)

Sin embargo, la jurisdicción internacional, en el sentido de la actuación de tribunales internacionales, no existe *per se* ni es obligatoria para aquellos Estados que no han aceptado voluntariamente formar parte de ella, y ésta es quizás una de las principales críticas que se pueden dirigir contra las jurisdicciones internacionales *ad hoc* creadas fuera de un marco convencional. La jurisdicción internacional existe por un acto de voluntad de los integrantes de la Comunidad Internacional que la establece mediante un tratado. La jurisdicción penal internacional no escapa a la regla bien establecida en el derecho internacional público respecto a la necesidad del consentimiento de los Estados en someterse a una jurisdicción para que ésta tenga competencia sobre aquellos. (9) La existencia de tribunales internacionales *ad hoc* creados sin el consentimiento de los Estados es precisamente una excepción, y no la regla que la Comunidad Internacional acepta.

En tal sentido, la creación de una jurisdicción internacional en materia penal no difiere de la manera en que se crean otro tipo de jurisdicciones internacionales. Ésta se crea por medio de un tratado que define su composición y sus competencias, y que es de aplicación únicamente a los Estados signatarios, usualmente sobre la base de otro convenio de protección de derechos previamente suscrito, o que crea una jurisdicción internacional con carácter de facultativo. En mayor o menor medida, estos principios se encuentran presentes en las jurisdicciones permanentes sobre derecho internacional general (Corte Internacional de Justicia),

(8) MERON, 2003, p. 138: The fact that international rules are normally enforced by national institutions and national courts appliying municipal law does not in any way diminish the status of the violations as international crimes.

(9) RAMA – MONTALDO, 1994, p. 892: La jurisdicción de la proyectada corte estaría, en principio, basada en el consentimiento de los Estados.

derechos humanos (Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos), integración (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Andino de Justicia), y más recientemente en el caso del derecho internacional penal. El Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone que todo Estado Parte del mismo acepta por ese hecho la competencia de la Corte (ECPI, artículo 12.1), descartándose la práctica de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria (inserta en el proyecto original), empleada en la mayor parte de tribunales internacionales creados por un tratado. (10)

Cabe resaltar que, en el caso de la jurisdicción internacional penal, a diferencia de otras situaciones que consideran a las jurisdicciones internas de los Estados como paso previo (agotamiento de los recursos internos), o como vía procesal recurrida únicamente en caso de no ser posible acceder a la jurisdicción interna (denegación de justicia), en materia internacional penal la jurisdicción internacional coexiste y es complementaria de la jurisdicción interna, es decir, se inicia la acción alternativamente en uno u otro foro, en aplicación de la misma legislación internacional penal, sin que la jurisdicción internacional goce de preferencia alguna, antes bien, usualmente opera por defecto de la jurisdicción interna, pero no se superpone a ella ni menos aún la excluye. (11)

4. La responsabilidad individual en el derecho internacional público

La responsabilidad internacional del individuo es una adquisición relativamente reciente del derecho internacional. (12) Si bien las leyes de la

(10) ABELLÁN HONRUBIA, 1999, p. 393.

(11) SAN MARTÍN CASTRO, César, en: SALMÓN, 2001, p. 130: La intervención complementaria de la Corte se asienta en una premisa esencial: la investigación y sanción de los crímenes contra los derechos humanos es una obligación de todos los Estados. Si los Estados no realizan investigaciones conducentes a juzgar a los responsables de estos actos, la Corte tiene el camino expedito para ejercer competencia en relación con estos hechos.

(12) MERON, 2003, pp. 137-138: Typically, norms of international law have been addressed to States. They have engaged, in case of violation, the international responsibility of the State. With increasing frequency, however, international law, and especially the law of war, has directed its proscriptions both to States and to individuals and groups. Moreover, there has been increasing willingness to interpret treaties as creating not only State responsibility but individual criminal liability as well. The trend towards imposing individual criminal responsibility for violation of an increasing number of norms of international law is clearly ascendant. Modern international

guerra proscribían ciertas acciones, no correspondía más que a la jurisdicción interna el conocer de lo delitos cometidos durante la conducción de las hostilidades respecto de los prisioneros de guerra o de la población civil del Estado enemigo. Los delitos cometidos durante un conflicto armado eran conocidos únicamente por las autoridades militares de las fuerzas armadas involucradas y sometidos al derecho y a los tribunales internos.

El Tratado de Versalles determina por primera vez que un individuo es directamente responsable de un crimen internacional, al establecer que el ex emperador alemán debía responder ante un tribunal internacional por haber desencadenado la primera guerra mundial. Sin embargo, no sería hasta los procesos de Nüremberg que quedaría claramente establecida la responsabilidad internacional de los individuos por la comisión de delitos internacionales.

No obstante, más que el determinar que un individuo es internacionalmente responsable por la comisión de crímenes, el hecho determinante es que dicha responsabilidad procede directamente del derecho internacional (13) y la responsabilidad se origina por la violación de normas internacionales, con lo cuál la definición de la responsabilidad del individuo se desliga del derecho interno, pues incluso en los casos que el derecho interno no tenga prevista la figura penal del crimen cometido, bastaría que este se encuentre establecido por el derecho internacional para que su comisión sea perseguible. Sin embargo, resulta necesaria la colaboración de los Estados para que el los crímenes internacionales puedan ser sancionables.

> L'expression «responsabilité internationale de l'individu» signifie que pour certains comportements illicites l'individu doit repondré sur la base d'une norme internationale qui incrimine ces comportements. Il est depuis longtemps reconnu que cette base peut être indépendante du droit interne, bien que *dans la presque totalité des cas* le concours du droit interne est pratiquement indispensable. (ROUCONAS, 2002, p. 362).

humanitarian law imposes, and is perceived as imposing, criminal responsibility on individuals, often in addition to the State's international responsibility. International conventions that proscribe certain activities of international concern without creating international tribunals to try the violators characteristically obligate States to prohibit those activities and to punish the natural and legal persons under their jurisdiction for violations according to national law.

(13) ABELLÁN HONRUBIA, p. 360: En principe, dans la mesure où elle est étable par le droit international, la reponsabilité de l'individu s'aplique de la même façon que les autres normes de cet ordre juridique, c'est-à-dire à travers les organes de l'Etat ou à travers une procédure internationale.

Para la determinación de la responsabilidad individual, en el derecho internacional penal, al igual que en los derechos internos, es de importancia capital que el hecho imputable lo sea no únicamente al autor, sino a la voluntad de dicho autor de obtener como resultado la vulneración de un bien jurídicamente protegido. (14) En tal sentido, no sólo se exige la representación del resultado, sino también que ese resultado pudiera haber sido razonablemente previsto.

> Conformément au droit pénal, pour qu'un individu commet un acte illicite soit pénalement responsable il est nécessaire que l'acte illicite soit réalisé volontairement, avec l'intention de commettre un délit, ou sans prévoir le résultat préjudiciable, quand celui-ci pouvait et devait être prévu. Il faut encore que l'individu soit capable psychiquement et mentalement de commetre un délit (imputabilité), et qu'il n'existe pas une cause pour laquelle on puisse excuser son comportement illicite. L'appréciation de la culpabilité est revêtue d'une série de conditions légales qui servent de garantie à l'accusé et permetent au juge d'apprecier toutes les circonstances de l'affaire. (ABELLÁN HONRUBIA, 1999, p. 405).

La responsabilidad por autoría mediata (responsabilidad del superior)

Para la responsabilidad internacional no es relevante la estructura que haya servido de marco o vehículo para la comisión del crimen, pues son los individuos y no las organizaciones de ningún tipo a las que se imputa el delito. Inclusive la investidura de quien comete el crimen no puede ser-

(14) *Ibid.*, p. 406: Actuellement toutes les sources de droit international dans cette matière coincident pour exiger l'intention de commettre un délit et la considérant soit comme un élément intégrant du type pénal – tel est le cas du crime de génocide – soit comme une condition de la responsabilité internationale de l'individu.

virle de escudo para evitar la acción de la justicia internacional, (15) pues en los Principios de Nüremberg se establece claramente que aún la categoría de jefe de Estado no es eximente de la responsabilidad, si bien el derecho internacional penal ha desarrollado toda una doctrina y recientemente una jurisprudencia respecto de aquellas causas que eximen de responsabilidad, como se verá más adelante.

En los juicios de Nüremberg y Tokio no se hizo distingo alguno acerca de la responsabilidad individual, por lo que toda forma de participación fue criminalizada, sin importar el grado en que concurrió en la comisión del delito (Ambos, 2004, p. 320). Adicionalmente, en el caso de los crímenes cometidos en la segunda guerra mundial – no todos sancionados – se considero además la responsabilidad de los mandos políticos y militares, aún cuando muchos de ellos no habían tomado parte activa en la comisión de los mismos, pero formaron parte de la organización criminal que los ejecutó.(16)

En lo que respecta a la comisión del delito, no solo la autoría inmediata resulta sancionable, sino también la autoría mediata, en función a la capacidad de controlar la voluntad de quienes cometen un crimen ejecutando ordenes (teoría del dominio de los hechos), por lo que quien comete el crimen pasa por ser un mero ejecutor circunstancial, en tanto parte integrante de una organización o sistema, por lo que cobra mayor relevancia la posición de dominio o jerarquía dentro de una organización, que hace a sus líderes o conductores directamente responsables por los crímenes que la organización comete (Ambos, 2004, p. 332-336). El creador de la teoría, el profesor Roxin, la explica así:

> Mi idea fundamental consistía en que, al tomar el dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a éste y – ésta era la nueva idea –

(15) *Ibid.*, p. 420: Le supérieur hiérarchique contribue à ce crime quand il manque à son devoir de prévenir ou de réprimer l'acte illicite de son subordonné, soit par negligence grave, soit parce qu'il justifie ou partage la conduite du subordonné (*mens rea*).

(16) ROXIN, Claus, 2004, p. 224: Cuando Hitler, Himmler o Eichmann (a quien se había procesado en 1961 en Jerusalén) daban órdenes de matar, podían estar seguros de su cumplimiento, pues – a diferencia de la inducción – , ninguna negativa del destinatario de la orden podía impedir que el hecho ordenado se realizara. En tal caso otro se encargaba de ejecutar la orden.

> puede dar la orden a través de un aparato de poder, el cuál asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por si mismo garantiza la ejecución. El dador de la orden puede renuncia a coaccionar o a engañar al autor ejecutante inmediato, pues el aparato, en caso de incumplimiento, tiene suficientemente a otros sujetos a disposición que pueden asumir la función de tal ejecutante. Por ello también es característica de esa forma de autoría mediata que el hombre de atrás mayormente ni siquiera conozca personalmente al ejecutante inmediato. (ROXIN, 2004, p. 223).

La responsabilidad por mando implicará, de acuerdo a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia: (17)

- La existencia de una relación de subordinación;
- El conocimiento del superior del crimen que se realizo o que estaba por realizarse;
- El fracaso del superior parta tomar medida razonables y necesarias para impedir la consumación del crimen. (Ambos, 2004, p. 344).

Resalta en el derecho internacional penal, a partir de los procesos de Nüremberg, el desarrollo teórico del derecho penal (Roxin) y los procesos del Tribual Internacional Penal para la ex Yugoslavia, que la concepción de la autoría mediata se diferencia con mayor nitidez de otras figuras afines (inducción, coautoría) y cobra entidad propia, asumiendo incluso una mayor responsabilidad y siendo por lo tanto pasible de una mayor sanción que la autoría inmediata. La figura de la autoría mediata permite la sanción de quienes ocupan posiciones de mando (civil o militar) en estructuras de poder estatal o inclusive no estatal, en tanto organizaciones destinadas a la comisión de crímenes de manera organizada o sistemática (Roxin, 2004, p. 224).

Evidentemente, no forma parte del análisis de estas estructuras criminales el motivo por el cual estas existen, reclutan a sus miembros y enajenan de tal manera las voluntades individuales que las subsumen dentro de una aparato criminal. Para el derecho internacional penal no es relevante qué tipo de estructura se emplea, sino la comisión del crimen inter-

(17) ICTY, Prosecutor vs. Blaskic, pár. 289 y ss. Prosecutor vs. Delalic et al. judgment, pár. 346.

nacional en sí la que lo hace perseguible, tanto en sus autores inmediatos como en sus autores mediatos. De esta forma, en realidad, puede llegarse a imputar los crímenes a quienes como autores intelectuales de los mismos, pueden alegar el hecho cierto de no haberlos cometido por propia mano, pero las circunstancias de la comisión delictiva precisamente no atienden únicamente al medio empleado o la identidad del autor inmediato, sino esencialmente a la sanción de todos cuantos hayan participado en el crimen, independientemente de la posición que ocupasen en la organización criminal que lo planificó y ejecutó.

> Según mi concepción, aquí es autor mediato todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder – sin importar el nivel jerárquico – y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los cuáles no importa la individualidad del ejecutante.
> Luego, la "fungibilidad", es decir, la posibilidad ilimitada de reemplazar al autor inmediato, es lo que garantiza al hombre de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar los acontecimientos. El actor inmediato solamente es un "engranaje" reemplazable en la maquinaria del aparato de poder. Esto no cambia para nada el hecho de que quien finalmente ejecute de propia mano el homicidio sea punible como autor inmediato. Pese a todo, los dadores de la orden ubicados en la palanca del poder son autores mediatos, pues la ejecución del hecho, a diferencia de la inducción, no depende de la decisión del autor inmediato.[...] La forma de aparición del autor mediato que se ha explicado constituye la expresión jurídica adecuada frente al fenómeno del "autor de escritorio", el cual, sin perjuicio de su dominio del hecho, depende necesariamente de autores inmediato. (Roxin, 2004, p. 224).

Si bien en lo que respecta al nivel objetivo de la comisión de un crimen internacional, el derecho internacional penal emplea un concepto amplio de participación en el sentido de cualquier acción conducente a realizar el acto ilícito, el elemento subjetivo del conocimiento (*mens rea*) tiene un peso importante al momento de apreciar los hechos, sin embargo, en un derecho aún en formación, cabe esperar que se pueda delinear con mayor nitidez la responsabilidad individual.

> En conclusión, par rapport à la détermination et à la portée de la responsabilité, tout ce qui a été exposé précédement nous permet d'affirmer que, conformément à la pratique internationale et au processus de codification et au développement progressif du droit international, il existe des éléments suffisants pour déterminer la portée de la norme sur la responsabilité internationale de l'individu, dans les termes suivants: la responsabilité internationales pour des crimes de droit international couvre tous les individus qui – sauf l'inimputabilité – participent de façon directe ou indirecte à un crime de droit international, quelle que soit leur qualité officielle, y compris celle de chef d'Etat, chef de gouvernement, ou supérieur hiérarchique, indépendantement qu'ils aient ou non agi en exécution des ordres d'un gouvernement ou d'une autorité supérieure. Dans le cas de crime contre l'humanité ou de génocide, l'application de cette norme n'admet aucun motif d'exonération de la responsabilité, sauf celle de l'inimputabilité à l'individu par manque de discernement. (ABELLÁN HONRUBIA, 1999, p. 421-422).

5. Los crímenes en el derecho internacional penal y la legalidad penal internacional

Un aspecto de especial relevancia, tanto para la doctrina como para la técnica legislativa internacional ha sido arribar a una tipificación de los crímenes internacionales, con independencia de las referencias a los sistemas jurídicos nacionales, con prescindencia de las analogías , estableciendo tipos penales de la mayor especificidad posible y sancionándolos con penas adecuadas.(18) En ese sentido, ha debido seguirse la doctrina

(18) RAMA – MONTALDO, 1994, pp. 868-869: Por su parte, el concepto de "crimen internacional" se refiere a aquella conducta cuyo carácter penalmente ilícito está determinado no por el derecho interno sino por el propio derecho internacional, ya por norma consuetudinaria, ya por vía convencional. El ejemplo típico de crimen internacional consagrado por el derecho internacional consuetudinario y, más tarde, por el derecho internacional convencional, es el delito de piratería frente al cual el derecho internacional concibió el así llamado concepto de "jurisdicción universal" según el cual todo estado puede apresar en alta mar o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún estado a un buque o a una aeronave pirata, y detener a las personas que se encuentren a bordo de dicho buque o aeronave, pudiendo, los tribunales de dicho Estado, decidir las penas que deben imponerse.

penal que considera al delito como una acción típica, antijurídica y culpable, para definir el alcance de cada tipo penal de delito internacional, las circunstancias que rodean su comisión y también las circunstancias propias de la autoría o participación, los hechos materiales y los aspectos subjetivos.

El principal problema se sitúa en la confluencia entre el derecho internacional penal y los derechos penales nacionales, en el sentido que, en el derecho internacional, no todo lo que se encuentra prohibido está tipificado como delito y sancionado, a diferencia de los derechos penales nacionales, que requieren expresamente de la tipicidad y la sanción, previamente establecidas, para que se configure el delito (*nullum crime, nulla poena sine lege*). Debe tomarse en cuenta, además, que en el derecho internacional las violaciones graves al derecho internacional humanitario sólo fueron criminalizadas, durante largo tiempo, únicamente para los supuestos de ser cometidas en casos de conflictos internacionales, dejando un vacío en los casos de conflictos no internacionales que recién ha venido a ser llenada en tiempos reciente con la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* y con lo dispuesto por el Estatuto de Roma. (19)

En el derecho internacional no toda prohibición configura un tipo penal ni se le establece previamente una sanción, (20) y la situación se torna más compleja cuando la norma internacional invocada es de carácter consuetudinario. (21) A eso se añade la restricción que se aplica a la ley penal, respecto que las lagunas del derecho no se llenan por analogía,

(19) MOMTAZ, 2001, p. 112: Quant à la critique selon laquelle l'incrimination des violations du droi international humanitaire aplicable aux conflits armés non internationaux mêconnaîtrait la règle *nullum crime sine lege*, elle resiste encore moins à l'examen. La criminalisation des violations graves des Conventions de La Haye de 1907 par le Statut de Tribunal militaire de Nuremberg avait suscité, en son temps, la même réaction. Il est évident que, dans le système international, le principe de la legalité ne doit pas être entendu, en raison de l'absence de législateur international, en ce sens qu'un texte conventionnel doit definir les infractions et les peines. Ainsi, dans le contexte international, cette règle ne peut être considérée comme ayant été violée si l'incrimination de l'acte a été universellement acceptée. On peut même affirmer que la règle *nullum crime sine lege* ne pourrait éter considérée comme un obstacle à l'exercise de la juridiction d'un tribunal pourvu que l'acte incriminé soit considéré comme étant contraire au droit international.

(20) MERON, 2003, p. 142: Not all things prohibited by international law constitute offences involving the individual criminal responsibility of individuals and not all offences involving such individual responsibility are subject to universality jurisdiction.

(21) ABELLÁN HONRUBIA, 1999, p. 364: La question est alors de déterminer si les tribunaux internes, comme les tribunaux internationaux, doivent apprécier que le principe nullum crime sine lege est suffisamment garanti quand le crime est qualifié par le droit international coutumier.

de manera que no es posible ni extender a una conducta contra lo prohibido la calidad de delito, ni hacerle extensiva una pena que corresponda a un delito previamente tipificado como tal. Ambos analiza de la manera siguiente el principio de legalidad de la norma penal contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

> El principio *nullum crime* (sine lege scripta, praevia, certa et stricta) está explícitamente contemplado en sus cuatro diferentes formas (artículos 22, 24): Una persona sólo puede ser castigada por una acción que estuviera prevista en el Estatuto al tiempo de su comisión (lex scripta), que fuera cometida tras su entrada en vigor (lex praevia), que estuviera definida con suficiente claridad (lex certa) y que no fuera ampliable por analogía (lex stricta). Los últimos principios de ley cierta y de prohibición de la analogía tienen por consecuencia que las ambigüedades han de ser resueltas a favor del inculpado. Además, los principios de ley escrita ("statue law") y de no retroactividad (lex praevia) dan al inculpado el derecho de ampararse en la ley en vigor al tiempo de la comisión. En caso de cambio de ley antes de dictar sentencia se ha de aplicar la que sea más favorable al reo. (AMBOS, 2004, p. 276).

Este problema de "legalidad" de la norma penal afecta especialmente el ejercicio de la jurisdicción internacional para la sanción de crímenes internacionales como el genocidio, el apartheid, la tortura y las violaciones al derecho internacional humanitario, puesto que los convenios internacionales que proscriben esas acciones y facultan a los Estados a sancionarlas, no establecen tipos penales definidos (autoría, coautoría, participación, agravantes) ni sanciones específicas, dejando a los Estados la responsabilidad de tipificar esos crímenes en sus respectivas legislaciones nacionales, así como asignarles una sanción, lo que hace que su tratamiento pueda ser diferente según las corrientes doctrinales o de política penal vigentes en cada realidad nacional o regional. (22)

(22) MERON, 2003, p. 138: The penal element of international humanitarian law is still rudimentary. Its development has been nourished by such broad ideas as the martens Clause, general principles of law recognized by civilized nations, and general principles of penal law. When the treaties fail to define clearly the criminality of prohibited acts, the underlying assumption has been that customary law and internal penal law would supply the missing links. ABELLÁN HONRUBIA, 1999, 363: Mais, en tout cas, il revient à chaque Etat partie de déterminer. Conformément à

La única posibilidad para la actuación de las jurisdicciones nacionales resulta entonces la previa tipificación de los delitos, lo cual no deja de ser poco congruente con la intención de los convenios internacionales, pues la falta de acción legislativa de los Estados puede frustrar el que se cumpla el cometido de facultar a las jurisdicciones nacionales para actuar directamente contra quienes cometan los delitos que son materia de persecución internacional.

6. La Corte Penal Internacional y la jurisdicción penal internacional

Coronando las inquietudes de más de un siglo y los esfuerzos reiterados de establecer una jurisdicción que velara por la observancia del derecho en la comunidad internacional, el 17 de julio de 1998 se suscribió el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la cual ha entrado en funciones en su sede de La Haya. El establecimiento de la Corte Penal Internacional es un paso trascendental en el establecimiento de una jurisdicción universal y de la efectiva responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes internacionales.(23)

---

sa propre procédure constitutionnelle, si le principe nullum crime sine lege est couvert par le traité un fois qu'il est entré en vigueur, ou si lòn doit proceder à la qualification expresse du délit dans la loi pénale interne. Il faut signaler, cependant, que même si on considère que la participation au traité est sufficante pour couvrir le principe nullum crime sine lege, le problème continue en relation au principe nullum poena sine lege: poru fournir cette exigence d'établir la peine qui correspond au délit, il faut que le délit soit qualifié expressément dans l'ordre juridique interne.

(23) Sin embargo, la creación de la Corte Penal Internacional no ha estado exenta de polémica, pese a los elevados fines que con su creación se persiguen. Así por ejemplo, el paladín de la *realpolitik* contemporánea e influyente líder de opinión, Henry Kissinger (KISSINGER, Henry, 2001, pp. 87-98), ha expresado su temor de pasar "de la tiranía de los gobiernos a la tiranía de los jueces", oponiéndose no sólo a la Corte Penal Internacional sino incluso a la existencia misma de la jurisdicción internacional, en función a que pueda ser objeto de manipulación política, proponiendo a cambio un sistema bajo la tutela del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, análogo al empleado en la ex Yugoslavia y en Ruanda. Bien es cierto que los argumentos son de orden más político que jurídico, especialmente cuando, a propósito del caso Pinochet, se pronuncia sobre el derecho de los Estados a encarar su propios procesos políticos sin interferencia externa, pero aún así, soslaya el hecho que los valores fundamentales que protegen los derechos humanos y el derecho humanitario están hoy en día más allá y por encima de los meros criterios de oportunidad o conveniencia política, sin que ello desdeñe la búsqueda de un equilibrio que permita a las sociedades cerrar heridas del pasado y entablar procesos de reconciliación y pacificación. No parece que la Corte Penal Internacional tenga entre sus propósitos de creación impedir que tales procesos políticos se lleven a cabo.

La tarea confiada a la Corte Penal Internacional, desde antes de su creación despertaba expectativas respecto de su imparcialidad y efectiva amplitud de sus atribuciones, que la diferenciaran claramente de todos los precedentes antes mencionados y cuyas limitaciones estuviese en condición de superar.

> Es claro que para que estemos en presencia de una verdadera jurisdicción penal internacional debe tratarse de un tribunal de carácter jurídico cuya función sea la determinación de los hechos y la aplicación del derecho a dichos hechos, en el ejercicio de una total imparcialidad e independencia. Por ello, deliberadamente, nos hemos abstenido de mencionar entre los precedentes de tribunales penales internacionales ciertos tribunales de carácter preponderantemente político en los que o bien la culpabilidad de cierta categoría de personas en relación con la comisión de ciertos crímenes se da por sentada en la carta constitutiva del tribunal, o bien la jurisdicción de este último recae sólo sobre personas de determinada nacionalidad, excluyéndose de la jurisdicción del tribunal el enjuiciamiento de otras categorías de personas que pudieron haber cometido crímenes similares en el mismo contexto fáctico. (RAMA – MONTALDO, 1994, p. 880).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional es bastante explícito en su Preámbulo sobre cuales son los fines que se persiguen con la creación d este alto tribunal. No cabe duda del valor interpretativo que el Preámbulo tiene dentro del conjunto del Estatuto, y la declaración de intenciones que en él se hace debe guiar la conducta tanto de la Corte como de los Estados miembros a efectos de darle cabal cumplimiento al tratado internacional constitutivo de esa instancia jurisdiccional y codificador de los crímenes de derecho internacional.

> *Reconociendo* que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,
> *Afirmando* que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes
Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, [...]
Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,
Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,
Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera.

El Preámbulo nos sitúa entonces en el fundamento mismo de la necesidad de creación de la Corte, cual es la protección de la Comunidad Internacional y de la humanidad respecto de la comisión de crímenes de especial gravedad, que son tales no en virtud de una o varias legislaciones nacionales, sino por ministerio del propio derecho internacional público, que lejos de mermar las competencias punitivas estatales, viene a reafirmarla y a dotarlas de un instrumento incontestable, la codificación y tipificación de los principales crímenes internacionales, para hacer posible que la comisión de los mismos pueda ser reprimida en todo tiempo y lugar.(24)

Cabe destacar que el Preámbulo mismo recuerda a los Estados su obligación de ejercer una competencia punitiva, y que a tal efecto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su calidad de tratado internacional, en tanto tipifica conductas punibles, puede ser de directa aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales, aún en defecto de una legislación interna que recoja adecuadamente los tipos penales que dicho instrumento con-

(24) MOMTAZ, 2001, p. 134: La volonté de la communauté internationale de mettre fin à la culture de l'impunité s'est concretisée par l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale, dont le préambule affirme que les crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et uqe leur represión doit éter effectivement assurée.

templa.(25) De tal manera, las jurisdicciones nacionales, por mandato del derecho internacional, devienen en jurisdicciones internacionales cuando persiguen y sancionan crímenes internacionales y aplican de manera directa, o bien en su forma de recepción interna, las normas internacionales que sancionan aquellos crímenes que *constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.*

La Corte Penal internacional es competente, a tenor de lo dispuesto en su artículo 5º, sobre los siguientes crímenes:

a) Genocidio;
b) Crímenes de lesa humanidad;
c) Crímenes de guerra;
d) Crimen de agresión.

El crimen de genocidio, recogiendo la definición de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), es tipificado en el artículo 6º del Estatuto de la manera siguiente:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «genocidio» cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir toral 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;

(25) MERON, 2003, p. 181: This robust normative development can best be illustrated by the crimes defined in the ICC Statute. One is struck by three aspects of the scope of crimes under international humanitarian law in the Rome Statute. First, many participating Governments appeared ready to accept an expansive concept of customary international law with out much supporting practice. Second, there is an increasing readiness to recognize that some rules of international humanitarian law once considered to involve only the responsibility of States are also a basis for individual criminal responsibility. There are lessons to be learned here about the impact of public opinion on the formation of *opinio juris* and customary law.

Third, the inclusion in the ICC Statue of common Article 3 and crimes against humanity, the latter divorced from a war nexus, connotes certain blurring of international humanitarian law with human rights law and thus an incremental criminalization of serious violations of human rights.

d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Sin embargo, aún cuando la definición de 1948 puede parecer limitada, la jurisprudencia reciente de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, han hecho una interpretación más acorde con las realidades que puede asumir el genocidio como "crimen de crímenes".

Los «crímenes de lesa humanidad» no son definidos como tales por el artículo 7° del Estatuto, señalando una serie de conductas delictivas cuyo denominador común es ser cometidas "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque", como elemento subjetivo constitutivo del crimen; (26) el artículo opta por una enumeración que no constituye *numerus clausus*, pues en el acápite final se incluyen "otros actos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". En cualquier caso, los crímenes de lesa humanidad no requieren de una situación especial para ser cometidos, pues esto bien puede suceder en tiempos de paz como en tiempos de guerra. (27)

El caso de la tipificación de los «crímenes de guerra» en el artículo 8° del Estatuto no presenta menos problemas que los casos anteriores. Aquí, las prohibiciones del Derecho de La Haya y del Derecho de Ginebra, es decir, tanto las violaciones al Derecho de la Conducción de las

(26) RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, en: CARRILLO SALCEDO, 2000, p. 315: El elenco de ilícitos señalados responde a una categoría de derechos humanos regulados en el ámbito de los distintos ordenamientos internos, que sin poder considerarse que todos ellos constituyen el denominado núcleo duro de derechos humanos, en la terminología internacionalista, sí constituyen derechos esenciales de la persona regulados como tales en la mayoría de los sistemas jurídicos.

La tipificación de las violaciones a estos derechos como crímenes contra la humanidad aparece unida a una serie de requisitos que tuvieron su gestación en Nuremberg, su confirmación en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad, y su consolidación el en estatuto de la CPI: deben ser actos dirigidos contra la población civil, cometidos de forma generalizada o sistemática y que respondan a un ataque del cual es autor del ilícito tenga conocimiento.

(27) MERON, 2003, p. 165: The chapeau of crimes against humanity mentions no nexus to armed conflicts, either international or internal character. The Statute thus confirms that crimes against humanity are as applicable in peacetime as they are in wartime. Crimes against humanity under the Rome Statute, as well as some of the offences listed for non – international armed conflicts, overlap with some violations of fundamental human rights (such torture, rape or enslavement), which thus become criminalized under a multilateral treaty.

Hostilidades como al Derecho Internacional Humanitario, quedan constituidas como tipos penales, buscando cubrir todos los eventuales posibles conflictos, desde los internacionales hasta los no internacionales, a tenor del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. si bien es cierto que en el Estatuto se señalan como «crímenes de guerra» lo que en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y los Convenios de Ginebra de 1949 se limitaban a prohibiciones, aquí el elemento constitutivo del delito aparenta ser la intencionalidad (*mens rea*) o elemento subjetivo, expresado en la frase *"cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes"*. La enumeración de conductas delictivas e inclusive la sanción al empleo de ciertos medios no deja de llamar la atención, pues parece haberse congelado en el listado contenido hasta el Protocolo Adicional N° 1 de 1977, sin adoptar la evolución más reciente sobre esas materias.

> Los crímenes de guerra también son recogidos por el estatuto de Roma cuando ya están suficientemente definidos y con una enorme experiencia judicial al respecto. Se recogen las violaciones más graves del Derecho Internacional Humanitario recogidos en los 4 Convenios de Ginebra y en los Protocolos Adicionales, así como en otros textos normativos más recientes. Sin embargo, a pesar de hacer referencia expresa a los Convenios de Ginebra, hace una pormenorizada y exhaustiva relación de las conductas que considera tipificadas. Sorprende que se haya sido tan comedido en las violaciones graves del derecho Internacional Humanitario cuando esta rama del Derecho internacional ha sufrido un alto grado de perfección jurídica. Por ejemplo, es sorprendente que sólo se recojan como crímenes de guerra el uso de armas venenosas, gases asfixiantes o tóxicos, o balas con incisiones, etc. es decir, lo ya recogido en numerosos Convenios Internacionales, conocidos como Derecho de La Haya, y no se contemplaran algunos recientes como las minas antipersonales, las armas químicas, cegadoras, nucleares, etc. (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo, En: CARRILLO SALCEDO, 2000, p. 253).

El crimen de agresión no está definido por el Estatuto, y más bien difiere su definición, la que será realizada por una Asamblea de los Estados Partes. No obstante, la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea

General de la ONU del 14 de diciembre de 1974 constituyó una "Definición de la Agresión", aunque dicho texto la calificó como "la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza" no se refirió a ella como un crimen internacional, y en ninguna parte del texto encontramos una postura valorativa que permita asumir su calidad de tal. (28)

Lo que el Estatuto denomina en su artículo 9° como "Elementos de los crímenes", a tenor del Proyecto de Texto Definitivo de los Elementos de los Crímenes (Doc. PCNICC/2000/INF/3/ADD: 2 de 2 de noviembre de 2000) (29) no parece ser otra cosa que precisamente la tipificación de las conductas criminales enumeradas en el Estatuto, tipificación que está bastante más acorde con lo generalmente aceptado en el derecho penal contemporáneo que un simple listado de conductas delictivas. La revisión de tales Elementos de los Crímenes confirma esa impresión.(30)

7. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales

El artículo 29° del Estatuto enuncia que: "Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán". Con esa sola frase queda consagrado el principio consuetudinario de la imprescriptibilidad de crímenes atroces como el genocidio, la tortura, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, para evitar que el mero transcurso del tiempo terminara por eximir de sus responsabilidades a quienes habían cometido dichos crímenes y habían logrado en su momento evadir el alcance de la justicia. Si bien es cierto que no se determino que dichos crímenes no prescribían,

(28) ROUCONAS. Emmanuel, 2002, p. 273: Après trente ans d'indecision, l'Assemblée générale des Nations Unies a finalement adopté en 1974 une longue definition (non limitative) d'actes constituant une aggression et cette definition contient les elèments indispensables pour la poursuite des individus qui commetent une crime au nom de l'Etat. Pour la comisión de ce crime il ne suffit pas que l'auteur soiy un organes de l'Etat, il devra appartenir au cercle restreint de la direction de l'Etat.

(29) PIGNATELLI Y MECA, 2003, pp. 447 y ss.

(30) MERON, 2003, p. 182: Another important development is the growing recognition that the elevation of many principles of international humanitarian law from the rhetorical to the normative, and from State responsibility to individual criminal accountability, creates a real need for the crimes within the ICC's jurisdiction to be defines and applied with the clarity, precision and specificity required for criminal law, in accordance with the principle of legality (*nullum crimen sine lege*). The adoption of the ICC elements of crimes is an important step in that direction.

tampoco se señalo un horizonte de tiempo para la validez de la acción penal o la punición de dichos crímenes. (31)

> La imprescriptibilidad aparece, así, como una medida que contribuye a la finalidad última de que tales crímenes no queden impunes. En efecto, la gravedad de las conductas que integran los llamados crímenes contra el Derecho de Gentes, la lesión que ellos suponen a toda la humanidad en su conjunto, y el interés de la comunidad internacional en la persecución penal de esos crímenes no parecen compatibles con la existencia de un momento a partir del cual el autor de un crimen semejante pudiera estar a salvo de tener que responder penalmente por un acto que conmueve los principios más elementales de humanidad. Estos principios se hallan, además, protegidos por su carácter imperativo, de jus cogens internacional. (MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, en: SALMÓN, 2001, p. 184).

Concebida generalmente como una garantía de la ley penal, la prescripción caracteriza a los delitos de derecho interno por cuanto, transcurrido un tiempo (que la propia ley señala) desde su comisión sin que estos hayan sido sancionados, el autor escapa a la acción de la justicia al franquear la barrera de tiempo que se establece para que la acción penal conserve su eficacia. (32) La prescripción en el derecho penal extingue la acción contra el delito cometido.

Distinto es el caso del derecho internacional penal, donde los crímenes son de tal naturaleza que, precisamente, los caracteriza la ausencia de prescripción. Subsiste el delito y subsiste la posibilidad de la acción penal en tanto subsista el autor del crimen.

> Indicada por varios autores, una de las razones más evidentes para la aceptación indiscutida del principio de imprescriptibilidad estriba en el umbral de gravedad de los crímenes de competencia de la Corte Pena

(31) Algunos autores ponen en cuestión la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, invocando inconsistencias doctrinarias e incluso prácticas que los llevan a dudar de una práctica generalmente aceptada. Vid. ABELLÁN HONRUBIA, 1999, pp. 381-387.

(32) ROUCONAS, 2002, p. 384: La prescription est une institution qui exclut les réclamations ou les actions en justice lorsqu'une certaine période de temps s'est écoulée depuis la pérpetration d'un acte, et ce par considération de sécurité juridique, de la difficulté de produire de preuves et de la nécessité de promouvoir la paix sociale.

(el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de agresión), que, como se recordará, son «los más graves delitos de trascendencia para la comunidad internacional». A este respecto, es indudable, desde nuestra perspectiva, que el artículo 29 es declarativo de una norma consuetudinaria de Derecho Internacional general en cuanto a la imprescriptibilidad como un elemento que configura la propia naturaleza de los crímenes más graves de Derecho Internacional. (MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen, en: SALMÓN, 2001, p. 193).

En este punto, no cabe la posibilidad de conflicto de normas entre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y las leyes penales internas de los Estados. Si bien es cierto que en la mayoría de ellos existe la figura de la prescripción, esta rige para los delitos de derecho interno, y no puede ser ni invocada por el reo ni aplicada por un tribunal nacional al juzgar crímenes internacionales. Aún a defecto de la adecuación normativa interna con las disposiciones del Estatuto, este obliga en tanto tratado internacional, que recoge y cristaliza una norma de derecho consuetudinario cual es la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En el caso que un tribunal nacional deba conocer un caso de crímenes internacionales, lo hará por ministerio del propio Derecho Internacional, deberá aplicar directamente sus normas y estará sometido a sus mandatos, uno de los cuales establece precisamente la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

8. Las circunstancias eximentes de responsabilidad en el derecho internacional penal

La exclusión de la culpabilidad tiene en el derecho penal ciertas connotaciones propias cuya consecuencia principal es limitar o descartar la responsabilidad en la comisión de un delito,(33) salvo el caso de ausencia

(33) AMBOS, 2004, p. 372: Desde el punto de vista del *Derecho penal*, el reconocimiento de causales excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva a favor del subordinado, plantea siempre una cuestión de *reproche individual* por el hecho. Partiendo de la falta de reconocimiento del injusto por parte del subordinado (error de prohibición) se tiene que clarificar, en primer lugar, si él podía evitar el error o no. La posibilidad de evitarlo se presume en las órdenes manifiestamente ilegales. En estos casos se tiene que preguntar además si, en la situación concreta, se hubiera podido comportar conforme a las normas o no (problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

temporal o permanente de discernimiento. (34)(35) Si bien en las primeras experiencias de procesos internacionales contra criminales de guerra (Nüremberg y Tokio) no se tomaron en cuenta atenuantes de ningún tipo, la reciente jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia ha contribuido a precisar los límites de la responsabilidad, y en ese mismo sentido, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha delimitado bastante mejor las situaciones eximentes de responsabilidad.

El artículo 31° del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece las circunstancias eximentes de responsabilidad penal para los individuos que han incurrido en una conducta tipificada como crimen internacional. (36) En lugar de una elaboración doctrinaria, se han mencionado situaciones bajo las cuáles deja de ser penalmente responsable quien cometa un crimen internacional, estas situaciones son: padecer enfermedad o deficiencia mental; estado de intoxicación que prive de capacidad para apreciar la ilicitud de los hechos (salvo si la intoxicación es voluntaria); actuar en defensa propia o de tercero, o de un bien esencial para la supervivencia; haber actuado bajo coacción (amenaza de muerte o lesiones corporales).

El artículo 32° exime de responsabilidad penal a quien incurre en error de hecho, y deja a consideración si el error de derecho puede ser un exi-

(34) ABELLÁN HONRUBIA, 1999, p. 415: Nous croyons qu'il est posible d'affirmer que, conformément au droit international, aucun motif d'exoneration de responsabilité par rapport aux crimes contre l'humanité n'est recevable sau, bien évidemment, les cas d'inimputabilité à l'individu par manque de discernement.

(35) No es una circunstancia eximente de responsabilidad la edad de quien comete el crimen, pero el Estatuto señala expresamente en su artículo 26 que :"La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen." Eso no presupone que algunas legislaciones puedan considerar una edad distinta, y por lo tanto bajo ciertos regímenes jurídicos un menor de 18 años si pueda ser llevado a juicio.

(36) BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Alberto, en: SALMÓN, 2001, pp. 239-240: El hecho de que el Estatuto no haya utilizado la clasificación de las eximentes de responsabilidad agrupadas en casos de atipicidad, justificación e inculpabilidad coincide con la mayoría de la doctrina penalista, pues no existe un real consenso en el tema. La ciencia camina más rápido que las leyes y los problemas de dogmática siguen siendo muy controvertidos. Por ejemplo, el estado de necesidad es para muchos una causa de justificación, mientras que para otros es una causa de exculpación; la obediencia debida o jerárquica es una causa de exculpación para algunos autores y una causa de justificación para otros; el error suele situarse entre los problemas de culpabilidad como límite del dolo, mientras algunos distinguen entre error de tipo y error de prohibición y afilian a la tipicidad subjetiva el error de tipo y a la culpabilidad el error de prohibición. El Estatuto prescinde de clasificación en su art. 31 y solo ha separado en dicho dispositivo y en otros artículos las diferentes causas eximentes de responsabilidad penal.

mente, sólo en tanto y en cuanto hace desaparecer el elemento de intencionalidad.

> De otro lado, es necesario indicar que el estatuto, en relación con el error de hecho, no diferencia si este es vencible (superable) o invencible (insuperable). Lo cual se podría justificar en los Estatutos, puesto que todos los crímenes que se contemplan se sancionan sólo si el sujeto actuó de forma dolosa. Por tanto, que el error de hecho sea vencible o invencible es totalmente irrelevante, puesto que traerá la misma consecuencia. [...]
> En cuanto a los efectos del error de tipo, habría que distinguir entre el error invencible y el vencible. El error invencible o inevitable sobre una circunstancia perteneciente al hecho típico excluye el dolo. El error vencible o evitable deja susbsistente la culpa por la negligencia en la evitación y, por ende, cabría una punibilidad a título culposo en los casos excepcionales en que la ley la contempla. (BRAMONT – ARIAS TORRES, en: SALMÓN, 2001, pp. 240-241).

La actuación bajo órdenes superiores

La situación más compleja para la doctrina y problemática para la jurisprudencia ha sido siempre la de la comisión de un crimen bajo ordenes superiores, que el Estatuto de la Corte trata en su artículo 33°, también denominada obediencia debida, empleada en la defensa de numerosos acusados por violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos, con la pretensión de eximirlos de responsabilidad o de eludir de alguna manera la sanción que les podía corresponder.

> El concepto de responsabilidad de mando – o mejor dicho, de responsabilidad del superior –, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad *directa* por la ausencia de supervisión, y por la otra, una responsabilidad *indirecta* por las conductas delictivas de otros. Finalmente [...] la responsabilidad del superior tiene un doble carácter: Es un delito propio de omisión (echtes Unterlassungsdelikt) y un delito de peligro (Gefährungsdelikt).
> Estas consideraciones más bien teóricas asumen importancia práctica si se observan, por ejemplo, los problemas de carácter probatorio que se encuentran en los casos de responsabilidad del superior: Primero debe probarse que el superior estaba en una posición de mando y control que le posibilitaba impedir o detener los delitos de los subordinados. Segundo, el superior debía tener conocimiento de estos crímenes, o debía, al menos, conscientemente ignorarlos. El último punto es especialmente controvertido. (AMBOS, 2004, p. 375).

En tal sentido, deben considerarse varios aspectos para determinar la existencia de una causal de exención de responsabilidad.

> Una orden es pues, en todo caso, recocida como antijurídica – según el baremo del observador razonable promedio – cuando es "manifiestamente ilegal" (antijurídica); en este caso existe una presunción a favor de la posibilidad de evitar el error de prohibición. Esto se debe aceptar en el caso de órdenes que se dirigen a la comisión de graves violaciones de derechos humanos. La orden de hacer "desaparecer" una persona, de torturarla o de ejecutarla ilegalmente es tan "manifiestamente ilegal" como el genocidio de una determinada minoría étnica y determinados crímenes de guerra. Existe pues un límite absoluto, que no deja espacio para una consideración subjetiva, teniendo en cuenta el objetivo orden de valores (de Derecho Internacional), en determinadas actividades delictivas se parte del reconocimiento de la ilegalidad de la orden, y también se atribuye a todo destinatario de la orden la capacidad de efectuar tal reconocimiento. (AMBOS, 2004, p. 368).

En el caso que la orden emitida sea manifiestamente antijurídica, no existe posibilidad de un error de derecho (error de tipo), por lo que el acto es atribuible tanto a quien lo ordeno como a quien lo ejecutó. Pero si la orden no es manifiestamente antijurídica, o si no es posible al subordina-

do oponerse a su cumplimiento puede considerarse la atenuación de la responsabilidad y de la pena.(37)

En cambio, sí está fuera de duda que al superior jerárquico, sea en una organización civil o militar, siempre le cabe responsabilidad por aquellos actos de sus subordinados en tanto haya tenido sobre ellos un mando o posibilidad real y efectiva de control, tanto en la comisión de los actos delictivos, en caso los hubiera ordenado, como en impedir por los medios a su alcance la comisión de los crímenes, o reprimirla si esta se hubiera producido. (38)

9. Las tendencias del derecho internacional penal respecto de la responsabilidad individual

En la medida que se ha desarrollado el derecho internacional penal, la responsabilidad individual ha ido tomando un lugar cada vez más relevante en la sanción de los crímenes internacionales. Se ha pasado de determinar una responsabilidad exclusivamente política (Tratado de Versalles), a una responsabilidad política y militar (jerarcas alemanes y japoneses en Nüremberg y Tokio), a la exigencia d una responsabilidad criminal efectiva, sin distingos por la posición en una estructura de poder, bien fuesen dirigentes (Milosevic, Taylor) o bien ejecutores (Tadic, Scilingo), independientemente de si se trató de una situación de conflicto

(37) AMBOS, 2004, p. 371: Si se trata de un supuesto donde el subordinado, habiendo *reconocido la antijuridicidad* de la orden, sin embargo la ejecutó, sólo se puede justificar la atenuación de la pena si temía sanciones considerables al rechazar la orden. Aquí entra en consideración, pues, el aspecto ya planteado en el plano de la exclusión de la punibilidad, de la obligatoriedad de la orden dentro de la jerarquía militar, que puede impedir en determinadas circunstancias el rechazo de la orden (inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

Si se trata de un caso en el cual el subordinado *no reconoce la antijuridicidad* de la orden, pero este error (de prohibición) fue evitable, se podrá considerar, de acuerdo con lo dicho, con mayor razón una atenuación punitiva. Ya que ene este caso el grado de reproche es menor.

(38) ABELLÁN HONRUBIA, 1999, p. 419: Finalement, il ne nous reste plus qu'à signaler que la norme sur la responsabilité internationale de líndividu `pour des crimes de droit international affecte aussi le supérieur hiérarchique; c'est-à-dire que l'on reconnaît le principe selon lequel le supérieur hiérarchique est responsable des actes de ses subordonnés. Cela signifie que, s'agissant sún crime de droit international, le supérieur hiérarchique ne pourra pas s'exonerer de sa responsabilité s'il savait ou possédait línformation lui permettant de savoir que le subordonné avait commis ou allait commettre ce crime, et qu'il ná pas adopté les mesures à sa portée por empêcher ou réprimer sa perpétration.

armado internacional, de conflicto armado no internacional o si los crímenes se produjeron en tiempos de paz.

El largo camino que ha debido recorrer la responsabilidad individual hasta afirmarse como una entidad autónoma del derecho internacional, ha estado jalonado de episodios que han ido modelando la institución, despojándola de los elementos de pasión política o bélica de sus inicios, para constituirse en una realidad efectiva en el derecho internacional: el individuo, como sujeto de derecho internacional, está obligado al respeto de los derechos humanos y del derecho humanitario en todo tiempo y lugar, la violación de cualquiera de ellos puede constituir un crimen de derecho internacional, directamente perseguible y sancionable en virtud de ese mismo derecho, y pasible de ser llevado ante la jurisdicción internacional en cualquiera de sus manifestaciones.

El derecho internacional penal ha alcanzado un nivel de madurez próximo al derecho penal de los Estados. Se garantiza la sanción de crímenes previamente tipificados y sancionados como tales; la jurisdicción internacional opera con parámetros de garantías universalmente aceptadas, con magistrados independientes, y sus sentencias tienen favorable acogida por parte de la Comunidad Internacional.

La responsabilidad individual no conoce más eximentes que la clásica falta de discernimiento y la ausencia de voluntad de perpetrar el crimen. Por consiguiente, la investidura política o militar no opera más como un escudo tras el cuál se ha escondido la impunidad de los autores mediatos de los crímenes más atroces. La justicia internacional hoy no se detiene ante inmunidades ni privilegios de autoridades pasadas o presentes, y lo mismo se ordena el arresto de un antiguo jerarca que la de un funcionario en actividad.

La obediencia debida u obediencia al superior, ha dejado de ser la excusa para perpetrar crímenes; hoy se exige que el agente o subordinado pueda apreciar la licitud de la orden recibida y su compatibilidad con el deber de protección de los derechos de las personas. La responsabilidad del mando, ha pasado a convertirse en el centro de imputación de una conducta delictiva en virtud del dominio de los hechos o de la organización, que permite criminalizar directamente a los altos mandos o responsables de crímenes en los cuáles no han tomado parte directamente, pero en cuyo resultado han tenido decisiva injerencia. Desaparecen pues consideracio-

nes de cualquier otro orden para situarnos frente a un desarrollo de la tipicidad penal internacional incontestablemente objetivo.

10. Conclusiones

1. La jurisdicción internacional en sus dos vertientes, lejos de haberse neutralizado se ha visto fortalecida, tanto la que ejercen tribunales nacionales con base en normas internacionales como la de la propia Corte Penal Internacional y los tribunales internacionales *ad hoc*. En el primer caso, los tribunales nacionales han conducido con éxito procesos contra crímenes internacionales, basados en el derecho internacional. Por otro lado, la justicia internacional ha tenido una importante actividad en los casos relativos a la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona, sentando una jurisprudencia relevante para tratar temas como la interpretación del genocidio, entre otros. Finalmente, la CPI ha entrado en funciones y emitido sus primeras resoluciones.

2. Queda por ver en que medida los estados firmante del Estatuto de Roma han tomado acciones destinadas a hacer compatibles las legislaciones nacionales con las normas de la Corte Penal Internacional, para facilitar el procesamiento y juzgamiento de crímenes internacionales en el foro doméstico, en cumplimiento del compromiso internacional que han asumido.

3. La tendencia que se aprecia es la de coexistencia y cooperación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional, y el mutuo fortalecimiento de ambas.

4. La responsabilidad individual en el derecho internacional penal, que se ha ido modelando a lo largo del siglo XX, con marchas y contramarchas, puede decirse que hoy está definida, codificada en una serie de instrumentos y es posible de ser exigida por la justicia tanto en tribunales nacionales como internacionales, con la indispensable cooperación judicial y legal de los Estados.

5. La responsabilidad internacional del individuo se ha tornado independiente de los medios o estructuras empleadas para la comisión de crímenes internacionales. Ahora es posible distinguirla según sus diversos niveles de participación y los grados de culpabilidad en la comisión de crímenes. Su tipicidad emana directamente del derecho internacional, y la reciente jurisprudencia internacional ha venido a validar los desarrollos doctrinarios sobre la imputabilidad directa a los individuos por la comisión de crímenes internacionales.

11. Bibliografía

Documentos

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de heridos y enfermos de fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949 (Convenio I).

Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de heridos, enfermos y náufragos de fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949 (Convenio II).

Convenio de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949 (Convenio III).

Convenio de Ginebra relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (Convenio IV).

Convención para la prevención y represión del delito de genocidio (1948).

Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (1973).

Convención contra la tortura (1984).

Trabajos

AMBOS, Kai.
2004 – *El nuevo Derecho Penal Internacional*. Lima: ARA Editores.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (Coordinador).
2000 – *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

DIEZ DE VELASCO, Manuel.
2003 – *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.

DÍEZ- PICAZO, Luis María.
1996 – *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Grijalbo – Mondadori.

NOVAK TALAVERA, Fabián y Luis GARCÍA – CORROCHANO MOYANO.
2002 – *Derecho Internacional Público, Tomo II, Volumen 2, Sujetos de Derecho Internacional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales.

NOVAK, Fabián (Coordinador).
2003 – *Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales.

PIGNATELLY Y MECA, Fernando (Editor).
2003 – *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios*. Madrid: Ministerio de Defensa.

ROXIN, Claus.
2004 – *Problemas actuales de dogmática penal*. Lima: ARA Editores.

SALMÓN, Elizabeth (Coordinadora).
2001 – *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales.

SALVADOR CRESPO, Iñigo.
2004 – *Derecho Internacional Penal, Estudios en perspectiva*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

SASSÒLI, Marco y Antoine BOUVIER.
1999 – *How Does Law Protect in War?* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

SUNGA, Lyals.
1992 – *Individual responsability in international law for serious rights violations*. Martinus Nijhoff.

Artículos

BOU FRANCH, Valentín.
2005 – "El crimen de genocidio según el Tribunal Penal Internacional para Ruanda", en: *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, N° 17. Madrid.

KISSINGER, Henry.
2001 – "Las trampas de la jurisdicción universal" en: *Foreign Affairs en español*, México D.F.: ITAM.

LLANOS MANSILLA, Hugo.
2001 – "El principio de jurisdicción universal en el Derecho Internacional", en: *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, N° 15. Madrid.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor.
2002 – "La cooperación judicial internacional en materia penal: el estatuto de Roma y la legislación nacional!, en: *Agenda Internacional*, Año VIII, N° 16. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales.

RAMA- MONTALDO, Manuel.
1994 – "Acerca de algunos Conceptos Básicos Relativos al derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional", en: *El*

Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Líber Amicorum en Homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, Tomo II.

Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria.
1999 – *La responsabilité internationale de l'individu*. RCADI, Tomo 280.

BARBOZA, Julio.
1999 – *International Criminal Law*. RCADI, Tomo 278.

MERON, Theodor.
2003 – *International Law in the Age of Human Rights. General Course on Public International Law*. RCADI, Tomo 301.

MOMTAZ, Djamchid.
2001 – *Le Droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux*. RCADI, Tomo 292.

ROSENNE, Shabtai.
2002 – *The Perplexities of Modern International Law. General Course on Public International Law*. RCADI, Tomo 291.

ROUCONAS, Emmanuel.
2002 – *Facteurs privés et droit international public*. RCADI, Tomo 299.

LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL PENAL INTERNACIONAL: PASADO Y PRESENTE

Dr. José Antonio TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

1.- Introducción: delimitación del tema.
2.- Naturaleza jurídica del Derecho penal internacional: ¿Derecho internacional público o Derecho internacional privado?
3.- Base del ius puniendi estatal: los principios reconocidos en el Derecho internacional.
A) El principio de territorialidad.
B) Los principios de competencia extraterritorial.
4.- La competencia judicial penal internacional en España: del Derecho histórico al Derecho vigente.
A) La normativa hasta el siglo XVIII.
B) El panorama decimonónico hasta 1870.
C) La Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870.
D) La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
E) Reglas convencionales bilaterales atinentes a España sobre situaciones particulares.
5.- Tratados multilaterales de ámbito universal: jurisdicción con carácter general.

A) Espacios polares: Tratado Antártico
B) Derecho marítimo: Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar
C) Derecho internacional aéreo
D) Convenios relativos a los Derechos Humanos: textos generales
E) Convenios sobre materias diversas
F) Especial consideración de los tratados de ámbito regional iberoamericano

6.- La inmunidad de jurisdicción penal de los órganos centrales y exteriores de las relaciones internacionales.

7.- A modo de conclusión.

I. Introducción: delimitación del tema

Varias son las precisiones que deben hacerse de cara a la precisión del contenido de la materia objeto de esta ponencia a modo de "definiciones". La primera precisión atañe al sentido del término "competencia" el cual expresa la capacidad de declarar como válidas reglas jurídicas (1), así como la de atribución legítima a un juez para el conocimiento y resolución de una causa; la segunda se refiere al vocablo "jurisdicción" *(iurisdictio*, decir el derecho) que refleja el poder de aplicar y ejecutar las leyes en un proceso dentro de un determinado territorio, pero término también que, como afirma certeramente Akehurst, debe ser utilizado con suma cautela por tener un carácter muy técnico, y que puede abarcar una gran variedad de significados (2). Esto dicho, cuando se alude a la "competencia jurisdiccional penal internacional", que también podría denominarse "competencia judicial penal internacional" o "conflicto de jurisdicciones penales", se está planteando, ante la comisión de un hecho previsto como delito por las leyes penales de un determinado Estado, no *qué* tribunal o *cuál* de los tribunales penales del Estado tienen *jurisdicción* territorial, y *competencia* "ratione materiae", para instruir la causa penal y enjuiciar tal hecho a fin de pronunciar la correspondiente sentencia condenatoria o absolutoria (la competencia general *indirecta*, en palabras de Gutteridge) sino que se está ante la cuestión previa e ineludible de determinar, en abstracto, si el poder judicial de tal Estado *puede* o *no puede* activar su mecanismo judicial (competencia general *directa*). Por tanto, no se está inquiriendo sobre si ello corresponde a tal o cual juez o tribunal del Estado (lo que corresponde al Derecho procesal penal "interno"), sino que se está ante una cuestión de Derecho procesal penal, sí, pero "internacional", cuya solución depende en primer término del posible tratado internacional vigente para ese Estado, y, en su defecto, de las normas de fuente interna del citado Estado en su dimensión o proyección "internacional", que obviamente han de ser compatibles con el Derecho internacional público. Es por ello, que desde la perspectiva del iusinternacionalpriva-

(1) Conseil de l'Europe: *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Strasbourg, 1990, p. 20.

(2) Michael Akehusrt: *Introducción al Derecho internacional*, traducción castellana, Madrid, 1972, p. 163.

tista carezca de relevancia la diferenciación existente en el plano interno de los términos "jurisdicción" y "competencia", pudiendo ser utilizados indistintamente en esta fase previa (y así lo hacemos en las páginas que siguen), lo que naturalmente no es admisible cuando se está, una vez resuelta dicha fase favorablemente para los órganos jurisdiccionales del Estado, ante el problema puramente "interno", es decir, el de determinar qué, o cuál, juez o tribunal puede desplegar su actividad sobre la causa penal.

Otra precisión a tener en cuenta es la de que la competencia se proyecta sobre tres planos: la competencia judicial (para juzgar), la competencia legislativa (esto es, la ley aplicable al fondo del proceso), y la competencia de ejecución (p. ej. de una sentencia penal) (3). Aquí solamente nos ocupamos del primero de estos planos sin dejar de advertir, por otra parte, que en el caso del Derecho penal la competencia judicial y la competencia legislativa coinciden, pues, en efecto, las jurisdicciones nacionales, en principio, solamente aplican su propio Derecho penal nacional para resolver el proceso penal, aun cuando los delitos hubieren sido cometidos fuera del territorio nacional, lo que difiere notablemente de lo que ocurre ante la relación jurídica externa de Derecho privado, en la que las reglas de Derecho internacional privado pueden ciertamente conducir, según las particularidades del supuesto de hecho, a la aplicación de la *lex fori*, pero también pueden reclamar la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero. Es importante señalar que la concreción de la "competencia o jurisdicción penal internacional" va unida a la determinación de los límites de la fuerza de la ley penal del Estado en el espacio, pues precisamente de la extensión que se atribuya a la "jurisdicción o competencia internacional" depende el ámbito de aplicación de dicha ley por los órganos jurisdiccionales penales investidos de tal competencia o jurisdicción. Dicho de otro modo, si el *ius puniendi* va a tener una aplicación extraterritorial más amplia o más restringida, lo cual viene condicionado por los principios atributivos de competencia o jurisdicción internacional admitidos por el Estado. Si bien es cierto que en 1885 Binding escribió que "el alcance de su Derecho penal lo determina cada Estado soberano" (4), no lo es menos que actualmente "sería inadmisible una extensión *ilimitada* de esa potestad desde una perspectiva jurídico-internacional" (5). Y efectivamente lo es. Son una serie de principios reconocidos por la Comunidad internacional los que cada Estado retiene, con más o menos amplitud, para establecer sus reglas de "competencia o jurisdicción penal internacional", un sector que se ubica en el *Derecho penal internacional*, si ellas proceden de fuente interna (ley, decreto, orden, etc.), y en el *Derecho internacional penal*, cuando su fuente es internacional (tratados), rótulos, como se ve, que si bien contemplan normatividades diferentes, como señala la más reciente doctrina española no hay inconveniente "en utilizarlos en la práctica con cierta laxitud y sinonimia por razones de concisión, como hacen por lo demás la doctrina académica y la vida diplomática" (6).

(3) Conseil de l'Europe: *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, cit., *in eod. loc.*

(4) Karl Binding: *Hanbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 374.

Nos hallamos, pues, ante una rama jurídica interdisciplinar, puesto que interesa al Derecho penal, al Derecho procesal, al Derecho internacional público y al Derecho internacional privado, que se denomina generalmente hoy *Derecho penal internacional*, y que, aun cuando como rama autónoma se haya consolidado modernamente, tiene una existencia latente desde hace centurias puesto que alguno de los problemas a ella atinentes cuenta con lejanos antecedentes. En efecto, la eficacia de la ley penal en el espacio, es decir, el *conflicto de leyes* en cuanto a la ley penal aplicable al extranjero que delinque en el territorio del Estado (competencia legislativa, lo que, claro está, presuponía la previa jurisdicción o competencia judicial penal) estaba ya presente en autores prebartolistas de los siglos XIII y XIV, así, por citar alguno, en los franceses Pierre de Belleperche y Jean Fabre, en la obra de Bartolo de Sassoferrato quien, por lo demás, se limitó a seguir la línea trazada por sus predecesores, en particular por su maestro Cino de Pistoia, y otros autores postglosadores de la escuela estatutaria italiana como Baldo de Ubaldis (7). A lo largo del siglo XX la bibliografía jurídica cuenta ciertamente con aportaciones significativas en muchos casos, pero en realidad es a partir de su último decenio, concretamente desde la creación del Tribunal Penal

(5) Kai Ambos: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, trad. castellana, Barcelons, 2006, p. 79.

(6) Francisco Bueno Arús-Juan de Miguel Zaragoza: *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, p. 17.

(7) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado*. Parte general, vol. I, Madrid, 1992, p. 299 y ss.

Internacional para la ex Yugoslavia, en 1993, cuando se observa un desarrollo vertiginoso del Derecho penal internacional, y hay quien opina como el profesor Gerhard Werle, de la Universidad Humboldt de Berlín, que hasta principios de los años noventa del pasado siglo se ponía en duda la existencia del Derecho penal internacional, siendo hoy parte integrante del Derecho internacional y no un mero proyecto de futuro (8). Así, la bibliografía que se sucede desde mediados del siglo XX se ha visto enriquecida hoy con multitud de estudios e importantes obras de conjunto, unas colectivas (9), otras individuales como, por ejemplo, las de André Huet-Renée Koering-Joulin (10), Antonio Cassese (11), Kai Ambos (12), Barboza (13), Ashworth (14), Bassiouni (15), el ya citado *Tratado* de Gerhard Werle, etc., en cuyos contextos, en general, la referencia a la competencia judicial penal internacional es una constante.

2. Naturaleza jurídica del Derecho penal internacional: ¿Derecho internacional público o Derecho internacional privado?

Sin que puedan plantearse, creemos, serias discusiones en cuanto a su evidente naturaleza jurídica "procesal", en este caso penal, y, por tanto, como rama del Derecho público, conviene ante todo precisar en qué ámbito normativo se encuadra el objeto aquí tratado, por cuanto, de un lado, la doctrina internacionalista no mantiene una posición unánime, y, de otro, porque esta concreta parcela jurídica siendo cierto que ha sido, y es, objeto de atención por la doctrina penalista,(16) en cambio, lo ha sido en

(8) Gerhard Werle: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, trad. castellana, Valencia, 2005, p. 29; (en realidad por su contenido habría sido más apropiado el título de "Tratado de Derecho *internacional* penal").

(9) Como las debidas al Consiglio Superiore della Magistratura italiana (Roma, 1979) y al Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2001).

(10) *Droit pénal internacional*, París, 1994.

(11) *International Criminal Law*, 2003.

(12) *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2ª ed., Berlín, 2004, con traducción parcial al castellano publicada en Montevideo-Bogotá, 2005

(13) *International Criminal Law*, en Recueil des Cours de l´Académie de droit international de La Haye, vol. 278 (1999), p. 9.

(14) *General Principles of Criminal Law*, 4ª, ed., 2003.

(15) *Introduction into International Criminal Law*, 2003.

(16) Añádanse a las obras ya citadas las de, p. ej., Donnedieu de Vabres: *Introduction a l´étude du Droit pénal international*, París, 1922, y *Les principes modernes du Droit pénal international*, París, 1928; N. Levi: *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949; Stefan Glaser: *Droit pénal*

menor medida por la doctrina internacionalista (17). Desde nuestra perspectiva ¿corresponde encuadrarla en el Derecho internacional público, en el Derecho internacional privado, o debe atribuírsele una naturaleza jurídica mixta? La respuesta depende, en definitiva, de la concepción estructural que cada especialista mantenga en torno a cada una de las dos ramas del Derecho internacional, no debiendo olvidarse que desde la incorporación, a fines del siglo XIX y principios del XX, del Derecho internacional privado a los planes de estudio de las facultades de Derecho, como disciplina obligatoria en la Licenciatura, lo que sucede mucho tiempo después de que lo fuera el Derecho internacional público (18), ambas ramas fueron explicadas en diversas partes del mundo, durante más o menos años, por un mismo profesor. Cierto que el Derecho internacional privado alcanzó su autonomía tempranamente en varios países europeos como Suiza (1880), Bélgica (1890), Portugal (1910) o Polonia (1923-1924), y americanos como Perú (1875), Argentina (1878 y definitivamente en 1883), Uruguay (1887) o México (1889) (19). Pero en otros el anhelo doctrinal se demoró años, como en Italia en donde, a principios del

international, Bruxelles, 1955; Antonio Quintano Ripollés: *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Madrid, t. I, 1955 y t. II, 1957; C. Lombois: *Droit pénal international*, Paris, 1971; S. Plawski: *Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris, 1972; Bassiouni: *Derecho penal internacional*, trad. esp., Madrid, 1984; Carmen Ruiz Enríquez: *El Derecho Penal Internacional español*, Granada, 1988; Juan José Díez Sánchez: *El Derecho penal internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, 1990; Beatriz García Sánchez: *Límites a la ley penal en el espacio*, Barcelona, 2004, etc.

(17) P. ej., P. Fiore: *Traité de droit pénal international*, París, 1880, con trad. esp. *Tratado de derecho penal internacional y de la extradición*, Madrid, 1880; Cibichowsky: *La compétence des tribunaux à raison des infractions comises hors du territoire*, en Recueil des Cours de l´Académie de droit international de La Haye, 1926, II, quien afirma certeramente que la territorialidad de la ley penal no es incompatible con la jurisdicción para juzgar delitos cometidos en otro territorio (pp. 288-290).Y la doctrina iberoamericana no ha sido insensible al tema pues entre sus autores han de ser citados el ecuatoriano C. M. Tobar y Borgoño: *Du conflit international au sujet des compétences penales*, Paris-Bruxelles, 1910; el argentino Carlos Alberto Alcorta: *Principios de derecho penal internacional*, Buenos Aires, 1931; el chileno Horacio Suárez Herreros: *Principios de Derecho penal internacional*, Santiago, 1932, y el uruguayo Vieira: *El delito en el espacio. Derecho penal internacional y Derecho internacional penal*, Montevideo, 1969.

(18) Por ejemplo, en España el *Derecho natural y de gentes* se introduce por Real Decreto de 19 de enero de 1770, en tanto que el *Derecho internacional privado* no aparece hasta el Real Decreto de 9 de octubre de 1866 (plan de estudios de Manuel Orovio), y limitado solamente a los estudios de doctorado.

(19) Vid. H. Valladao: *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, trad. esp., México, 1987, p. 84 y ss; vid. también José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I (Introducción, historia doctrinal y codificación), Madrid, 1992, pp. 84-85.

pasado siglo, Gemma (20) y Anzilotti (21) clamaban por la plena autonomía del Derecho internacional privado, al decir éste último que la separación de ambas enseñanzas "en otros países, como Holanda, Suiza, Francia y en alguna de las Universidades americanas, es ya un hecho cumplido...., y debe tener por efecto primero e inmediato la separación". Y no digamos en España donde ambas disciplinas estuvieron unidas desde el Real Decreto de 13 de septiembre de 1883 hasta la Orden de 9 de enero de 1979 (22). No obstante, la propia doctrina, desde los primeros momentos, advirtió del nexo, más o menos fuerte, pero desde luego indisoluble, entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado: "un maestro –escribía Pillet- del Derecho de gentes, puede, en rigor, descuidar el Derecho internacional privado; un maestro de este último no puede desconocer el Derecho de gentes"(23). Incluso antes, a mediados del siglo XIX, J. Westlake afirmaba que los problemas del Derecho internacional privado no pueden solucionarse sin contar con el concurso del Derecho internacional público (24). Pero también hay que decir que la materia que aquí nos ocupa fue incorporada tempranamente en el ámbito del Derecho internacional privado por destacados sectores doctrinales de América y de Europa. Por señalar algunos ejemplos ya a fines del siglo XIX la trataron en sus exposiciones generales de Derecho internacional privado autores italianos como Esperson, Lomonaco o Fiore que advertía lo inadecuado del rótulo *Derecho internacional privado* porque el mismo

(20) S. Gemma: *L´autonomia scientifica e didattica del Diritto internazionale privato*, Torino, 1909.

(21) D. Anzilotti: *Un programma d´insegnamento del Diritto internazionale privato*, en Scritti di Diritto internazionale privato, vol. III, Padova, 1960, pp. 75-76.

(22) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *La disciplina del "Derecho internacional privado" en España*, en "Liber Amicorum". Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Antonio Rodríguez Sastre, Madrid, 1985, pp. 459-488, salvo en el caso de la Universidad Central, hoy Complutense, en la que por Orden de 10 de febrero de 1932 la cátedra única de la Licenciatura, que ostentaba el profesor don José de Yanguas Messía fue dividida en dos al haber sido éste separado del servicio por el gobierno de la II República Española, y por tanto, cada disciplina pasó a ser enseñada, tras las correspondientes oposiciones, por dos catedráticos, ambos antiguos profesores míos: el Derecho internacional público por el profesor don Antonio de Luna García, y el Derecho internacional privado por el profesor don Federico de Castro y Bravo, división que continuó al reincorporarse el profesor Yanguas Messía, tras la guerra civil.

(23) A. Pillet: *Le Droit international privé consideré dans ses rapports avec le Droit international public*, en Annales de l´enseignement supérieur de Grenoble, 1892, p. 309 y ss.

(24) J. Westlake: *Relations between Public and Private International Law*, en Collected Papers, 1914, p. 297.

"no puede comprender el derecho penal internacional..." (25), en tanto que el insigne universalista alemán Ludwig von Bar ponía de relieve la dificultad en el tratamiento y exposición "complessiva del *diritto internazionale privato e penale* e del diritto pubblico internazionale", puesto que "il diritto internazionale privato (compreso il *diritto proccessuale* civile e *penale"*) constituye ya de por sí una vastísima materia (26). En América, Carlos Calvo hizo lo propio en su magnífico tratado de la disciplina (27). Y por lo que respecta a España desde el primer momento fue materia incluida por los autores que podríamos llamar clásicos: así Joaquín Fernández Prida señalaba que "en el Derecho internacional bórranse las diferencias interiores entre el civil, y el Penal o procesal; sólo atiende a la competencia... no le importa la materia" (28); y en la misma línea se manifestaron otros como Nicolás López R. Gómez (29), que incluye el Derecho penal internacional bajo el rótulo de "Competencias penales", o Manuel Torres Campos (30). Incluso Alejandro Groizard llegó a plantear la necesidad de dar carácter extraterritorial a las leyes penales "en armonía con el ideal del derecho de gentes"(31) .

Modernamente ciertos sectores doctrinales, en particular los que defienden una concepción estrictamente *conflictualista*, como la mayoría de autores alemanes, excluyen del ámbito del Derecho internacional privado el tratamiento del *Derecho penal* en los supuestos que presente algún elemento extranjero; es el caso también de F. Rigaux que justifica la exclusión en que en el Derecho penal el carácter "privatista" aparece desdibujado cobrando, en cambio, fuerza la presencia y función del Estado, y en la no aplicación de leyes penales extranjeras, cuando la razón de ser del Derecho internacional privado es resolver el conflicto de leyes

(25) P. Fiore: *Derecho internacional privado*, trad. esp., 2ª ed., t. I, Madrid, 1889, pp. 48-50.

(26) Las cursivas son nuestras; vid. L von Bar: *Teoria e pratica del Diritto internazionale privato. Parte prima*, trad. italiana de G.C.Buzzatti, Torino, 1915, pp. 10-11.

(27) Carlos Calvo: *Le droit international théorique et pratique precede d´un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, 4ª ed, t. II, Paris-Berlín, 1888, p. 426 y ss.

(28) Joaquín Fernández Prida: *Apuntes de Derecho internacional privado. Explicaciones del catedrático D. Joaquín Fernández Prida*, Valladolid, 1895-96, manuscrito inédito, p. 12.

(29) Nicolás López R. Gómez: *Lecciones elementales de Derecho internacional privado*, Valladolid, 1900, pp. 473-501.

(30) Manuel Torres Campos: *Elementos de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 1906, pp. 423-463.

(31) Alejandro Groizard y Gómez de la Serna: *Discurso* de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el 7 de julio de 1885, vid. Discursos, t. IV, Madrid, 1889.

pudiendo darse entonces la posibilidad de que la decisión se articule sobre una ley extranjera, pero reconociendo que hay que determinar "la competencia internacional de las jurisdicciones represivas de los distintos Estados", y la "calificación y la represión de las infracciones propiamente internacionales (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad) y, en su caso, la institución de jurisdicciones internacionales específicas, como el Tribunal militar de Nuremberg, que actuó desde el 14 de noviembre de 1945 hasta el 1 de octubre de 1946", lo que da lugar a que algunos autores propongan "llamar *derecho penal internacional* a una materia cuya analogía con el derecho internacional privado no es dudosa", frente al *derecho internacional penal* como una subdivisión del Derecho internacional público, si bien tales denominaciones le parecen confusas prefiriendo la de *"derecho penal en las relaciones internacionales* a la parte del derecho penal interno que estudia la incidencia de un elemento de extranjería en el funcionamiento de la represión estatal" (32). Por el contrario, quienes defienden hoy una concepción amplia del Derecho internacional privado generalmente incluyen el Derecho penal internacional en el marco del Derecho internacional privado, bien en sus programas de enseñanza o en sus exposiciones de conjunto, como es el caso, en España, por citar algún ejemplo, de Adolfo Miaja de la Muela (33) o Manuel Díez de Velasco (34), y en América de Werner Goldschmidt (35). En fin, desde una perspectiva que parte, con matices, de la distinción que Petros Vallindas hiciera entre el Derecho internacional privado *stricto sensu* y *lato sensu*, los profesores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, si bien excluyen el Derecho penal internacional en cuanto contenido estricto del Derecho internacional privado, en cambio lo consideran incluido "desde un punto de vista puramente académico" (36).

(32) François Rigaux: *Derecho internacional privado. Parte general*, trad. esp., Madrid, 1985, pp. 102-103 y 109.

(33) Adolfo Miaja de la Muela: *Derecho internacional privado*, II, Parte especial, 10ª ed., Madrid, 1987, pp. 629-687.

(34) Manuel Díez de Velasco: *Prácticas de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, 1980, pp. 517-525.

(35) Werner Goldschmidt: *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t. III, 2ª ed., Buenos Aires, 1954, p. 136 y ss.

(36) José Carlos Fernández Rozas- Sixto Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, 1993, pp. 94-95.

¿Qué deducir de todo lo anteriormente dicho? A nuestro parecer el llamado *Derecho penal internacional*, y por tanto la normativa de fuente interna que fija los criterios de competencia jurisdiccional penal, forma parte en gran medida del contenido del Derecho internacional privado. Pero sin duda también corresponde al Derecho internacional público el tratamiento de las reglas competenciales de fuente internacional, esto es, el llamado *Derecho internacional penal* que, como se ha visto, es objeto de distinción en exposiciones de algunos autores antes citados, reglas que, por otra parte y por lo general, se integran en el ordenamiento jurídico interno, cual es el caso de España según proclama el art. 1.5 del Código Civil. La conclusión, es pues, que en esta materia es innegable una urdimbre o interacción entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado, insistimos que con un mayor peso a favor del Derecho internacional privado, lo que pone de relieve el acierto de algunos autores que negaron, pese a la separación de disciplinas en cuanto a la docencia, que ambos sectores jurídicos no son en absoluto compartimentos estancos e incomunicados, y que la competencia jurisdiccional penal internacional debe enfocarse con perspectiva multidisciplinar, como antes se ha apuntado. Si ahora se considera el panorama de un mundo al que se contempla como "globalizado", posiblemente podría volverse la vista atrás y actualizar la terminología que, a mediados del siglo pasado, propuso el antiguo juez del Tribunal Internacional de Justicia y profesor de la Universidad de Columbia, Philip Jessup para "englobar" toda situación que trascienda de la frontera estatal, como superadora (por sintetizadora) de las tradicionales denominaciones de Derecho internacional público y Derecho internacional privado, conformando un moderno *"Transnational law"*.

3. Base del *ius puniendi* estatal: los principios reconocidos en el Derecho internacional.-

Como punto de partida dos categorías de principios son base de las diferentes formas de establecimiento de la competencia jurisdiccional penal internacional, la segunda de las cuales se forma a su vez de seis principios: 1) el principio de *territorialidad*, y 2) los principios de *competencia extraterritorial* que se concretan en los siguientes: a) principio de la *nacionalidad del delincuente* o de *personalidad activa*; b) principio

del *pabellón* (que generalmente se considera como una forma o una extensión del principio de *territorialidad*); c) principio de la *nacionalidad de la víctima* o de *personalidad pasiva;* d) principio de *protección*; e) principio de la *"representación"*; y f) principio de *universalidad* o de *justicia universal*. Tales son los principios de competencia que se hallan bien establecidos en la práctica de los Estados (37) cuya justificación reposa fundamentalmente sobre dos pilares: la manifestación de solidaridad internacional en la lucha contra la criminalidad y la necesidad para todo Estado de proteger sus propios intereses y los de sus nacionales. En consecuencia, la doctrina se manifiesta en el sentido de que establecer reglas de competencia distintas de estas, que son las que normalmente acepta dicha práctica, y que no tengan su base en ninguno de estos principios, son sencillamente inaceptables para el Derecho internacional público (38). Seguidamente pasamos a exponer el contenido y fundamento de cada uno de ellos.

A) El principio de *territorialidad*.-

Si bien cuenta, como se ha visto, con viejos antecedentes modernamente el principio de *territorialidad,* como fundamento de la competencia judicial penal de los tribunales del Estado, está hoy reconocido y plenamente consolidado por el Derecho internacional habida cuenta de que es una manifestación de la soberanía del Estado y, además, el despliegue de la competencia sobre los delitos, que conforme a su código penal, se cometan en el ámbito al que dicha soberanía se extiende, resulta completamente razonable al existir lo que pudiéramos denominar la "mayor proximidad" entre el *locus* y el *delictum*. Dicho principio está avalado por su recepción en el Derecho comparado y, como señala acertadamente Kai Ambos, es el "punto de partida del Derecho penal de competencias en los principales sistemas jurídicos" tanto del mundo jurídico angloamericano como del continental europeo, además de deducirse de la praxis internacional (39). Ahora bien, igualmente se deduce del Derecho comparado que dicho principio nunca ha sido admitido de manera radical en el sentido de exclusión de la extraterritorialidad del Derecho penal estatal, y el

(37) Vid. Michael Akehurst: *op. cit.*, pp. 165-168, y Martin Dixon: *Textbook on International law*, reprinted, London, 1995, pp. 116-123.

(38) Conseil de l'Europe: *Compétence extraterritoriale en matière pénal,* cit., pp. 26-27.

(39) Kai Ambos: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, op. cit., pp. 84-85.

referente de esta situación es, sin duda, la sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, de 7 de septiembre de 1927, dictada con ocasión del famoso caso *"Lotus"* (40), caso que será reiteradamente citado a lo largo de esta ponencia y que, por cierto, plantea la aplicación del principio de *territorialidad* en su forma extensiva puesto que se trata de un hecho acaecido en alta mar entrando en juego aquí el principio del *pabellón*. El Tribunal fijó, en primer lugar, la posición del Derecho internacional en el sentido de que ningún Estado puede ejercer su jurisdicción fuera de su territorio, con estas palabras: "... la primera y principal restricción impuesta por el derecho internacional a un Estado es que –a falta de la existencia de un regla permisiva en sentido contrario- no puede ejerce su poder en forma alguna en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción ciertamente es territorial; no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio, salvo en virtud de una regla permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención..." (41), pero el Tribunal advierte también que: "Sin embargo, no se deduce de ello que el derecho internacional prohíba a un Estado que ejerza jurisdicción, dentro de su propio territorio, en relación con cualquier caso referente a actos *que hayan ocurrido en el extranjero* (42), y para lo cual no

(40) Como es sabido se vieron involucrados dos buques privados, el paquebote de bandera francesa *Lotus* que abordó al carbonero de bandera turca *Boz-Kourt,* el 2 de agosto de 1926, en alta mar, concretamente cerca del cabo Sigri, frente a las costas occidentales de la isla griega de Mitilene (Lesbos), en el archipiélago de la Egeida clásica y muy cerca de la costa turca, ocasionando la muerte de ocho marineros turcos, que no pudo recoger el buque causante del abordaje, y graves daños en el carbonero. Recogidos el patrón de éste y el resto de tripulantes, el *Lotus* se dirigió al puerto de Constantinopla, al día siguiente, en su escala habitual, declarándose competentes internacionalmente los Tribunales turcos para enjuiciar al oficial de derrota del buque francés que el 15 de septiembre fue condenado a 80 días de prisión y a una multa de 22 libras turcas, además de la imposición de sanciones más benignas al patrón del buque turco y de la condena a la Compagnie des Messageries, propietaria del *Lotus*, del pago de una indemnización de hasta 5.000 libras turcas a los herederos de las víctimas. No admitiendo Francia la competencia de los Tribunales turcos acordó con Turquía un compromiso celebrado en Ginebra el 12 de octubre del mismo año para someter la diferencia al Tribunal Permanente de Justicia Internacional. La sentencia, de 7 de septiembre de 1927, que se adoptó por seis votos a favor y seis en contra decidiendo el voto del presidente Max Huber, otorgó la razón a las tesis turcas, lo que provocó gran inquietud entre los profesionales de la marina mercante. La decisión fue duramente criticada por la Asociación Internacional de Oficiales de la Marina, y el Comité Maritime International elaboró un proyecto de convenio para regular la competencia penal (y la civil) ante casos de abordaje ocurridos en alta mar que la Conferencia Diplomática de Bruselas convirtió en dos convenios de fecha 10 de mayo de 1952, que España ratificó el 8 de diciembre de 1953, a cuyo texto penal hacemos referencia más adelante.

(41) Permanent Court of International Justice (PCIJ), Serie A, nº 9, pp. 18-19.

(42) Las cursivas son nuestras.

puede basarse en alguna regla permisiva de derecho internacional... Lejos de fijar una prohibición general a efecto de que los Estados no pueden extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales a personas, bienes y actos fuera de su territorio, les deja a este respecto, una extensa medida de discreción, limitada sólo, en ciertos casos, por reglas prohibitivas. En cuanto a otros casos, todo Estado queda en libertad de adoptar los principios que considere mejores y más adecuados. Esta discreción concedida a los Estados por el derecho internacional explica la gran variedad de reglas que han podido adoptar sin objeciones ni quejas por parte de otros Estados..." (43), lo que, obviamente, justifica la *extraterritorialidad* del Derecho penal estatal y abre la posibilidad de basar la competencia judicial internacional del Estado en otros principios distintos del de territorialidad estricta, (44) el cual, con más o menos detalle, aparecía ya proclamado, limitándonos aquí a Estados iberoamericanos, en varias legislaciones vigentes a mediados del siglo XX; así, citando el territorio, mar territorial y buques, encontramos los Códigos penales de Chile (art. 5°), Nicaragua (arts. 11-13), Panamá (art. 8°), Perú (art. 4°), Venezuela (arts. 3-4), en tanto que en los Códigos penales de México (art. 5°), Guatemala (art. 6°), Ecuador (art. 5°), Costa Rica (art. 3°) y Cuba (art. 7°) añadían a los citados espacios el espacio aéreo territorial y las aeronaves (45).

En la actualidad la admisión del principio de territorialidad entre los Estados miembros del Consejo de Europa no admite duda, puesto que el poder del Estado para establecer su competencia sobre los actos previstos como infracciones penales ocurridos en su territorio es incontestable. Ahora bien, el ejercicio de la competencia fundada en el principio de territorialidad en la mayoría de los Estados miembros, no en todos, se determina el *locus delicti* (46) conforme a la doctrina de la ubicuidad (así, p. ej., el art. 9. 1. 3ª del vigente Código penal alemán, Strafgesetzbuch) en virtud de la cual se considera cometido el delito en todo lugar con el que haya tenido alguna relación, lo que supone hablar de una territorialidad

(43) PCIJ, *ibid*, p. 19.

(44) En la citada sentencia la PCIJ llega a afirmar que "... casi todas (...) las legislaciones extienden su ámbito de validez a conductas punibles perpetradas fuera de su territorio...", p. 20.

(45) Vid. Antonio Quintano Ripollés: *op. et. lib. cit.* p. 36.,

(46) Sobre las diferentes doctrinas en cuanto a cuál es el *locus delicti*, vid. Martin Wolf: *Derecho internacional privado*, trad. castellana de la 2ª ed. inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, 1958, pp. 467-469.

subjetiva (Estado del que ha partido la primera acción) y de una territorialidad objetiva (Estado, o Estados, en cuyo territorio se hayan producido consecuencias o efectos), cuando obviamente media una frontera. Por consiguiente, existen grandes posibilidades de que sobre la base del principio de territorialidad diversos Estados reclamen su competencia sobre un mismo delito. Esta doctrina denominada "del efecto", o "de los efectos", está reconocida por diversos Estados miembros del citado Consejo, como igualmente ha sido tenido en cuenta por la Comisión Europea y el mismo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, fundado en el principio de territorialidad, en la decisión relativa al caso *"Ahlestrom v. Comisión"*, por cuanto acuerdos pactados sobre precios fuera del territorio comunitario produjeron su efecto dentro de él; como dijo el Tribunal: "the decisive factor is... the place where it (el pacto sobre precios) is implemented...". Por ello, se afirma que el principio del efecto está hoy plenamente reconocido por el Derecho internacional, y concretamente, en opinión de Kai Ambos, más en los principios del Derecho internacional que en la costumbre internacional (47).

Por lo demás, cuando se habla de la comisión de un delito no puede soslayarse la posibilidad de que pueda aparecer una pluralidad de circunstancias que afecten a la extraterritorialidad en el campo penal pues, en efecto, puede aparecer la complicidad, delitos cometidos por encargo, tentativa, preparación para la comisión del delito, delitos por omisión, delitos continuados, delitos sucesivos que lesionen una diversidad de intereses protegidos, o delitos conexos. En tales supuestos las legislaciones adoptan una solución pragmática: las acciones vinculadas al hecho principal forman con éste un todo indivisible, quedan, por así decir, atraídos por aquél y, en consecuencia, ello conduce a la unidad de jurisdicción y de procedimiento penal (48).

Por lo que se refiere a la extensión del principio de *territorialidad* al *pabellón* debe advertirse que, como principio del *pabellón*, éste es considerado a veces como independiente del de *territorialidad* e incluido dentro de los principios de extraterritorialidad, en cuanto los buques y aero-

(47) Kai Ambos: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 86.

(48) Conseil de l'Europe: *Compétence extraterritoriale en matière pénal*, Strasbourg, 1990, pp. 8-9.

naves que arbolen el pabellón de un Estado se hallen fuera del territorio y mar territorial de éste, pero, en cambio, ciertos sectores doctrinales lo tratan, sin más, como una manifestación, no exenta de crítica, del principio de *territorialidad* (49). Esto dicho, aparte de los Códigos ya citados que contemplan, entre otros, la extensión de la territorialidad sobre los buques y aeronaves que arbolan su bandera, el principio de territorialidad en esa misma línea se halla hoy reafirmado por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (Roma), de 17 de julio de 1998, al determinar su art. 12.2 (a) que el Tribunal podrá ejercer su competencia si es parte en el Estatuto, o ha aceptado la competencia del Tribunal: "El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, del Estado de matrícula del buque o la aeronave". Resulta, pues, evidente que la territorialidad no sólo se concibe como vinculada al espacio geográfico sobre el que el Estado reposa, sino que se extiende al interior de elementos asimilados (buques, aeronaves, vehículos espaciales) en virtud del principio del *pabellón* según el cual "el pabellón rige todas las incidencias de a bordo", y que en la sentencia del caso *"Lotus"* fue claramente establecido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional al afirmar que "...los buques en alta mar sólo están sometidos al poder del Estado, cuya bandera enarbolan..." (50).

Ahora bien, esto no significa que en la noción de *territorio* del Estado se incluyan, como tal y con carácter general, todas las naves y aeronaves que arbolen su pabellón. Simplemente se trata de equiparar dichos bienes muebles con el territorio, pero sin confundirlos con él, a los efectos del ejercicio de la jurisdicción penal cuando se está ante naves *privadas*, pero en caso de las *públicas* la cuestión presenta una diferencia de matiz pues "es regla consuetudinaria del Derecho internacional que los buques de

(49) En efecto, la cuestión no ha escapado a la polémica pues, como señalara Rousseau, si la jurisprudencia tradicional incluso durante la primera mitad del siglo XX, explicó esta situación basándose en una *pretendida territorialidad de la nave* (p. ej. las sentencias del Tribunal francés de Douai, del 24 de enero de 1924; del Tribunal Supremo de Leipzig, de 12 de noviembre de 1924, y del Tribunal arbitral mixto angо-alemán, de 24 de julio de 1928, en el asunto *Ambas Bay Trading Co. Ltd. contra Gobierno alemán*), ello fue un error que, según el autor francés, a veces persiste en la época contemporánea, siendo argumentación inadmisible porque, en alta mar y sobre los buques que en ella se encuentran, el Estado únicamente puede ejercer una competencia personal y no una *competencia territorial*, vid. Charles Rousseau: *Derecho internacional público*, trad. castellana, 2ª ed., Barcelona, 1961, pp. 233 y 412.

(50) PCIJ, cit. p. 24.

guerra y otras embarcaciones públicas del Estado tienen que ser considerados, a todos los efectos, como si fuesen partes flotantes de los Estados respectivos, cuando se hallan en alta mar o en aguas territoriales extranjeras", en tanto que "en alta mar, los buques privados se estiman como partes flotantes del Estado cuyo pabellón ostentan solamente en cuanto se encuentran sujetos, en principio, a su jurisdicción exclusiva..., pero los barcos de propiedad privada no se consideran siempre a todos los efectos porciones flotantes del Estado del pabellón, porque, en tiempo de guerra, las naves beligerantes pueden visitar, registrar y capturar en el mar libre los buques privados neutrales" por diversas causas (ruptura de bloqueo, contrabando, etc.), y, además, los buques de guerra de todos los países tienen, en tiempo de paz, "ciertas facultades en relación con los buques mercantes de todas las naciones" (51). Conforme a estas reglas se manifiesta precisamente el Código Civil español en su art. 11.1, párrafo segundo, proposición segunda, al decir que: "Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan", texto que está, sin duda, influido por el Código civil portugués de 1966 (52), y que en el mismo sentido figuraba en el Anteproyecto oficial de Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas presentado por el profesor Haroldo Valladao al Ministro brasileño de Justicia y Negocios del Interior (53), cuya redacción se reprodujo en el art. 2.1 del Proyecto de Código de Aplicación de las Normas Jurídicas (1970) (54). Por lo demás, el art. 10.2 del Código Civil español determina que: "Los buques, las aeronaves... así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento, matrícula o registro", en tanto que el Código civil paraguayo, de 23 de diciembre de 1985, establece en su art. 21 una distinción: "Los buques y aeronaves están someti-

(51) L. Oppenheim: *Tratado de Derecho internacional público*, trad. castellana, t. I, vol. II (paz), Barcelona, 1961, pp. 160-161.

(52) Art. 24.2: "Os navios e aeronaves militares consideram-se como parte do territorio do Estado a que pertencem".

(53) Art. 2º., párrafo 1º: "Son considerados como territorio brasileño los barcos y aeronaves militares brasileños, en cualquier lugar donde se encuentren, y si de otra especie, cuando se hallen en alta mar o en territorio que no pertenezca a ningún Estado" (Decretos 51005, de 1961, y 1490, de 1962; Diario Oficial del 15 de mayo de 1964, Suplemento 92), vid. Haroldo Teixeiro Valladao: *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, trad. castellana, México, D.F., 1987, p. 605.

(54) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, 1995, p. 891.

dos a la ley del pabellón en lo que respecta a su adquisición, enajenación y tripulación. A los efectos de los derechos y obligaciones emergentes de sus operaciones en aguas o espacios aéreos no nacionales, se rigen por la ley del Estado en cuya jurisdicción se encontraren" (55).

En fin, la referida sentencia del caso *"Lotus"* afirmaba que: "...un buque en alta mar resulta equiparado al territorio del Estado cuyo pabellón enarbola; pues, como en ese territorio, el Estado ejerce allí su poder y ningún otro Estado podrá hacerlo..." (56). Es claro que hallándose el buque extranjero en el mar territorial, o tratándose de aeronaves ya en tierra, ya sobre el espacio aéreo de otro Estado, resulta posible, y muy probable, la concurrencia de competencias penales en cuanto, por un lado la acción delictiva queda atraída por la ley del pabellón, y, por otro, por la ley del territorio del Estado sobre el cual la nave o aeronave se encuentra situada.

B) Los principios de *competencia extraterritorial.-*

a) Principio de la *nacionalidad del delincuente* o de *personalidad activa.-*

Sin consideración al *locus delicti* extranjero el principio internacional de "soberanía personal" sustenta la posibilidad de que el Estado haga aplicación extraterritorial de su Derecho penal a sus nacionales, cuando éstos delinquen fuera del territorio nacional. Se trata de un principio que está reconocido en Derecho internacional y es prácticamente necesario recurrir al mismo en los supuestos en que las leyes del Estado de la nacionalidad del delincuente prohíben la extradición de nacionales (57). Su aceptación general dentro de la legalidad internacional ha venido siendo proclamada por la doctrina y por instituciones como el Institut de Droit International, ahora bien los grados en que los Estados ejercen su jurisdicción sobre la base de este principio varían considerablemente, por poner algún ejemplo el Código penal indio, de 1880, disponía en su sección 4 que: "Las disposiciones de este Código se aplican a cualquier delito cometido por -(i) cualquier ciudadano de la India en cualquier lugar

(55) *Ibid.*, p. 551.
(56) PCIJ, p. 25.
(57) Kai Ambos: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p.88.

dentro y fuera de la India", y el Código penal coreano (Corea del Sur), de 1953, disponía en su art. 3 que: "Este Código se aplicará a todos los nacionales de Corea que cometan delitos fuera del territorio de la República de Corea". También la sección 3 del Código penal alemán, entonces vigente, declaraba que: "El derecho penal alemán se aplica a cualquier acto de un nacional alemán, haciendo caso omiso de si fue cometido en Alemania o en el extranjero". Entre los cuarenta y seis Estados miembros del Consejo de Europa, los que no pertenecen a la familia jurídica anglosajona, mantienen este principio, por lo general. En cambio, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América, a los que habría que añadir Argentina, limitan severamente su aplicación al entender que las leyes penales no tienen efectos extraterritoriales, a menos que expresamente y para casos puntuales lo establezcan las disposiciones legales (58).

El principio, por lo demás, en su aplicación práctica presenta un gran número de variantes pudiéndose decir, como lo ha hecho el Comité del Consejo de Europa redactor del informe citado en páginas anteriores, que no hay un principio de personalidad activa sino diversos principios puesto que la diferenciación comienza ya en cuanto a la determinación de la razón de ser del principio (imposibilidad de extradición de nacionales, solidaridad, protección de intereses fundamentales del Estado en el que se delinque, lealtad y derecho de fiscalización o "droit de regard" del Estado de la nacionalidad del sujeto activo); de otra parte las legislaciones varían en cuanto al número y tipo de infracciones penales, y la exigencia o no de que se cumpla el principio de doble incriminación (esto es, que el hecho sea punible por las leyes penales del Estado de la nacionalidad del sujeto activo y las del *locus delicti*), siendo precisamente este requisito el que actualmente es fundamental para la doctrina penalista alemana, que sostiene el carácter antijurídico cuando el principio se aplica de modo *absoluto* (59) (así Eser, Lemke, Mayer, Rosswog), lo que es inaceptable para el Derecho internacional, por lo que solamente puede hablarse de una compatibilidad con éste, cuando el principio se concibe de modo *limitado* (60), por tanto son cuestionables, desde la óptica del Derecho interna-

(58) Vid. Milan Sahovic-William W. Bishop Jr.: *Autoridad del Estado: su alcance en relación con las personas y lugares*, en Max Sorensen: *Manual de Derecho internacional público*, trad. castellana, México D. F., 1973, p. 354.
(59) Como hacía, p. ej., el Decreto alemán de 6 de mayo de 1940.

cional, las legislaciones que no estiman indispensable la doble incriminación. Muy pocos son los Estados que extienden la aplicación del principio a personas físicas que no poseen su nacionalidad pero que sí tienen en él su *domicilio* o su *residencia habitual*, pero esto únicamente será admisible si el domicilio aparece como alternativa a la nacionalidad, pues en caso de exigirse ambas conexiones acumulativamente, es claro que la exigencia del domicilio supone restringir la personalidad, lo que, por cierto, establece el vigente Código penal alemán en el párrafo 5, número 9, al referirse al caso de que: "...el autor es alemán en el momento de producirse el hecho y tiene sus medios de subsistencia en el ámbito espacial de validez de esta ley". En consecuencia puede decirse que la legalidad y legitimidad del principio de *nacionalidad del delincuente* o de *personalidad activa* depende de la aceptación de la doble incriminación y de que el domicilio o residencia habitual en el Estado no sea criterio acumulado a la nacionalidad (61).

Un aspecto a destacar es el de que en la mayor parte de los Estados, al menos los europeos, en sus leyes no tienen previsto el enjuiciamiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas (morales) por actos que, aunque previstos y penados en su legislación penal como delictivos, hayan sido cometidos en el extranjero por lo que ninguna competencia extraterritorial existe respecto de esos delitos societarios. En cambio, Estados Unidos de América reivindica su jurisdicción extraterritorial sobre las sociedades de su nacionalidad, y de sus filiales, con sede en Estados europeos a los fines de hacer aplicación del Derecho penal estadounidense, lo que motiva una fuerte oposición de los citados Estados de Europa. En este sentido, desde el punto de vista de la "previsibilidad", parece que el único criterio aceptable para ejercer la jurisdicción penal debe ser el del lugar de la sede de la persona jurídica (62).

En fin, puede decirse que el principio de *personalidad activa*, como afirma Ambos, es legal y legítimo, siempre que exista doble incriminación (por tanto que sea punible en el lugar de comisión del hecho), y, si interpretamos correctamente su pensamiento, una vinculación con el Estado que pretende ejercer su jurisdicción penal, bien por la nacionalidad del autor, bien por tener en él su domicilio o residencia habitual (63).

(60) Kai Ambos: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 89.
(61) Kai Ambos: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 90.
(62) Conseil de l'Europe: *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, cit., pp. 29-30.

b) Principio de la *nacionalidad de la víctima* o de *personalidad pasiva*.-

Este principio sostiene la facultad de extender el *ius puniendi* del Estado a delitos cometidos en el extranjero por extranjeros contra nacionales suyos. Es el principio más criticado y que con más frecuencia y firmeza ha sido rechazado; fundamentalmente porque no se protege aquí la existencia del país del que la víctima es nacional, y porque no existe más relación entre el Estado de la nacionalidad de la víctima y el del *locus delicti* que el acto mismo de la comisión del delito. No hay relación alguna entre dicho Estado y el delincuente, como ocurre en el caso del principio de *personalidad activa*, antes de la comisión del delito.

La crítica al principio a que nos referimos viene de lejos, pues ya en 1825 el Gobierno británico se opuso a un proyecto de ley francesa que admitía éste como fundamento de su jurisdicción penal internacional (64). Y en el último cuarto del siglo XIX destaca el famoso caso *"Cutting"*, que originó una controversia entre Estados Unidos de América y México. En 1886 el ciudadano norteamericano A. K. Cutting fue detenido en México bajo la acusación de ser el autor de un escrito publicado en un periódico de El Paso (Texas), en que se vertían injurias contra el ciudadano mexicano Emigdio Medina. Según la tesis mexicana sus jueces tenían competencia jurisdiccional internacional para enjuiciar a Cutting ya que, de acuerdo a las leyes mexicanas eran punibles en México los delitos previstos en sus leyes penales cometidos por extranjeros en el extranjero contra ciudadanos mexicanos (principio de *personalidad pasiva*); Estados Unidos de América se opuso a tal pretensión y solicitó la puesta en libertad del detenido, pidiendo al mismo tiempo a las autoridades mexicanas que modificaran su legislación a fin de evitar conflictos en el futuro, petición que no fue atendida. Ahora bien, cuando el Ministerio fiscal mexicano modificó el criterio en cuanto a la base de competencia mexicana, alegando que el delito, aunque cometido en el extranjero, había producido "efecto" en México (principio de *territorialidad objetiva*), Estados

(63) Kai Ambos: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 90.
(64) Vid. Donnedieu de Vabres: *Les principes modernes du droit pénal international*, op. cit., pp. 107 y 369.

Unidos de América no puso objeción (65). El asunto finalizó con la puesta en libertad de Cutting al haber retirado la víctima la querella interpuesta por difamación.

Sin duda la razón más clara de la crítica a este principio viene expresada en la ya clásica opinión disidente del juez J. B. Moore (si bien éste coincidió con la mayoría en cuanto que sostuvo la jurisdicción turca por razón del *locus delicti*) en el caso *"Lotus"*, al sostener que la víctima tiene que buscar protección en las leyes del lugar donde se produjo el delito y no en las de su Estado nacional (66). No obstante, algunos autores como el australiano O´Connell entienden que el principio de la *personalidad pasiva* es el "corolario de la regla de que cualquier Estado puede proteger a sus propios nacionales en el extranjero", entendiendo éste autor que el caso *"Lotus"* es el "mejor racionalizado sobre el principio de la personalidad pasiva" y poniendo el acento, lo que otros autores le critican, en que la jurisdicción turca más que tener la base en la territorialidad objetiva (efecto del acto en territorio turco), viene conferida porque tales efectos se produjeron "en un nacional turco" (67).

Pese a las críticas que puedan oponérsele el principio de *personalidad pasiva* ha sido admitido por diversas legislaciones, con más o menos limitaciones. Así, el Código penal mexicano de 1931, tras su reforma de 1962,

(65) Vid. Moore: *Digest of International Law*, vol. II, p. 231; y L. Oppenheim: *Tratado de Derecho internacional público*, trad. castellana, t. I, vol. I, Barcelona, 1961, p. 352, nota 29, que cita otros casos en los que Estados Unidos de América estuvieron tentados a intervenir sin llegar a hacerlo, como el caso *"Cirilo Pouble"* (el delito se había cometido dentro de la jurisdicción española), y el caso *"John Anderson"* (en el que el autor era nacional británico), actitud que Oppenheim estima correcta.

(66) Decía el ilustre juez del Tribunal Permanente de Justicia Internacional lo siguiente: "¿Qué es este sistema? Podríamos preguntar. En sustancia significa que el ciudadano de un país, cuando visita otro, lleva consigo para su "protección" la ley de su país y somete a los que se ponen en contacto con él, al efecto de dichas leyes. De este modo, el habitante de una gran ciudad comercial, donde se reúnen extranjeros, puede, en el curso de una hora, quedar sometido inconscientemente a los efectos de un gran número de códigos criminales extranjeros. Esto no es, de ningún modo, una suposición caprichosa; es únicamente una ilustración de lo que ocurriría a diario si se admitiera el principio "de protección". Es evidente que esta pretensión está en desacuerdo no solamente con el principio de la jurisdicción exclusiva del Estado sobre su propio territorio, sino también con el principio bien arraigado de que una persona que visita un país extranjero, lejos de proyectar para su propia protección la jurisdicción de su país, cae bajo el dominio de la ley local y, salvo hasta el punto en que su gobierno pueda intervenir diplomáticamente debido a una denegación de justicia, tiene que acudir a dicha ley para obtener protección", vid. PCIJ, Serie A, núm. 10 (1927), p. 92.

(67) O´Connell: *International Law*, II, pp. 901-902.

estableció en su art. 4 que: "Los delitos cometidos en territorio extranjero... por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I. Que el acusado se encuentre en la República; II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquió, y III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República". Por su parte el Código penal turco en su art. 6 dispuso: "El extranjero que cometa un delito distinto de los mencionados en el artículo 4 (68), en un país extranjero, contra Turquía o contra un turco, que se sancione según el derecho turco con pérdida de la libertad por un período mínimo autorizado de un año, será castigado si se encuentra en Turquía, de acuerdo con las leyes turcas". La diferencia en cuanto a la doble incriminación es patente entre ambos textos reproducidos, y a favor de ésta, incluida la posibilidad de hacer aplicación del derecho penal extranjero (del *locus delicti*), puede citarse el Código penal suizo cuyo art. 5, respetando el principio *non bis in idem*, dispuso: "Este código se aplica a quienquiera que haya cometido un crimen o contravención en el extranjero contra un suizo, siempre que el acto sea también sancionable en el Estado donde se cometió, si al ofensor se le encuentra en Suiza y no se le extradita al extranjero, o si se le extradita a la Confederación debido a dicha ofensa. La ley extranjera *siempre se aplicará si es más favorable al acusado"* (69). Alguna legislación ha previsto el principio de *personalidad pasiva* para hechos delictivos ocurridos fuera del ámbito de cualquier soberanía, lo que en este caso no parece criticable, así el Código penal danés en su art. 8: "Corresponde a la jurisdicción danesa, con independencia de la nacionalidad del autor, los actos realizados fuera del país... (3). Si se cometen fuera de lo que el Derecho internacional reconoce como el territorio de cualquier Estado, si el acto se comete en perjuicio de un nacional danés o de una persona residente en Dinamarca, y si es un acto de tal índole que sea sancionable con pena más severa que el encarcelamiento ordinario" (70). El principio de *personalidad pasiva*, no obstante los ataques que recibe, sigue mantenido actualmente y puesto en práctica: recuérdese el caso *"Astiz"* en el que los Tribunales franceses

(68) Se refiere a los delitos que caen dentro del principio de *protección* del Estado: falsificación de moneda turca, de sellos oficiales, etc.

(69) Las cursivas son nuestras.

(70) Vid. Milan Sahovic-William W. Bishop Jr., en Max Sorensen: *op. cit.*, pp. 365-368.

condenan, en ausencia, a un ciudadano argentino acusado del delito de asesinato en territorio argentino, durante los años de la dictadura, de dos religiosas de nacionalidad francesa.

Evidentemente este principio puede reposar en una desconfianza en cuanto al nivel y calidad de la justicia en el Estado del *locus delicti,* y en el insuficiente interés que presenta desde la perspectiva de la previsibilidad. En cualquier caso mientras algunos sectores doctrinales, especialmente de lengua inglesa, niegan que sea admisible conforme al Derecho internacional, otros se muestran menos radicales. El Consejo de Europa ha marcado las líneas de compatibilidad del principio con el Derecho internacional y, en consecuencia, debería someterse a cuatro condiciones: que se aplique únicamente a infracciones cometidas con la intención, o en las que exista consciencia, de perjudicar a un nacional del Estado que pretende ejercer su jurisdicción; que se aplique únicamente a infracciones graves, limitadas a la integridad física o mental de la víctima; que el acusado esté físicamente presente en el territorio del Estado que reivindica su competencia, durante el curso del procedimiento penal; y, que la infracción lo sea también según las leyes penales del Estado del *locus delicti* (71). Y este último requisito es el fundamental, desde el punto de vista de la mayoría de la doctrina penalista alemana contemporánea, para su compatibilidad con el Derecho internacional, por lo que Ambos puede afirmar que "un principio de personalidad pasiva concebido de modo *absoluto* sería *contrario al Derecho internacional"* (72). Por lo demás, los diversos convenios internacionales (contra la tortura, delitos a bordo de aeronaves), como se podrá ver más adelante, que admiten la *personalidad pasiva*, a nuestro entender no imponen obligatoria y automáticamente la asunción del principio a los Estados parte, sino que solamente admiten la posibilidad de que lo puedan incluir en sus legislaciones internas, si lo estiman oportuno.

c) El principio de *protección*.-

Según este principio, denominado también de *"competencia real"*, el Estado elabora, por así decir, una "lista" de delitos, de entre los previstos en sus leyes penales, cuya comisión en el extranjero, por sus nacionales o

(71) Conseil de l'Europe: *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, cit., p. 30.
(72) Kai Ambos: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, op. cit., pp. 92-93.

por *extranjeros* supondría un grave atentado al crédito o a los intereses fundamentales del Estado en cuestión. Aquí reside la legitimidad del principio, pues la doctrina afirma, con carácter general, que éste no puede justificarse más que por la necesidad de proteger ciertos intereses "esenciales" que son objeto de ataque desde el extranjero. En consecuencia, todos los Estados, de una u otra manera, se reservan el derecho para ejercer su jurisdicción penal sobre tales infracciones, y la justificación reposa en que no puede dejarse a otros Estados la protección de dichos intereses que, evidentemente, precisan de protección por el Derecho penal. Esto supone que no se exija la doble incriminación, y que la competencia se despliega sobre delitos precisos y no sobre categorías en sentido amplio, si bien el Derecho comparado muestra gran variedad en la formulación de este principio, pues mientras ciertas legislaciones son muy restringidas en cuanto a delitos contemplados, existiendo, en general, unanimidad en cuanto a considerar "intereses esenciales" la seguridad nacional, las finanzas nacionales, la seguridad del servicio público y sus actividades, la protección de la fe pública y de las misiones diplomáticas y consulares, en cambio, en ciertas legislaciones, sin que sea tendencia general, la relación es más extensa como lo prueba el hecho de que algunos Estados tienden a hacer una interpretación amplia de la noción de "intereses esenciales" incluyendo en ella los delitos que afectan al mercado de capitales, a naves y aeronaves que arbolan su pabellón, al medio ambiente, a determinados intereses comerciales e industriales como secretos de fabricación o de determinados negocios. Solamente en casos excepcionales se impone la condición especial de que el sospechoso esté presente para que los hechos puedan perseguirse sobre la base del principio de *protección*. (73)

En la afirmación, durante el siglo XX, del principio de *protección* están de acuerdo tanto las legislaciones nacionales de Estados pertenecientes a distintos continentes, como los convenios internacionales, además de las corporaciones científicas doctrinales y la propia Comisión de codificación de la Sociedad de las Naciones, si bien en ciertos casos con notorias limitaciones. En efecto, la formulación puede decirse que clásica estaba contenida en el art. 7 del antiguo Código francés de Procedimiento Criminal, y después de su modificación en el art. 694, según el cual: "Todo extranjero que, fuera del territorio de la República, se haga culpable, como autor

(73) Conseil de l'Europe: *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, op. cit., pp. 13-14.

o cómplice, de un delito o de una contravención contra la seguridad del Estado, o que falsifique el sello del Estado o la moneda nacional de curso legal, puede ser procesado y enjuiciado de conformidad con las disposiciones del Derecho francés, si hubiere sido detenido en Francia o si el gobierno obtiene su extradición". En alguna ocasión un Estado se consideraba protector de los intereses de otro, así el Código penal húngaro, de 1950, consideraba perseguibles los hechos cometidos en el extranjero por un extranjero, cuando resultase violado "un interés fundamental referente al orden democrático, político y económico de la República Popular Húngara, que el Código Criminal de 1961 denomina "delitos contra el Estado", pero ya incluyendo entre éstos, en las secciones 5 y 133, los delitos cometidos "en perjuicio de otro Estado socialista". Por su parte el Código penal etíope, de 1957, vigente durante la forma monárquica del Estado, en su art. 13 disponía que: "Este Código es aplicable a todas las personas que, en el extranjero, hayan cometido uno de los delitos contra el Soberano y el Imperio, sus servidores, su integridad, sus instituciones o sus intereses esenciales...". Como señalan Sahovic y Bishop no muy alejada de la forma algo extrema del principio de territorialidad objetiva está la Ley penal de Nueva York, en cuya sección 1933 se dice: "Una persona que realice fuera de este Estado un acto que afecte a personas o bienes que se hallen dentro de él, o a la salud pública, la moral o la decencia de este Estado y que, de ser realizado dentro de él constituiría delito, es sancionable como si el acto hubiera sido cometido dentro de este Estado". (74)

Por lo que atañe a los convenios internacionales debe citarse el Código de Derecho internacional privado o "Código Bustamante", adoptado en 1928 y hoy vigente entre diversos Estados hispanoamericanos, cuyo art. 305 dispone que: "Están sujetos en el extranjero a las leyes penales de cada Estado contratante, los que cometieren un delito contra la seguridad interna o externa del mismo o contra su crédito público, sea cual fuere la nacionalidad o el domicilio del delincuente", y también su art. 306 según el cual: "Todo nacional de un Estado contratante o todo extranjero domiciliado en él, que cometa en el extranjero un delito contra la independencia de ese Estado, queda sujeto a sus leyes penales".

Y en cuanto a las corporaciones científicas recordemos que el Institut

(74) Milan Sahovic-Willam W. Bishop Jr.: *Autoridad del Estado: su alcance en relación con las personas y lugares*, en Max Sorensen: *op. cit.*, pp. 360-361.

de Droit International se ocupó de esta cuestión, llegando a aprobar en su sesión VIII (Munich, 1883) quince artículos sobre el conflicto de leyes penales entre los diferentes Estados, de los cuales el art. 8 decía así: "Todo Estado tiene derecho a castigar los actos cometidos por extranjeros fuera de su territorio y que violan sus leyes penales, siempre que dichos actos constituyan un atentado a su existencia social, o pongan en peligro su seguridad, y siempre que la ley penal del territorio donde se cometan no disponga nada contra ellos" (75). Posteriormente el informe Brierly-Ch. de Visscher, de 1926, en el marco de la citada Comisión de codificación de la Sociedad de las Naciones, al advertir la variedad de práctica estimó que "la regulación internacional de estas materias, aun siendo deseable, tropezaría con graves obstáculos políticos y de otro carácter" (76). El Institut de Droit International volvió a ocuparse del tema en su sesión XXXVII (Cambridge, 1931) aprobándose una resolución cuyo art. 4 estableció: "Cualquier Estado tiene el derecho de castigar los actos cometidos fuera de su territorio, aun por extranjeros, cuando dichos actos constituyan: a) un ataque contra su seguridad; b) una falsificación de su moneda, sus sellos de correo, el sello o las marcas oficiales. Esta regla es aplicable aun cuando los hechos bajo consideración no sean sancionables de acuerdo con la ley penal del país en cuyo territorio dichos actos fueron cometidos" (77).

Muy pocas referencias se encuentran respecto al principio de *protección* respecto de países anglosajones, señalándose que, salvo excepciones como la sección 687 de la Ley británica, de 1894, sobre la navegación mercante, en general, los tribunales británicos carecen de jurisdicción, con arreglo a la ley, para conocer de los actos delictivos cometidos por extranjeros en el extranjero (78); y en Estados Unidos de América, donde el principio de *territorialidad* es mantenido por sus tribunales, a veces utilizaron el principio de *protección* para enjuiciar a extranjeros que en el extranjero habían prestado falso juramento ante cónsul estadounidense con la finalidad de proveerse de documentos que les facilitaron la entra-

(75) Vid. Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. VII, p. 156.

(76) Vid. American Journal of International Law, 20 (1926), Special Suppl., pp. 252-259, y comentario de Woolsey en pp. 757-759.

(77) Vid. Milan Sahovic- William W. Bishop Jr.: *Autoridad del Estado: su alcance en relación con las personas y los lugares*, en Max Sorensen: *op. cit.*, pp. 359-360.

(78) Vid. L. Oppenheim: *op. cit.*, p.352, en nota 28.

da en ese país, así p. ej., el caso *"U.S. vs. Rodríguez"* (1960), decisión que fue confirmada en 1961 (79).

Desde luego lo que es claro es que desprovista de todo valor está hoy la opinión del juez Lord Finlay, adjunta a la ya citada sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso *"Lotus"*, según la cual: "El Derecho internacional no reconoce la dictaminada competencia de protección... Si algún Estado quiere contar con autorización al respecto, debe, pues, lograr a través de acuerdos el consentimiento de los otros Estados afectados..." (80), pues como recuerda Ambos refiriéndose a los casos de espionaje entre las dos Alemanias, la República Federal Alemana habría tenido que concertar un acuerdo con la República Democrática Alemana para que ésta juzgara a sus propios agentes secretos a quienes pagaba y que habían sido adiestrados precisamente para llevar a cabo tales trabajos contra la República Federal Alemana, lo que carece de toda lógica y, así lo estableció el propio Tribunal Constitucional Federal alemán al afirmar que: "El Estado, que ha creado y mantenido tal servicio, no puede a la vez amenazar con penas a sus colaboradores y agentes"; en consecuencia, la jurisdicción en base al principio de *protección* la República Federal Alemana la ejerció por estar "claramente legitimada para proteger penalmente la seguridad de su propio Estado... de modo amplio contra las operaciones que desde el exterior llevaban a cabo los servicios secretos extranjeros". (81) Ahora bien, como señala Ambos, el Estado no puede invocando legítima defensa, llevar a cabo intervenciones, en el territorio del Estado donde se realiza el hecho delictivo contra el primero, de modo ilimitado, pues ha de tratarse de atentados que lesionen o amenacen la seguridad y existencia del propio Estado (82).

Con todo parece existir en la actualidad alguna tendencia a ejercer una jurisdicción penal internacional exorbitante, con base en el principio de *protección*. En efecto, así nos parece que sucede con la llamada "Lista Clinton" que prevé la Orden Ejecutiva 12978 (Bloquear bienes y prohibir transacciones con traficantes de narcóticos significativos), firmada por el Presidente William J. Clinton el día 21 de octubre de 1995 y que según su

(79) Vid. Milan Sahovic-William W. Bishop Jr: *Autoridad del Estado: su alcance en relación con las personas y los lugares*, op. cit., p. 360.

(80) Court Permanent de Justice International, Recueil, Serie A, núm. 9 (1927), p. 56.

(81) Kai Ambos: *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, op. cit., p. 91.

(82) Kai Ambos: *Temas de Derecho pena internacional y europeo*, op. cit., p. 92.

Sección 6 (a) entró en vigor a las 12,01 de la mañana, hora del este del día 22 de octubre de 1995. Dicha Orden se fundamenta en la Ley de Facultades Económicas de Emergencias Internacionales (International Emergency Economic Powers Act) (Código de los Estados Unidos 50, 1701 y siguientes) (IEEPA, por sus siglas en inglés), la Ley de Emergencias Nacionales (National Emergencies Act), (Código de los Estados Unidos 50, 1601 y siguientes) y el Título 3 del Código de los Estados Unidos, y en virtud de esto el Presidente declara "que las acciones de los traficantes de narcóticos extranjeros significantes concentrados en Colombia, y la violencia, corrupción y daño sin precedentes que causan a los Estados Unidos y a otros países, constituyen una amenaza poco común y extraordinaria a la seguridad nacional, política exterior y la economía de los Estados Unidos y, mediante esta Orden, declaro emergencia nacional para tratar esta amenaza". En consecuencia la sección 2 prohíbe "(a) toda transacción o trato por personas de los Estados Unidos o que estén en los Estados Unidos en propiedad o intereses en propiedad de las personas asignadas conforme a esta Orden", y "(b) toda transacción realizada por una persona de los Estados Unidos o que se encuentre en los Estados Unidos o tenga el objetivo de evadir o eludir o tenga la intención de infringir alguna de las prohibiciones indicadas en esta Orden". Entre otras definiciones la sección 3 determina que "(c) el término "persona de los Estados Unidos" significa un ciudadano o nacional o residente permanente de los Estados Unidos, una entidad constituida bajo las leyes de los Estados Unidos (inclusive sucursales extranjeras) o cualquier persona de los Estados Unidos", y que "(d) el término "extranjero" significa un ciudadano o nacional de un país extranjero (inclusive una persona que también sea ciudadana o nacional de los Estados Unidos) o toda institución que no esté constituida solamente bajo las leyes de los Estados Unidos o que exista solamente en los Estados Unidos, pero no incluye un país extranjero...".

Aparentemente, la citada orden parece tener un alcance meramente económico, sin embargo las infracciones que prohíbe entran dentro del ámbito del Derecho penal, por cuanto una persona extranjera que en su país lleva a cabo actos válidos conforme a la ley del mismo, si es incluida en la "lista" por las autoridades norteamericanas es considerada como presunta autora del delito previsto en la legislación estadounidense y puede ser objeto de solicitud de extradición tanto cuando se halle en su

propio país como en un tercero. Así, por ejemplo, al estar incluido en la referida "lista" un ciudadano colombiano, legalmente residente en España y que nunca estuvo en Estados Unidos, vio cómo se solicitaba su extradición. Ello supone una aplicación muy dudosa desde el punto de vista jurídico-internacional del principio de *protección*. En realidad esta orden sigue la línea de las leyes Helms-Burton y D´Amato-Kennedy que "obligan" a respetar las leyes americanas a extranjeros en sus operaciones comerciales con empresas no americanas llevadas acabo en el extranjero, frente a las cuales se han alzado amplias y vigorosas reacciones internacionales que "confirman la ilicitud" de dichas leyes (83). Tales reacciones se plasman en la ley canadiense de 9 de octubre de 1996 y en la ley mexicana del 23 del mismo mes y año, que prohíben a los jueces nacionales dar efecto a las eventuales condenas decididas por los tribunales norteamericanos sobre las mencionadas leyes, de las cuales concretamente la ley Helms-Burton fue objeto de denuncia por la Resolución 51/17 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de noviembre de 1996, al afirmar que "dont les effets extra-territoriaux portent atiente à la souveraineté d´autres États et aux intérêts légitimes d´entités et de personnes placées sous leur juridiction ainsi qu´à la liberté du commerce et de la navigation"; y en ello vuelve a insistir la Resolución 52/10, de dicha Asamblea General, de 5 de noviembre de 1997. Ciertos autores ven una posible atenuación en la teoría "de los efectos", e incluso en la de la *personalidad pasiva* que proclama el art. 14 del Código civil francés según el cual: "L´étranger, même non résident en France... pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations para lui contractées en pays étranger envers des Français", pero principio éste "cuya conformidad con el derecho internacional es dudosa" (84). Es evidente que en esta formulación general están comprendidas no solamente las obligaciones civiles sino también las derivadas del delito cometido en el extranjero.

d) Principio de *representación*.-

Según este principio, que ha sido adoptado por el Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos represivos, de 15 de mayo de 1972, un Estado puede ejercer su competencia penal extraterritorial para perseguir un hecho delictivo cuando considera que puede hacerlo "en lugar" de otro Estado con el que los hechos presentan conexión más fuerte, siempre que se reúnan ciertas condiciones. El principio de *representación* difiere notablemente del principio de *universalidad*, al que después nos referiremos, ya que mientras en éste los órganos jurisdiccionales del Estado actúan unilateralmente, por tanto, sin consideración al criterio de los demás Estados que puedan estar interesados en ocuparse del procedimiento, la actividad judicial bajo el principio de *representación* depende de un acuerdo con el Estado con el que el delito tiene conexión más directa, como puede ser el Estado del *locus delicti*. Los Estados miembros del Consejo de Europa partes en el citado Convenio de 1972 han introducido el principio en sus leyes internas, a efectos de dar cumplimiento a las disposiciones convencionales; otros han incorporado sus principales características en su Derecho interno, de cara a poner en práctica en algún momento esa posibilidad de ejercicio jurisdiccional. En relación con este principio una de las condiciones esenciales para su puesta en práctica es la existencia de doble incriminación, es decir, que el hecho esté previsto y penado en la ley penal de los dos Estados.

(83) Nguyen Quoc Dinh-Patrick Daillier-Alain Pellet: *Droit international public*, 6ª ed., París, 1999, p. 506.

(84) *Ibid., in eod. loc.*

e) Principio de *universalidad*.-

El principio de *universalidad*, de *jurisdicción universal* o de *justicia universal* supone que los tribunales penales del Estado ejercen su jurisdicción, respecto de un determinado número de hechos delictivos, a nivel planetario; es decir, sin consideración alguna al *locus delicti* ni a la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del autor ni de la víctima, y, además, sin la exigencia del principio de doble incriminación, o sea, aunque los hechos no fuesen punibles en el lugar de comisión. Se trata, pues, de una jurisdicción extraterritorial casi absoluta puesto que la única limitación se halla en el respeto al principio *non bis in idem*, esto es, que por esos hechos el acusado no haya sido ya juzgado en el extranjero, principio que, por cierto, ha sido puntualizado, con una acertada limitación, por el art. 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1996, así, se respeta la absolución o condena en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional o interno, pero en este último caso cabe un nuevo juicio tanto por tribunal penal internacional o interno en los casos concretos que especifi-

ca el párrafo 2 de dicho precepto, línea en la que sustancialmente se ha mantenido el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, cuyo art. 20. 3 permite a la Corte iniciar nuevo proceso si el ya seguido ante otro tribunal ha obedecido "al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte", o "no hubiere sido instruída en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia".

Los hechos delictivos a los que este principio se refiere son los considerados y denominados *delicta iuris gentium*; delitos que vulneran ciertos bienes jurídicos que están reconocidos universalmente y que, por tanto, el daño que producen no solamente lo es frente al Estado directamente concernido, sino a la Comunidad internacional de Estados, al género humano como tal, por lo que esa jurisdicción universal ejercida *erga omnes* protege derechos humanos fundamentales, de ahí que su protección se lleve a cabo no respecto de un determinado Estado, sino de dicha Comunidad internacional, así, por ejemplo, la opinión de Eser en relación al delito de genocidio: "Sobre el derecho a la vida de sectores de la humanidad no se pueden dar derechos exclusivos de soberanía nacional" (85). Su justificación, no sin que haya sido discutida por muchos juristas (86), reposa en la "solidaridad de Estados en la lucha contra el crimen".

Inicialmente el delito típico fue el de piratería, cuya sanción por los tribunales del Estado del buque captor vino amparada por norma consuetudinaria del Derecho internacional que, como no podía ser de otro modo, fue recogida en las codificaciones del Derecho marítimo (arts.14-22 del Convenio de Ginebra sobre la alta mar, de 29 de abril de 1958, y arts.100-107 de la Convención sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982). Pero con el paso del tiempo se amplió el concepto de "delito de Derecho internacional" a otros hechos, así el art. 308 del Código de Derecho internacional privado o "Código Bustamante" dispone en el Libro tercero, título I, capítulo III, bajo el rótulo de "Delitos cometidos

(85) Eser: *Völkermord und deutsche Strafgewalt*, en Festschrift Meyer-Gossner, 2001, p. 19; vid. Kai Ambos: *op. cit.*, pp. 93-96.

(86) Vid. Milan Sahovic-William W. Bishop, Jr: *Autoridad del Estado: su alcance en relación con las personas y lugares*, en Max Sorensen: *op.cit.*, p. 363.

fuera de todo territorio nacional" que: "La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aún en el Estado, se castigarán por el captor de acuerdo con sus leyes penales". El delito de piratería, en contra de lo que pudiera parecer, no ha quedado obsoleto pues según el Centro de Información de Piratería (PRC), con sede en Kuala Lumpur, en 2005 se registraron en el mundo 276 actos de piratería en distintos lugares de alta mar de los océanos Pacífico, Atlántico, Mar Caribe, región de Seychelles, Índico, estrecho de Malaca y mar del sur de China. Ya en enero de 2006 el buque norteamericano *Winston S. Churchill* apresó en el Índico un buque pirata con tripulación india y somalí, y en marzo del mismo año el crucero *Cape Saint George* y el destructor *González* llevaron a cabo apresamientos en alta mar, lo que significa la competencia penal internacional de los tribunales norteamericanos con base en el principio de *universalidad*. Más amplia era la lista elaborada por el Institut de Droit International que en su sesión XXXVII (Cambridge, 1931) aprobó una resolución según la cual: "Cualquier Estado tiene el derecho de castigar los actos cometidos fuera de su país por un extranjero que se encuentre en su territorio, cuando dichos actos constituyen un delito contra los intereses generales protegidos por el derecho internacional (tales como la piratería, el comercio de esclavos, la trata de blancas, la propagación de enfermedades contagiosas, el ataque a los medios de comunicación internacional, a canales o a cables submarinos, la falsificación de moneda y de instrumentos de crédito, etcétera), a condición de que no se solicite la extradición del acusado o de que haya sido rehusada por el Estado en cuyo territorio se llevó a cabo el delito, o por aquél del cual el acusado es nacional". Ciertos códigos penales ya tempranamente, y con ciertas condiciones, puede decirse que incorporaron el principio de *universalidad,* como los códigos austriacos de 1803 y 1852, admitiendo éste último la aplicación de la ley más benigna entre la austriaca y la del *locus delicti*, criterio seguido por el Código penal yugoslavo de 1951, en su art. 94 (2). Por su parte el Código penal alemán incluyó los "delitos de importancia mayor realizados con explosivos; de trata de mujeres y niños;... tráfico no autorizado de narcóticos; (y) tráfico de publicaciones obscenas".

El principio de *universalidad* está presente en el sector del Derecho

bélico. Ya la Comisión de Crímenes de Guerra, de las Naciones Unidas, declaró que: "De acuerdo con la doctrina generalmente aceptada... el derecho de castigar crímenes de guerra no queda limitado al Estado cuyos nacionales han sufrido, o en cuyo territorio se ha cometido el delito, sino que es poseído por cualquier Estado independiente, en la misma forma que ocurre con el derecho de castigar el delito de piratería" (87), criterio de jurisdicción *universal* admitido en las cuatro Convenciones de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, con texto idéntico, como párrafo 2, de los arts. 49 (Convención I, sobre mejoramiento de la condición de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña), 50 (Convención II, sobre mejoramiento de la condición de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas navales), 129 (Convención III, sobre tratamiento de los prisioneros de guerra), y 146 (Convención IV, sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra), según el cual: "Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de apresar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para su enjuiciamiento a otra Parte Contratante interesada en el proceso, en tanto que esta otra Parte Contratante haya formulado contra ellas suficientes cargos". Precisamente conforme a este precepto, y con independencia de la nacionalidad española de la víctima, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 (Audiencia Nacional de España), resolvió admitir a trámite, tras iniciar diligencias previas y posponer el 20 de octubre de 2003 la decisión, la querella interpuesta por los familiares del periodista don José Couso, muerto en Irak por disparos de las fuerzas norteamericanas sobre el hotel Palestine (Bagdad), con el consiguiente procesamiento de los militares responsables (88), si bien, en marzo de 2006 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ordenó el archivo del caso al entender que esa muerte se había producido en una acción de guerra, y sin intencionalidad por parte de sus autores.

No se puede silenciar que si bien algunos delitos, como los de tráfico

(87) Vid. *Digest of Laws and Cases, 15 Law Reports of Trials of War Criminals*, 1949, p. 26.

(88) José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *El caso "Couso": ¿tienen jurisdicción los Tribunales de España?*, en LA LEY, año XXV, núm. 6067, jueves 22 de julio de 2004, pp. 1-4.

de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, han sido criminalizados tanto por convenios internacionales como por legislaciones nacionales, no obstante algún sector doctrinal estima dudoso el que tales delitos caigan bajo el principio de *universalidad* (89).

Esto dicho, en estos últimos años el principio de *universalidad* es el que mayor discusión viene planteando a consecuencia de casos como los llevados ante los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, y otros de los que han pretendido conocer jurisdicciones nacionales como los llamados "*Argentina*"(90), "*Scilingo*" (91), "*Cuba*", "*Guatemala*" (92), "*Pinochet*" (93) y "*Cavallo*"(94) que, en particular, se han planteado ante la jurisdicción española y se siguen planteando como el reciente caso "*Tíbet*", o como el caso "*Yerodia*" iniciado ante la jurisdicción belga (95), que han generado una extensa literatura por parte de la doctrina internacionalista y penalista de diversos

(89) Así, Kai Ambos: *op. cit.*, p. 95.

(90) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Competencia judicial penal internacional de los tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos por extranjeros contra españoles en Iberoamérica*, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 13, Madrid, 1997, pp. 505-536.

(91) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *A vueltas con la competencia judicial penal internacional de los Tribunales de España: el caso "Scilingo"*, en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. IV, Madrid, 2004, pp. 215-236.

(92) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Jefes de Estado y jurisdicción universal: los casos "Cuba" y "Guatemala"*, en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 15, Madrid, 2001, pp. 445-480.

(93) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Reflexiones sobre el caso "Pinochet": ¿tienen competencia los Tribunales españoles?*, en Actualidad Penal (La Ley), núm. 30, semana 24 al 30 de julio de 2000, pp. 619-654.

(94) Para el ex militar argentino Ricardo Cavallo la fiscalía de la Audiencia Nacional solicitó, el 11 de enero de 2006, penas que oscilan entre los 13.300 y los 17.000 años de prisión acusado de haber cometido supuestamente, durante la dictadura argentina, delitos de genocidio, terrorismo, torturas y crímenes contra la humanidad, vid. diario "El País", jueves, 12 de enero de 2006, p. 21.

(95) En virtud de la orden internacional de arresto dictada por el juez de instrucción, del Tribunal de primera instancia de Bruselas, Vandermeersch, el 11 de abril de 2000, basándose en la ley de 16 de junio de 1993 "relative à la represion des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions", tal como fue modificada por la ley de 19 de febrero de 1999 "relative à la repression des violations graves de droit international humanitaire", cuyo art. 7 dispone que: "Les juridictions belges sont competentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indepéndamment du lieu où celles-ci auront été commises", y al art. 5. 3 según el cual: "l´immunité attachée à la qualité officielle d´une personne n´empêche pas l´application de la présente loi".

países, y de cuyo panorama se percibe una cierta tensión en la indudable "evolución" del Derecho internacional en esta materia. No todos responden al mismo perfil y, desde luego, cada uno presenta sus particularidades específicas (calificación de hechos delictivos, existencia, o no, de tratado entre los Estados interesados, etc.), lo que hace imposible una exposición *in extenso*. No obstante, ciertos datos y algunos puntos, aunque a muy grandes rasgos, pueden consignarse sin ánimo de exahustividad dados los límites de una ponencia.

Desde luego debe advertirse que el principio de *universalidad*, si bien está admitido, no puede decirse que lo esté abrumadora, ni siquiera mayoritariamente, por la Comunidad internacional, lo cual es un dato a tener presente. No lo está, por ejemplo, por un país, tan relevante por tantos conceptos, en particular en cuanto a la defensa de los derechos del hombre, como es Francia. Si dicha Comunidad internacional se sitúa en torno a dos centenares de Estados lo cierto es que el principio está admitido aproximadamente por un diecisiete por ciento, y en algún caso, como en Bélgica, la formulación con carácter general, planteó a su Gobierno serios problemas al sucederse denuncias o querellas contra jefes de gobierno en activo, p. ej. contra el primer ministro israelí Ariel Sharon, o ministros de asuntos exteriores en ejercicio, aunque después ya no ostentasen el cargo, como el caso, antes citado, del ministro congoleño de Asuntos Exteriores, Abdulaye Yerodia Ndombasi, que enfrentó a la República Democrática del Congo contra Bélgica ante el Tribunal Internacional de Justicia (*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*), el cual dictó Sentencia, de 14 de febrero de 2002, adversa para Bélgica. En el curso del procedimiento Congo sostuvo que la *competencia universal* que Bélgica se atribuía constituía una violación del principio según el cual un Estado no puede ejercer su poder sobre el territorio de otro Estado y del principio de igualdad soberana entre todos los Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, proclamado por el art. 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas (96). Todo esto hace que el principio debe considerarse con cierta reserva. Es más, autores hay que consideran que se halla en crisis tanto a nivel internacional como a interno, residiendo la génesis de la misma esencialmente en la ausencia de una clara y precisa determinación del significado y alcance del mismo, lo que se evidencia en recientes deci-

(96) Parágrafo 17 de la Sentencia del TIJ, de 14 de febrero de 2002.

siones del Tribunal Supremo español, especialmente en su Sentencia de 25 de febrero de 2003, relativa al caso *"Guatemala"* que parece sostener la necesidad de "la existencia de una conexión con un interés nacional español" en relación directa con el delito para que el principio de *universalidad* pueda ser base de la jurisdicción española (97), si bien el Tribunal Constitucional en Sentencia de 26 de septiembre de 2005, declara que dicha sentencia del Tribunal Supremo y el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional, de 13 de diciembre de 2000, objeto del recurso de casación, fueron anulados por entender que había sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción de los recurrentes, y en consecuencia declara se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al referido auto, a fin de que se dicte nueva resolución.

Tras esto cabe decir que el principio de *universalidad* es admitido en Europa por Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, España, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Noruega, Polonia, Rumanía, Suecia y Turquía. También lo fue por la desaparecida Unión Soviética. En América se recoge en las legislaciones de Brasil, Canadá, Costa Rica, Chile, Ecuador, Estados Unidos de América, Perú, Uruguay y Venezuela. En África en Egipto y Etiopía. Y, en fin, en Asia en Corea, Filipinas, Irak, Israel, Japón, Tailandia y Taiwán (98).

A nuestro entender en algunos casos antes citados (*"Argentina"*, *"Cuba"*, *"Pinochet"*) la atribución de jurisdicción por parte de los Tribunales de España fue equivocada por la sencilla razón de que se partió de una calificación errónea de los hechos, calificación de la que inexorablemente depende la aplicación de la norma y su consecuencia jurídica, considerando genocidio a víctimas de un grupo *político* no contemplado ni en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), vigente entre España, Argentina, Chile, Cuba etc., ni en el art. 607 del vigente Código penal español, de 1995 (99), y, a mayor abundamiento, suponiendo la correcta calificación,

(97) Fundamento de Derecho undécimo; sobre esta decisión vid. Isidoro Blanco Cordero: *Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo* (I), en LA LEY, año XXV, nº. 5980, lunes, 22 de marzo de 2004, pp. 1-8, con una exposición de la evolución histórica del principio.

(98) Vid. D. Oehler: *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pp. 527-529.

ignorando la regla convencional de competencia del art. 6 que inequívocamente atribuye ésta al "tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido...". En cuanto a la competencia para conocer del delito de tortura contra españoles la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), en su art 5. 1. c) no impone la recepción del principio de *personalidad pasiva,* simplemente deja abierta la posibilidad al decir: "Cuando la víctima sea nacional de ese Estado *y éste lo considere apropiado.*"; y si bien el párrafo 3 de dicho precepto señala que: "La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales", ocurre que quien ha de considerarlo apropiado no es el juez, que simplemente aplica las leyes, sino el legislador, y en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente, que establece los principios de competencia, resulta que no admite ni con carácter general ni limitado el principio de *personalidad pasiva,* al tiempo que dentro de la "lista" de delitos sujetos a competencia universal el delito de tortura brilla por su ausencia. Y en el ámbito del Derecho penal la aplicación de la máxima universalmente reconocida *favorabilia sunt amplianda et odiosa sunt restringenda*, por graves que puedan ser los delitos cometidos, es irrenunciable, al menos en los Estados que se consideran democráticos y de Derecho.

Caso diferente es el relativo al *"Tíbet"* para el que la Audiencia Nacional de España se ha considerado competente por Auto de 10 de enero de 2006. En efecto, si bien es cierto que la citada Convención de 9 de diciembre de 1948 (genocidio) obliga a España, no obliga a la República Popular China, dado que el Estado ("China") que figura como ratificante no es sino Taiwán, ratificación que la República Popular China en ningún momento reconoce, por lo que aquí sí es aplicable el art. 23. 4 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial que confiere competencia unilateralmente a los Tribunales de España, aunque habrá de tenerse en cuenta la condición de ex jefe de Estado y ex Primer Ministro de alguno de los querellados, en particular teniendo presente la doctrina mantenida por el Tribunal Internacional de Justicia en su clarísima Sentencia de 14 de febrero de 2002, relativa al caso *"Affaire relative au mandat d´arrêt du 11 avril 2000"* (República Democrática del Congo c. Bélgica), en la que

(99) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

por trece votos contra tres falla: "que l´emission, à l´encontre de M. Abdulaye Yerodia Ndombasi, du mandat d´arrêt du 11 avril 2000, et sa difusión sur le plan international, ont constituí des violations d´une obligation juridique du Royaume de Belgique à l´égard de la République démocratique du Congo, en ce qu´elles ont méconnu l´inmunité de juridiction pénale et l´inviolabilité dont le ministre des affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo jouissait en vertu du droit international" (100). Es cierto, que conforme al art. 59 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia "la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido"; pero no lo es menos que la propia jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia es medio de "determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59", y aquí el máximo órgano judicial de las Naciones Unidas está afirmando la existencia de la regla de inmunidad de jurisdicción para un ex ministro de Asuntos Exteriores, respecto de actos llevados a cabo durante su mandato oficial (101).

Por lo demás, la aplicación, a veces, del pretendido principio de *subsidiariedad* o *justicia criminal supletoria* de modo unilateral no parece conforme con el Derecho internacional pues, como afirma Kai Ambos, "en el principio de justicia criminal supletoria el Estado enjuiciador *ha de obtener el consentimiento del Estado del lugar del hecho, propiamente competente en razón del principio de territorialidad"* (102), por lo que el *ius puniendi* del Estado enjuiciador es *derivado*; es decir, el Estado del *locus delicti* es quien decide si el Estado enjuiciador puede ejercer su jurisdicción sobre los hechos, y caso de ser autorizado éste actúa como "representante" del Estado del *locus delicti* (103). Recuérdese que durante las actuaciones de la jurisdicción penal española en el caso *"Pinochet"* Chile advirtió a España la posibilidad de presentar demanda ante el Tribunal Internacional de Justicia. Todo lo cual significa que el principio de *uni-*

(100) Hemos utilizado una copia del texto original oficialmente inédito.

(101) La sentencia ha generado diversos comentarios entre los que puede verse el de Rubén Carnerero Castilla: *Un paso atrás en la lucha contra la impunidad: la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, en Luis Ignacio Sánches Rodríguez (ed.): Cuadernos de Jurisprudencia Internacional (1), Madrid, 2004, pp. 83-104.

(102) Las cursivas son nuestras.

(103) Vid. Kai Ambos: *op. cit.* p. 94.

versalidad no puede establecerse por cada legislador de modo absolutamente unilateral.

Lo que sí es posible es la "implementación", es decir, que la definición de un delito en una convención internacional no solamente sea objeto de una incorporación al derecho interno (implementación no modificatoria) sino que, además, en éste se amplíe el contenido del tipo penal (implementación modificatoria). Así ocurre con el capítulo 11 del Código penal finlandés y en las legislaciones de Colombia, Ecuador, El Salvador y Venezuela (104). E igualmente en el art. 607 del vigente Código penal español, que, además de recoger el catálogo y contenido de los hechos constitutivos de delito de genocidio según la Convención de 1948, añade, lo que no figura en ésta, el llamado delito de "negacionismo", al señalar en su párrafo 2 que: "La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará...". Por esto pudo el Tribunal Supremo español dictar la Sentencia de 16 de noviembre de 1998, primera en su género en España, condenatoria por delito de genocidio contra un librero español que vendía en su librería de Barcelona publicaciones, de las que no era autor, en las que los autores mantenían tesis contrarias a los límites impuestos por dicho precepto (105). En consecuencia los autores de escritos negacionistas en la prensa iraní, así como los editores podrían ser perseguidos en España (106). Este sistema ha sido admitido tras la II Guerra Mundial por Austria y moder-

(104) Vid. Gerhard Werle: *op. cit.*, pp. 152-153.

(105) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Reflexiones sobre el caso "Pinochet": ¿tienen competencia los tribunales españoles*, art. cit., p. 637. El párrafo 2 del art. 607 del Código penal español ha sido objeto, de una cuestión de inconstitucionalidad promovida hace seis años (y aún pendiente ante el Tribunal Constitucional) por la Audiencia Provincial de Barcelona, al entender que el tipo penal que contempla es de contenido vago, el bien jurídico protegido aparece como difuso y que, en consecuencia, supone una injustificada limitación del derecho a la libertad de expresión.

(106) Por lo que respecta al público negacionismo que repetidamente manifiesta el presidente iraní Mahamud Ahmadineyad, no sería posible su persecución en España, porque aunque ambos países son parte en el Convenio de 1948, que otorga competencia a los tribunales del *locus delicti* (art. 6), por tanto a los iraníes, el tipo objeto de perseguibilidad no existe en el texto convencional y aunque el apoyo reposa solamente en el art. 23. 4 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual sí sería posible, se alza frente a ello la inmunidad penal de que goza el jefe de Estado en activo y a la que Irán, frente a España, no ha renunciado ni convencional ni unilateralmente.

namente por varias legislaciones, habiéndose celebrado como consecuencia de ello ya diversos procesos en Europa (107). Así, el Tribunal Regional de Viena, en su Sentencia de 20 de febrero de 2006, condenó al historiador británico David Irving en aplicación de la "Ley de Prohibición" (que siempre ha tenido ciertos críticos entre la propia clase política austriaca) que se adjuntó a la Constitución austriaca en 1947, y que en 1992 fue enmendada especificándose el delito de "negar en público, justificar o minimizar los crímenes contra la humanidad". En Francia la primera condena por este delito se dictó en 1981 en el caso *"Robert Faurison"*, y después en diciembre de 2005 en el caso *"Bruno Gollnisch"*, que está previsto sea nuevamente juzgado, acusado de los mismos hechos, el 23 de mayo de 2006 al haber perdido su inmunidad como parlamentario europeo; en Suiza, en 2000, en el caso *"Gaston-Armand Amaudruz"*; los Tribunales alemanes desde 1992 han dictado al menos cinco condenas, la última, en el caso *"Ernst Zuendel"*, es la Sentencia de 9 de febrero de 2006 (108).

(107) No todos los Estados que han incorporado el delito de negacionismo en sus legislaciones lo hacen del mismo modo. Alemania, Bélgica y Francia contemplan el delito de negacionismo del genocidio judío, y en este último país, donde por cierto es más vivo el debate sobre la conveniencia de legislar sobre el negacionismo, ya se aprobó una ley en 1990 (la ley Gayssot), que fija un año de prisión y multa de 45.000 euros para "la expresión pública de tesis que contesten la existencia de crímenes contra la humanidad", y que fue aplicada en 1991 y 1997 en el doble caso *"Le Pen"*. En España y Suiza se amplía a todo crimen contra la humanidad. Otros Estados europeos no contemplan el negacionismo, como tal, pero prevén los delitos de racismo e incitación al odio racial. En otros, como Dinamarca, Reino Unido y Suecia se mantiene la total libertad de expresión, sin límite penal para el caso de publicaciones, salvo, claro está, si se incurre en delito de difamación; vid. las referencias de Julieta Rudich y Mathieu de Taillac en: diario "El País", domingo, 19 de febrero de 2006, p. 4, y Julieta Rudich en: diario "El País", martes, 21 de febrero de 2006, p. 6.

(108) Por lo que respecta al Tribunal de Derechos Humanos (Estrasburgo) la Comisión Europea de Derechos Humanos vino rechazando reiteradamente los intentos que consideraban que la persecución penal de tesis revisionistas era contraria al derecho de libre expresión, sin embargo, la Sentencia de 23 de septiembre de 1998, caso *"Lehideux e Isorni"*, ha introducido un criterio más flexible en cuanto a la persecución de ideas favorables al nazismo, en cuanto justificativas del régimen del general Pétain, no negando la responsabilidad jurídica sino desplazándola al plano civil para la solventar cuestiones de carácter histórico; vid. Marc Carrillo: *La libertad de las expresiones miserables*, en diario "El País", domingo, 5 de marzo de 2006, p. 21.

4. La competencia judicial penal internacional en España: del Derecho histórico al Derecho vigente.

A) La normativa hasta el siglo XVIII.-

La determinación de la competencia jurisdiccional penal en virtud del principio de *territorialidad*, al remitir al delincuente al *forum delicti commissi*, se ha sucedido repetidamente, con alguna puntual excepción, a lo largo de los siglos tanto en la legislación interna española como en los tratados suscritos por España, ahora bien es preciso distinguir claramente entre el orden penal y el civil, no debiendo, por ejemplo, considerarse como excepción la incompetencia de jurisdicción que proclama el Fuero Juzgo al determinar que: "Ley antigua. Que los mercaderes dultra portos deven seer iudgados por sus iueces, é por sus leyes...", ya que la norma se refiere a "pleyto entre sí" por lo que el ámbito que contempla es civil y no penal (109). En cambio, en las Leyes de Estilo la ley 89 ya proclama el principio de *territorialidad*, como base de la competencia judicial, si bien aplicando al fondo de la causa penal la "Ley de los Judíos" en los "Pleytos criminales" entre ellos (110). Pero es en el siglo XIII, con las Siete Partidas alfonsinas, cuando se fija claramente la jurisdicción a favor del juez *del lugar de comisión del hecho* al reconocer el principio de que los delincuentes están sujetos a las leyes del país en que delinquen, según la Partida VII, título XXIX, ley 1, juez que deberá dirigir cartas al juez del lugar en el que se hallase el reo a fin de *recabdarlo magüer non quiera* (111) este juez. En realidad esta ley citada es conforme con la Partida I,

(109) Libro XI, título III, ley 2, vid. *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. I, Madrid, 1847, p. 185.

(110) Vid. *Los Códigos Españoles, op. cit.*, t. I, p. 319.

(111) El texto de la ley dice así: "Ensamado, o acusado leyendo algun ome de yerro que ouiesse fecho en alguna de las maneras que diximos en las leyes delos titulos desta setena partida, puede lo luego mandar recabdar el juez ordinario ante quien fuesse fecho el acusamiento. E si por auentuna se fuesse el malhechor de aquel lugar después que fuesse acusado, aquel mesmo judgador ante quien lo acusaron, deue enviar su carta al judgador del lugar do lo fallaren, que lo recabden, e lo envíen antel para fazer derecho del yerro de que fuesse acusado: e el judgador del lugar do quiera que fuere fallado el malhechor después que la carta recibiere, deue lo fazer assi, Moguer non quiera", vid. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nueuamente Glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad, Quinta Partida*, en Salamanca, por Andrea de Portonariis (edición facsimilar), 1555, p. 83.

título I, ley 15, que proclama la aplicación territorial de la ley penal (112). En el siglo XIV la regla, que pasó a la Novísima Recopilación de las Leyes de España (113), dada en 1347 y confirmada en 1385 ordenaba la remisión del acusado al *locus delicti commissi*, y está presente en el primer tratado de extradición celebrado en la Península Ibérica, el hispano-portugués de 1360 entre los reyes Pedro I de Castilla y Pedro I de Portugal, (114) que tuvo por finalidad proceder a la entrega de los autores de la muerte de Inés de Castro, hecho ocurrido cuatro años antes en Coimbra. El mismo principio se mantiene en el siglo XV. La competencia jurisdiccional del tribunal del *locus delicti* aparece en disposiciones de 1433 y 1435, destacando el asiento entre España y Portugal en el que se admite la entrega *de los propios nacionales* para someterlos al citado tribunal (115), e insistiendo en el principio de *territorialidad* en la Pragmática de los Reyes Católicos, de 20 de mayo de 1499 (116). El *forum delicti commissi* se mantiene en el siglo XVI en la Cédula de 28 de febrero de 1520 (117), y en la Pragmática de 29 de junio de 1569 que confirma la necesidad de aplicar la citada Pragmática de 1499, que no siempre fue observada, para la entrega recíproca de delincuentes entre los reinos de Castilla y Portugal, así como en el tratado hispano-francés de 29 de septiembre de 1765, bajo el reinado en España de Carlos III (118), política que continúa en la Real Orden de 11 de abril de 1779 y Cédula del Consejo de 13 de agosto del mismo año, por las que se ordena la

(112) Pues todos sin excepción han de observar las leyes del territorio en que se hallan, por lo que si hubiesen hecho: "... yerro en la tierra dose juzgasse por las leyes: ca Moguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar a mandamiento dellas: pues que el yerro fiziessen, onde ellas an poder: e avnque sean de otro señorio, non pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorio, en cuya tierra ouiessen fecho alguna destas cosas: E si... fuesen rebeldes... los juezes e las justicias los deuen constrenir por premia que lo fagan assi como las leyes desde nuestro libro mandan...", vid. *Las Siete Partidas, op. cit., Primera Partida*, p.; vid. también José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I, Introducción, historia doctrinal y codificación, Madrid, 1992, pp. 282-288.

(113) Novísima Recopilación de las Leyes de España (en adelante Nov.) 12, 36, 1.

(114) Por cierto no relacionado en el censo oficial de tratados de España, vid. Ministerio de Asuntos Exteriores: *Censo de tratados internacionales suscritos por España (16 de septiembre 1125 a 21 octubre 1975)*, t. I, bilaterales, Madrid, 1976, pp. 7 y 402.

(115) Nov., 12, 36, 3.

(116) Antonio Quintano Ripollés: *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, t. II, Madrid, 1957, p. 174.

(117) Nov., 12, 36, 6.

(118) Nov., 12, 36, 7.

observancia del art. 6 del tratado hispano-portugués de 24 de marzo de 1778. Posteriormente la Real Orden de 20 de mayo de 1786 se propuso a Portugal estar al principio de reciprocidad que fue aceptado (119).

No obstante, en algún momento España confiaba en que se respetase el principio de *nacionalidad* o *personalidad activa*, como se desprende de la Resolución a consulta de 1 de octubre de 1782, y Cédula del Consejo del 24 siguiente, al manifestar el rey Carlos III que conoce que: "... en diferentes Países extrangeros, quando alguno de mis vasallos, así soldados como paisanos, transeúntes o domiciliados en ellos, delinquen contra sus leyes y bandos públicos, se les forman procesos por las Justicias ordinarias sentenciándolos, e imponiéndoles las penas convenientes, *sin remitir los delincuentes a los Tribunales españoles...*" (120), ordena se esté a la regla de la reciprocidad "...sin permitir que se forme sobre ello competencia alguna" (121), pero del principio de *territorialidad* a favor de los tribunales españoles quedan exceptuados los ciudadanos marroquíes que en caso de delinquir en España eran remitidos a Marruecos, para evitar complicaciones en las relaciones entre ambos Estados y los perjuicios que podrían sufrir los españoles que se hallasen en ese país. Esta excepción se contiene en la Real Orden de 3 de marzo de 1797, dada por el rey Carlos IV, según la cual: "... que en caso de cometer un delito algún Marroquí en estos mis reynos... se le remita al puerto más cercano de aquel Reyno... evitando así las desavenencias que con este pretexto podrían suscitarse entre ambos Reynos" (122). Pero el tratado hispano-marroquí de 30 de mayo de 1780, dispone en su art.12 que de las causas criminales *entre españoles* "no conocerá otro alguno sino su cónsul" (123).

(119) Otros tratados de extradición en el siglo XVIII son el hispano-danés, de 21 de julio de 1767 y el hispano-genovés, de 5 de junio de 1779, vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *La condición jurídica de los extranjeros en los tratados suscritos por la España del siglo XVIII*, en "Historia y Derecho". Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Arcadio García Sanz, Valencia, 1995, pp. 707-733.

(120) Las cursivas son nuestras.

(121) Nov., 12, 36, 8.

(122) Nov., 12, 36, 9.

(123) Vid. Alejandro del Cantillo Jovellanos: *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio que han hecho con las potencias extranjeras los monarcas de la casa de Borbón desde el año 1700 hasta el día, puestos en orden e ilustrados muchos de ellos con la historia de sus respectivas negociaciones*, Madrid, 1843, p. 506.

B) El panorama decimonónico hasta 1870.-

Esta es la normativa que contempla fundamentalmente el principio de *territorialidad,* cuya vigencia se prolonga durante buena parte del siglo XIX, pero en cuanto al principio de *nacionalidad* o *personalidad pasiva,* así como a los de protección y universalidad la laguna es patente, aun cuando en la práctica sí se tenían en cuenta, así lo reconocían en 1861 los anónimos traductores al castellano, y anotadores, del *Traité du droit international privé* de J. J. Foelix al escribir que: "No tenemos en España ley en que se establezcan los casos en que deben ser juzgados en nuestra patria los españoles que delinquen en país estranjero", añadiendo que: "Nada se dice en estas (124) ni en otras leyes acerca de los que delinquen en el extranjero, pero nunca se ha dudado que los que fuera de su patria cometen delitos contra la seguridad esterior del Estado, de lesa majestad, de rebelión, de sedición y falsificación de moneda, de documentos públicos o contra el crédito nacional, *pueden ser juzgados en España*; y hemos visto procesos seguidos por falsificación de títulos de la deuda española en país extranjero. Tampoco es dudoso que los empleados públicos por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones que desempeñan fuera de España son justiciables *ante los tribunales del reino*, ni que los piratas, sea cualquiera el país a que pertenezcan sean juzgados y castigados por *nuestros tribunales a pesar de haber cometido el delito en alta mar*, sin lo cual apenas podrían aplicarse algunos artículos del Código (156, 157 y 158) que castigan la piratería, bien sea cometida contra españoles, o bien contra súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España". Añadiendo, en fin, que: "Respecto a los delitos comenzados a cometer en España y consumados en el extranjero, no siendo los que dejamos indicados, en tanto nos parecen sujetos a la jurisdicción española en cuanto los actos ejecutados en España constituyen por sí delitos. Esto mismo es aplicable a los delitos empezados a cometer en el extranjero y consumados en España" (125).

(124) Se refieren a las citadas leyes de Partidas y de la Novísima Recopilación antes citadas.

(125) Vid. Foelix: *Tratado de derecho internacional privado o del conflicto de las leyes de diferentes naciones en materia de derecho privado*, 3ª ed., por Carlos Demangeat, traducida y anotada en los referente a España por los directores de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. II, Madrid, 1861, p. 209; el Derecho comparado de la época en cuanto al ejercicio de la jurisdicción penal internacional puede verse en las pp. 188-208 y 220-234. En la segunda edición francesa, París, 1847, en pp. 534-571.

Por otra parte la jurisdicción penal de los tribunales españoles se despliega sobre ciudadanos españoles que delinquen en determinados Estados, como en Marruecos según se ha visto antes (126) o, en el marco del régimen de "capitulaciones", que en algunos casos subsistió hasta bien entrado el siglo XX, por los cónsules de España como en las Regencias berberiscas, cuya regulación se fija en el Real Decreto de 29 de septiembre de 1848 (127), o en China según las Reales Órdenes de 11 de diciembre de 1848, 14 de febrero de 1850, antecedentes del detalladísimo Reglamento (76 arts.) de 18 de noviembre de 1854 dictado para el ejercicio de la jurisdicción de los cónsules españoles en los puertos del Celeste Imperio, que fue ratificado por Real Orden de 13 de mayo de 1858, cuyas actuaciones dependían del Tribunal Superior que era la Audiencia de Manila (128), y se reafirmó en el tratado hispano-chino de de 10 de octubre de 1864. En China la regla general era que intervenían en las causas penales los cónsules, bien de la nacionalidad común del autor y la víctima extranjeros, o el de la víctima, si tenía distinta nacionalidad que el autor, mientras que si los hechos ocurrían entre extranjeros y chinos, el conocimiento correspondía al cónsul o al juez local, según que el delincuente fuese extranjero o chino. Por lo que atañe a Turquía en materia penal intervenían los tribunales consulares: a) del Estado extranjero, para causas entre extranjeros de la misma nacionalidad; b) del autor del delito, para causas entre extranjeros de diferente nacionalidad, y si en el hecho estaban implicados extranjeros y turcos, intervenían los tribunales turcos, asistidos por el respectivo cónsul. En cuanto a Egipto creados los Tribunales mixtos, para ejercer una parte de la jurisdicción consular, durante el funcionamiento de éstos existieron tres de primera instancia en Alejandría, El Cairo y Mansourah que para las causas penales estaban formados por un juez nacional y dos extranjeros (129).

(126) Nov., 12, 36, 9.

(127) Texto en la trad. esp. del Tratado de Foelix: *op. cit.*, t. II, pp. 210-214.

(128) Vid. *in eod. loc.* pp. 214-219. Las capitulaciones con Turquía derivan del tratado hispano-turco de 14 de septiembre de 1782, confirmadas por tratados de 2 de marzo de 1840, 13 de marzo de 1862 y Protocolo de 5 de octubre de 1870. Con Egipto provienen del citado tratado de 1782 habiéndose adherido España en 1889 al régimen organizado en 1873, estando presente la representación española en los Tribunales mixtos. Con Japón se estableció en el tratado hispano-japonés de 12 de noviembre de 1868. Con Siam, hoy Tailandia, la jurisdicción consular se estableció por el tratado hispano-siamés de 23 de febrero de 1870.

(129) Vid. José Ramón de Orúe: *Manual de Derecho internacional público*, 1ª ed., Madrid, 1934, pp. 334-336.

C) La Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870.

Definitivamente las normas españolas reguladoras de la competencia judicial penal, en su dimensión internacional, (130) quedaron fijadas en una ley que se mantuvo vigente durante ciento quince años: la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, promulgada el 15 de septiembre de 1870, Título VII, Capítulo III ("De la competencia en lo criminal"), Sección primera ("De la competencia de la jurisdicción ordinaria en lo criminal"), artículos 333 a 346 que se configuran sobre los principios generalmente reconocidos entonces por la Comunidad internacional (*territorialidad, nacionalidad* o *personalidad activa* y *protección*

(130) Vid. Emilio Bravo: *Derecho internacional privado vigente en España*, t. II, Madrid, 1886, pp. 55-67. En cuanto a los tratados de extradición en esa centuria, vid. M. Walls y Merino: *La extradición y el procedimiento judicial internacional en España*, Madrid, 1905.

(131) He aquí los textos: Art. 333: "Los extranjeros que cometieren faltas o delinquieren en España, serán juzgados por los que tengan competencia para ello por razón de las personas o del territorio"; Art. 334: "Exceptúanse de lo ordenado en el artículo anterior los Príncipes de las familias reinantes, los Presidentes o Jefes de otros Estados, los Embajadores, los Ministros plenipotenciarios y los Ministros residentes, los Encargados de Negocios y los extranjeros empleados de planta en las Legaciones, los cuales, cuando delinquieren, serán puestos a disposición de sus Gobiernos respectivos"; Art. 335: "El conocimiento de los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en países extranjeros, corresponderá a los Tribunales y Jueces españoles, en el caso de que los actos perpetrados en España constituyan por sí delito, y sólo respecto a éstos"; Art. 336: "Serán juzgados por los Jueces y Tribunales del Reino, según el orden prescrito en el artículo 326, los españoles o extranjeros que fuera del territorio de la nación hubiesen cometido alguno de los delitos siguientes: Contra la seguridad exterior del Estado. Lesa Majestad. Rebelión. Falsificación de la firma, de la estampilla real o del Regente. Falsificación de la firma de los Ministros. Falsificación de otros sellos públicos. Falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito o intereses del Estado, y la introducción o expedición de lo falsificado. Falsificación de billetes de Banco cuya emisión esté autorizada por la Ley, y la introducción o expedición de los falsificados. Los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero"; Art. 337: "Si los reos de los delitos comprendidos en el artículo anterior hubiesen sido absueltos o penados en el extranjero, siempre que en este último caso se hubiese cumplido la condena, no se abrirá de nuevo la causa. Lo mismo sucederá si hubiesen sido indultados, a excepción de los delitos de traición y lesa Majestad. Si hubieren cumplido parte de la pena, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso les correspondería"; Art. 338: "Lo dispuesto en los dos artículos que anteceden es aplicable a los extranjeros que hubiesen cometido alguno de los delitos comprendidos en ellos, cuando fueren aprehendidos en el territorio español o se obtuviera la extradición"; Art. 339: "El español que cometiere un delito en país extranjero contra otro español, será juzgado en España por los Juzgados o Tribunales designados en el art. 326, y por el mismo orden con que se designan si concurrieren las circunstancias siguientes: 1ª. Que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las Leyes. 2ª. Que el delincuente se halle en territorio español. 3ª. Que el delin-

del Estado) sin olvidar la inmunidad de jurisdicción penal, (131) y la justicia consular en países de capitulaciones (132). Por lo que atañe al principio de *personalidad pasiva*, cabría defender la no admisión o, como mucho, una admisión atípica o muy relativa, puesto que la normativa si bien distingue entre la comisión de *cualquier* delito contra un español, que será siempre perseguible, y la comisión de delito contra un extranjero, que sólo lo será cuando el delito sea de los calificados por la ley penal española como *graves*, en cambio solamente contempla como sujeto activo a un *español* y en absoluto se ocupa del supuesto en que éste sea extranjero siendo la víctima española. El texto decimonónico, como se ha dicho, estuvo vigente más de un siglo: hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (133).

cuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, y en este último caso haya cumplido su condena. Si hubiere cumplido parte de la pena, se observará lo que para igual caso previene el artículo 337"; Art. 340: "El español que cometiere en país extranjero un delito de los que el Código penal español califica de graves, contra un extranjero, será juzgado en España si concurren las tres circunstancias señaladas en el artículo que precede, y por los mismos Jueces que en él se designan"; Art. 341: "No podrá procederse criminalmente en el caso del artículo anterior, cuando el hecho de que se trate no sea delito en el país en que se prepetró, aunque lo sea según las Leyes de España"; Art. 342: " Los españoles que delincan en país extranjero y sean entregados a los Cónsules de España, serán juzgados con sujeción a esta Ley en cuanto lo permitan las circunstancias locales. Instruirá el proceso en primera instancia el Cónsul o el que le reemplace, si no fuese Letrado, con el auxilio de un Asesor, y en su defecto con el de dos adjuntos, elegidos entre los súbditos españoles, los cuales serán nombrados por él al principio de cada año y actuarán en todas las causas pendientes o incoadas durante el mismo. Terminada la instrucción de la causa y ratificadas a presencia del reo o reos presuntos las diligencias practicadas, se remitirán los autos al Tribunal español que, atendida la naturaleza del delito, tenga competencia para conocer de él y sea el más próximo al Consulado en que se haya seguido la causa, a no ser que por fuero personal debiera ser juzgado el reo por distinta jurisdicción que la ordinaria si hubiera delinquido en España, en cuyo caso lo será por el Tribunal superior correspondiente al fuero que disfrute"; Art. 343: " La jurisdicción ordinaria es competente para conocer de las faltas, sin más excepciones que las que señala esta Ley respecto a los militares y marinos"; Art. 344: "Los Jueces del lugar en que se cometa una falta son los únicos competentes para juzgarla"; Art. 345: " En las faltas cometidas en país extranjero en que sean entregados los que las cometan a los Cónsules españoles, juzgará en primera instancia el Vicecónsul, si lo hubiere, y en apelación el Cónsul, con su Asesor si no fuere Letrado; a falta de Asesor, con los adjuntos de que habla el art. 342. Si no hubiere Vicecónsul, hará sus veces un súbdito español, elegido, del mismo modo que los adjuntos, al principio de cada año. Estos juicios se seguirán en conformidad a las Leyes del Reino"; Art. 346: "Lo prescrito en esta Sección respecto a delitos cometidos en el extranjero, se entenderá sin perjuicio de los Tratados vigentes o que en adelante se celebren con potencias extranjeras".

(132) Reales Decretos de de 29 de septiembre de 1848 y 23 de julio de 1883.

(133) Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE), núm. 157, de 2 de julio, con corrección de errores en el BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1985.

D) La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.-

En ésta es el artículo 21 y, en particular el 23 (134), los que fijan los principios en los que se basa la competencia jurisdiccional de los Tribunales españoles en el orden penal. El citado art. 21 determina que: "1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público". El art. 23 es el que fija los criterios de competencia jurisdiccional basados en los principios de *territorialidad*, (135) *nacionalidad* o *personalidad activa*,

(134) Contenidos en el Libro Primero ("De la extensión y límites de la jurisdicción y de la planta y organización de los Juzgados y Tribunales"), Título Primero ("De la extensión y límites de la jurisdicción").

(135) El principio de *territorialidad* se expone así: "1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos faltas cometidas en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte". El principio de *nacionalidad* o *personalidad activa* dice así: "2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieran los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querella ante los Tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda". En cuanto al principio de *protección* se dice: "3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado. b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente. c) Rebelión y sedición. d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales. e) Falsificación de moneda española y su expedición. f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado. g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles. h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española. i) Los relativos al control de cambios". En fin, el principio de *universalidad* o *jurisdicción universal* se articula así: "4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la le penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los relativos a la prostitución y *los de corrupción de menores o incapaces* (párrafo añadido por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril). g) Y cual-

protección y *universalidad*. El principio de *personalidad pasiva*, en cambio, no está admitido con carácter general en dicho precepto (136).

E) Reglas convencionales bilaterales atinentes a España sobre situaciones particulares.-

a) Con Portugal. Respecto de faltas y delitos en el ámbito de la pesca costera las normas de policía costera entre España y Portugal otorgan generalmente jurisdicción al Estado al que pertenezca el infractor. Así se manifiestan el Reglamento de 2 de octubre de 1885 y el Reglamento de 17 de julio de 1893 (137) cuyo art. 8 prevé que en caso de infracción las embarcaciones serán conducidas "a un puerto de la nación de los infractores para ser juzgados por los Tribunales a quienes compete conocer en el asunto", regla que se mantiene en el art. 29 para "cuando los pescadores de uno de los dos países pasaren a vía de hecho contra los de la otra nacionalidad", en cuyo caso "el conocimiento de esos hechos será de la competencia de los Tribunales de la nación a que pertenezcan los barcos delincuentes", estableciendo el Decreto de 19 de mayo de 1897, que contiene el Reglamento internacional para la pesca en el río Miño, una distinción, según los casos, en el siguiente sentido: las embarcaciones de una y otra nación quedan sujetas "en todo cuanto concierne a delitos comunes y contravenciones legales, a la jurisdicción del país a que pertenecen" (art. 2), en tanto que "cuando el delito o transgresión fuere cometido en embarcación adherida a tierra firme o tan próxima a ella que sea posible pasar a su bordo a pie enjuto, quedarán sujetos la embarcación y sus tripulantes a la jurisdicción del país en cuyo territorio se encontrase" (art. 3) (138).

quier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España". El párrafo 5 señala las condiciones en que puede ser ejercida la jurisdicción: "5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo".

(136) Se trata de los cinco principios recogidos en el Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime (1935), que a su vez está basado en una extensa y reconocida práctica estatal.

(137) Constituye el Apéndice 6° del Tratado de Comercio y Navegación con Portugal, de 27 de marzo de 1893, ratificado el 17 de julio siguiente, y formaba parte del Apéndice 13 de las Ordenanzas de Aduanas, de 15 de octubre de 1894, que fueron derogadas por las de 14 de noviembre de 1924.

(138) León Medina-Manuel Marañón: *Leyes penales de España*, 10ª ed., Madrid, 1947, pp. 349-351. La conexión jurisdiccional no se mantuvo en concreto, en contra del criterio del Gobierno español (2005), para conocer de infracciones de pesca, a efectos sancionadores, cometidas en aguas de las islas noruegas de Svalbard (Sptizberg), pues en el Tratado de París, de 9 de

b) Con Francia. En materia de infracciones de pesca en el Bidasoa el Convenio hispano-francés firmado en Bayona el 18 de febrero de 1886 determina que en materia penal los pescadores quedan sometidos a la jurisdicción de los Tribunales y Autoridades competentes (art. XVII), que no son otros que los "de su respectivo país, es decir en España ante el Tribunal civil de San Sebastián, en Francia ante el Tribunal de primera instancia de Bayona" (art. XXVI), lo que se reproduce literalmente en el artículo del mismo número correspondiente al Protocolo modificativo del citado Convenio hecho en Madrid el 19 de enero de 1898, criterio que mantiene la Declaración hispano-francesa, de 2 de junio de 1924 (art. XVII), y el Convenio hispano-francés para asegurar la represión del contrabando en el Bidasoa, firmado en Bayona el 10 de mayo de 1890, cuyo art. VIII dispone que: "En el caso en que resulte probada, sea por una Aduana o por ambas, la comisión de una falta, se perseguirá al buque delincuente por la Administración del país al que pertenezca, y según las leyes y reglamentos especiales del mismo. Esta disposición no deroga los preceptos generales de la legislación internacional, y, por lo tanto, todo barco estacionado en las aguas de uno de los dos países quedará sometido a la jurisdicción del mismo, con arreglo a los Tratados vigentes".

c) Régimen de la isla de los Faisanes o de la Conferencia. A ella se refiere el Convenio hispano-francés firmado en Bayona el 27 de marzo de 1901, sobre el ejercicio de la jurisdicción penal en dicha isla que es *condominium* de ambos Estados limítrofes.

La pequeña isla de los Faisanes está situada en el río Bidasoa cerca del puente de Behovia y posee un gran valor histórico pues en ella se firmó, en 1659, la denominada Paz de los Pirineos entre los monarcas Felipe IV de España y Luis XIV de Francia, habiendo sido negociadores don Luis de Haro por parte española y el cardenal Mazarino por la francesa. En ese

febrero de 1920, incluido su Anejo, al que España se adhirió el 2 de noviembre de 1925 (Gaceta de Madrid, núm. 103 de de 13 de abril de 1929, pp. 227-230), vid. Ministerio de Asuntos Exteriores: *Censo de Tratados internacionales suscritos por España*, t. II, multilaterales, Madrid, 1976, p. 29), que invoca y que sigue vigente entre España y Noruega, ni una palabra se dice a favor de que de las infracciones cometidas por pesqueros españoles en aguas noruegas del archipiélago Spitzberg corresponda a la jurisdicción de los tribunales del pabellón del buque, es decir, a los españoles. Dicho tratado saltó a la palestra a fines de noviembre de 2005, con motivo de la aprehensión por parte de Noruega de los pesqueros *Monte Meixueiro y Garoya Segundo*, ambos de bandera española, sobre los que Noruega pretendió ejercer jurisdicción, ante lo que España advirtió, a nuestro juicio sin fundamento legal, sobre la posibilidad de acudir al Tribunal Internacional de Justicia, vid. noticia en diario *El País*, del sábado 26 de noviembre de 2005, p. 24.

tratado se estipuló el matrimonio de María Teresa, hija del rey español, con el joven monarca francés. Y en la misma isla se firmó el 31 de mayo de 1660 la Declaración sobre el art. 42 del citado tratado de paz, que ha de considerarse un antecedente en la regulación de los límites fronterizos entre España y Francia. La cuestión de la pertenencia de la isla estuvo en discusión largo tiempo y se vino considerando como perteneciente por mitad a cada uno de ambos Estados, hasta que se celebró el tratado de límites hispano-francés firmado en Bayona de 2 de diciembre de 1856, cuyo artículo IX al señalar la línea divisoria y respetar "la actual nacionalidad a las islas", advierte que "quedando la de los Faisanes común para las dos naciones".

La cuestión de la jurisdicción penal sobre la isla de los Faisanes fue objeto de una laboriosa negociación diplomática, y ya la Comisión Mixta Internacional de los Pirineos, en 1877, había llamado la atención a ambos gobiernos sobre la necesidad de resolver tal cuestión, lo que llevó a negociaciones que se vieron interrumpidas hasta que una nueva insistencia de dicha Comisión en 1899 logró su reanudación y la celebración del citado Convenio de Bayona de 27 de marzo de 1901 (139).

El ejercicio de la jurisdicción penal queda, en los artículos que directamente se refieren al caso, regulado así: "Artículo I. El derecho de vigilancia en la isla de los Faisanes corresponderá por turno a España y Francia, durante seis meses, en el orden que determine la suerte. Artículo II. Los españoles y franceses son justiciables de sus Tribunales nacionales respectivos por las infracciones que cometan en la isla de los Faisanes (140). Artículo III. Los delincuentes de otra nacionalidad son justiciables de los Tribunales del país que ejerza el derecho de vigilancia en la isla de los Faisanes cuando la infracción se cometa. Sin embargo, si se hallan juntamente implicados en una misma causa en unión de españoles o de franceses, serán justiciables de los mismos Tribunales que éstos". Nada se dice sobre *cuál* sea la ley penal infringida pudiendo entenderse que será

(139) Ratificado por Francia el 29 de junio de 1902 y por España el 6 de agosto siguiente, habiéndose producido el intercambio de ratificaciones en Bayona el 12 de agosto del citado año 1902.

(140) De conformidad con lo dispuesto en el Convenio de extradición hispano-francés, de 14 de diciembre de 1877, que fue ratificado el 25 de junio de 1878, que en su art. 1 no permitía la extradición de los propios nacionales, vid. M. Walls y Merino: *La extradición y el procedimiento judicial internacional en España*, Madrid, 1905, p. 211.

la del Estado que ejerza la vigilancia en el momento de la comisión de la infracción.

De acuerdo con lo establecido por el citado Convenio una vez celebrado el sorteo correspondió el ejercicio del derecho de vigilancia a España desde el 12 de febrero al 11 de agosto, y a Francia desde el 12 de agosto hasta el 11 de febrero, no obstante los comandantes de los buques de guerra de España y Francia, anclados en el Bidasoa, de quienes dependía la conservación y entretenimiento de la isla de los Faisanes, comenzaron a ejercer su misión, el de Francia el 1 de agosto hasta el 31 de enero y el de España desde el 1 de febrero hasta el 31 de julio (141), situación que se mantiene hasta el presente.

5. Tratados multilaterales de ámbito universal: jurisdicción con carácter general.

Numerosos son los tratados multilaterales que contienen reglas de competencia penal. Por ello, a título de ejemplo, nos limitaremos a poner de manifiesto los más destacados intentando agruparlos por el ámbito de materias que cubren.

A) Espacios polares: Tratado Antártico (Washington, 1 de diciembre de 1959). Este tratado al que se adhirió España por instrumento depositado el 31 de marzo de 1982 (142), dispone en su art. VIII-1 que: "... sin perjuicio de las respectivas posiciones de las Partes Contratantes, en lo que concierne a la jurisdicción sobre todas las demás personas en la Antártica, los observadores... y el personal científico intercambiado..., así como los miembros del personal acompañante de dichas personas, estarán sometidos sólo a la jurisdicción de la Parte Contratante de la cual sean nacionales, en lo referente a las acciones u omisiones que tengan lugar mientras se encuentren en la Antártida con el fin de ejercer sus funciones", añadiendo el párrafo 2 que: "... las Partes Contratantes, implicadas en cualquier controversia con respecto al ejercicio de la jurisdicción en la Antártica, se consultarán inmediatamente con el ánimo de alcanzar

(141) Vid. M. Raventós y Noguer – I. de Oyarzábal Velarde: *Colección de textos internacionales*, tomo I, Barcelona, 1936, pp. 553-555.

(142) Boletín Oficial del Estado del 25 de mayo de 1982.

una solución mutuamente aceptable". Se sigue, pues, en el mismo el principio de *personalidad activa* o *nacionalidad* y afecta a España en sus relaciones con otros treinta y ocho Estados entre los que se encuentran los siguientes Estados iberoamericanos: Argentina y Chile firmantes originarios que mantienen reclamaciones territoriales, así como los posteriormente adheridos Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, Perú y Uruguay.

B) Derecho marítimo: Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982). Con antecedente en el art. 19 del Convenio sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958) el art. 27 de la Convención de Montego Bay fija las reglas de *jurisdicción penal a bordo de un buque extranjero*, aplicables a los buques mercantes y los de Estado destinados a fines comerciales, en el mar territorial. De conformidad con el párrafo 1: "La jurisdicción penal del Estado ribereño *no debería* ejercerse a bordo de un buque extranjero *que pase por el mar territorial* para detener a ninguna persona o realizar ninguna investigación en relación con un delito cometido a bordo de dicho buque *durante su paso*, salvo en los casos siguientes: a) cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño; b) cuando el delito sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial; c) cuando el capitán del buque o un agente diplomático o funcionario consular del Estado del pabellón hayan solicitado la asistencia de las autoridades locales; o d) cuando tales medidas sean necesarias para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas", las cuales conforme al párrafo 2 "no afectan al derecho del Estado ribereño a tomar cualesquiera medidas autorizadas por sus leyes para proceder a detenciones e investigaciones a bordo de un buque extranjero *que pase por el mar territorial procedente de aguas interiores"*. Y el párrafo 5 determina que: "Salvo lo dispuesto en la Parte XII (protección y preservación del medio marino) o en caso de violación de leyes y reglamentos dictados de conformidad con la Parte V, (zona económica exclusiva) el Estado ribereño no podrá tomar medida alguna, a bordo de un buque extranjero que pase por su mar territorial, para detener a ninguna persona ni practicar diligencias con motivo de un delito cometido *antes de que el buque haya entrado en su mar territorial, si tal buque procede de un puerto extranjero y se encuentra únicamente de paso por el mar territorial, sin entrar en las aguas interiores"*. En fin, la inmunidad de jurisdicción penal queda consagrada en el art. 32 para

"los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales", con las excepciones previstas en los arts.17 a 26 y 30 y 31.

Por lo que atañe al ejercicio de la jurisdicción penal en alta mar, con el antecedente de los arts. 6, 8 y 11 del Convenio de Ginebra de 29 de abril de 1958, sobre la alta mar, la Convención de Montego Bay en su art. 92. 1 determina que la navegación se efectuará bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo lo dispuesto en los tratados o en la propia Convención, "los buques... estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado". El art. 95 proclama la inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra en alta mar "respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón", lo que se repite en el art. 96 para los buques utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial, los cuales "tendrán, cuando estén en alta mar, completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón".

Por último, el art. 97 se ocupa de fijar las reglas de jurisdicción penal en caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación, cuyo párrafo 1 determina que: "En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad *penal* o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, sólo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las autoridades judiciales o administrativas *del Estado del pabellón o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales"*, añadiendo el párrafo 3 que: "No podrá ser ordenado el apresamiento ni la retención del buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que *las del Estado del pabellón"*. Solución ésta relativa al supuesto de abordaje que desde 1952 modificó la jurisprudencia emanada del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, que se había manifestado a favor del ejercicio de la jurisdicción penal por los Tribunales del Estado de la bandera del buque abordado y de la nacionalidad de las víctimas, gracias al voto de calidad de su Presidente que a la sazón era Max Huber, es decir, del principio de *territorialidad* (objetiva en el caso) (143) en su famosa Sentencia de 7 de sep-

(143) Como escribe Martin Dixon la "objective territoriality" significa que "a state will have jurisdiction over offences which are completed in its territory, even though some element constituting the offence (or civil wrong) took place abroad", en tanto que de la "subjective territoriality" dice :"This is simply the converse of the principle just discussed. Thus, a state has jurisdiction over all offences and matters commencing in its territory, even if some element –or the completion of the offence- takes place in another state", vid. su *Textbook on International Law*, Second Edition (reprinted), London, 1995, p. 118.

tiembre de 1927, que fue objeto de múltiples críticas, anteriormente citada (144). El Tribunal manifestó, como ya se ha dicho, que no existe regla de Derecho internacional que prohíba a un Estado ejercer jurisdicción sobre un extranjero con relación a delitos que este haya cometido fuera de su territorio, porque "la territorialidad de la ley penal es... no un principio absoluto de Derecho internacional, y no coincide en modo alguno con la soberanía territorial" (145). Desde luego un sector de la doctrina internacionalista, en aquella época, negaba que un Estado tuviera competencia para conocer de un delito cometido por un extranjero en el extranjero, y que el Estado de la nacionalidad del sujeto activo hubiera de soportar esa competencia, así opinaba p. ej. Lassa Oppenheim, y Lord Finlay en su opinión disidente en el tan citado asunto *"Lotus"*, otros sectores doctrinales aun negando de una manera general la legalidad de la jurisdicción penal extraterritorial sobre ciudadanos extranjeros, reconocieron, no obstante, que, aun cuando el autor del delito se halle físicamente en el extranjero, su acción delictiva ocurre en el territorio del Estado afectado por el delito (146). Pero en realidad el principio de *protección* estaba ya admitido, si bien de *lege ferenda*, por el Institut de Droit International que había estudiado la cuestión en diferentes sesiones y en la sesión de Munich

(144) Vid. Permanent Court of International Justice: *Collection of Judgements*, núms. 1-24 (años 1922-1930), Serie A, núm. 10, nueva numeración Serie A/B núm. 22, especialmente pp. 20 y 22-23. El texto en español en: José Antonio Pastor Ridruejo: *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya. Sistematización y comentarios*, Madrid, 1962, pp. 349-351. Sobre el caso vid. C. John Colombos: *Derecho internacional marítimo*, trad. esp., Madrid, 1961, pp. 193 y 206-208; y también José Luis de Azcárraga: *Derecho del mar*, vol. I, Madrid, 1983, pp. 159-161. A este caso hicimos nosotros referencia con motivo de comentar el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 (Audiencia Nacional), de 20 de noviembre de 1990, por el que se declara la incompetencia judicial penal internacional de los órganos jurisdiccionales españoles en el caso de un presunto delito de violación, desde la calificación española, del que se acusaba a un ciudadano colombiano y del que habría sido víctima una ciudadana austriaca, hechos que ocurrieron a bordo del buque mercante *"Cunard Princess"* con bandera de la Commonwealth de las Bahamas cuando este se hallaba en aguas internacionales en el mar Mediterráneo, que atracó después en el puerto español de Alicante ante cuyo Juzgado de Instrucción núm. 2 se formuló la denuncia por la perjudicada y se puso al presunto autor a disposición. Al no darse ninguna de las conexiones de atracción de la competencia judicial penal internacional previstas en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el citado Juzgado Central de la Audiencia Nacional falló rectamente a favor de la incompetencia de los Tribunales de España para conocer del caso, vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Delito cometido en alta mar. Comentario al Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, de 20 de noviembre de 1990*, en LA LEY. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, del jueves 17 de junio de 1993, pp. 1-5.

(145) Pág. 20 de la sentencia, vid. fuente *supra*, nota 34.

(146) Vid. la opinión disidente del juez Moore, en el caso *"Lotus"*.

(1883) aprobó una resolución de quince artículos sobre el conflicto de leyes penales entre diferentes Estados, cuyo art. 8 determina que: "Todo Estado tiene derecho a castigar los actos cometidos por extranjeros fuera de su territorio y que violan sus leyes penales, siempre que dichos actos constituyan un atentado a su existencia social, o pongan en peligro su seguridad, y siempre que la ley penal del territorio donde se cometan no disponga nada contra ellos" (147).

Tras el asunto del *"Lotus"* una nueva regulación surgió del Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia penal en materia de abordaje, de 10 de mayo de 1952 (148) no aplicable a los abordajes u otros accidentes de navegación ocurridos en puertos, radas o en aguas interiores (art. 4-1), que otorga competencia jurisdiccional penal únicamente a las autoridades judiciales o administrativas "del Estado cuyo pabellón enarbolaba el buque en el momento del abordaje o del accidente de navegación" (art. 1), incluso para caso de embargo, retención del buque o cualquier medida de instrucción (art. 2), permitiendo el art. 3 que un Estado pueda "...perseguir judicialmente a sus nacionales por razón de infracciones cometidas mientras estaban a bordo de un buque que enarbolaba pabellón de otro Estado" (149). Este Convenio es, pues, tras los estudios ya citados, el antecedente de los convenios de Ginebra (1958) y Montego Bay (1982). Al aludir a la compe-

(147) Vid. Institut de Droit Internacional: *Annuaire* , VII, p.156. También se ocupó de estudiar el tema la Comisión de codificación de la Sociedad de las Naciones en 1926, sobre un informe de los profesores Ch. de Visscher y Brierly, pero entendió, ante la diversidad en la práctica estatal, que "la regulación internacional de estas materias, aun siendo deseable, tropezaría con graves obstáculos políticos y de otro carácter". Vid. L. Oppenheim: *Tratado de Derecho internacional público*, trad. esp. de la 8ª ed. inglesa por sir Hersch Lauterpacht, t. I, vol.I (Paz), Barcelona, 1961, p. 351-352, nota 28, quien añade que "existen muy pocos autores en la actualidad que nieguen de una manera absoluta el derecho de los Estados a castigar a los extranjeros por delitos cometidos en el extranjero" (p. 353, nota 30). Mientras, por el contrario son muchos los Estados que en la actualidad consideran que poseen jurisdicción para conoce de determinados actos delictivos cometidos en el extranjero por extranjeros, vid. L. Oppenheim: *op. cit.* p. 351.

(148) Ya dos años después de la sentencia del caso *"Lotus"*, en enero de 1929 concretamente, el Comité consultivo técnico de Comunicaciones y Tránsito de la Sociedad de las Naciones examinó una comunicación de la Asociación Internacional de Oficiales de la marina mercante en la que se expresaba la preocupación de éstos ante la citada sentencia, ya que los capitanes, de acuerdo a la tesis mantenida por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, podrían ser objeto de procesamiento doble. Después el asunto fue considerado por la Comisión marítima mixta de la Organización Internacional del Trabajo, así como por la Comisión Marítima Internacional en sus conferencias de Amberes (1930) y Oslo (1933).

(149) Texto en José Antonio de Yturriaga: *La actual revisión del Derecho del mar. Una perspectiva española*, II, primera parte. Textos y documentos, Madrid, 1974, p. 428 y ss.

tencia penal en el marco de la Convención de Montego Bay, no podría olvidarse el art. 109.3, que en relación a transmisiones no autorizadas, desde altamar, otorga competencia a los siguientes Estados: a) el del pabellón del buque; b) el de registro de la instalación; c) el de al nacionalidad de la persona; d) cualquier Estado de recepción de las transmisiones; y e) cualquier Estado cuyos servicios autorizados de radiocomunicación sufran interferencias.

C) Derecho internacional aéreo.

a) Convenio de Tokio, (14 de septiembre de 1963), sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves.

Se proclama en él la jurisdicción del Estado de matrícula de la aeronave para el conocimiento de infracciones y actos cometidos a bordo, debiendo tomar las medidas necesarias para el establecimiento de la misma, sin que el Convenio excluya ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales (art. 3), no pudiendo cualquier Estado que no sea el de la matrícula perturbar el vuelo de una aeronave para ejercer su jurisdicción penal sobre infracción cometida a bordo, salvo en el caso de que la infracción produzca efecto en el territorio de tal Estado; o haya sido cometida *por o contra un nacional de tal Estado o una persona que tenga su residencia permanente en el mismo* (150) o afecte a la seguridad de tal Estado; o constituya una violación de los Reglamentos sobre vuelo o maniobra de las aeronaves vigentes en tal Estado; o sea necesario ejercer la jurisdicción para cumplir las obligaciones de tal Estado de conformidad con un acuerdo internacional multilateral (art. 4).

b) Convenio de La Haya, (16 de diciembre de 1970), para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

De conformidad con el art. 4, y sin que el Convenio excluya ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las Leyes nacionales, cada Estado contratante se compromete a establecer su jurisdicción sobre el delito y cualquier acto de violencia cometido contra pasajeros o tripulación, en relación directa con el delito, en los siguientes supuestos: cuando el delito se cometa a bordo de aeronave matriculada en tal Estado; si la aeronave, a bordo de la que se comete el delito, aterriza en su territorio con el sujeto activo aún a bordo; o si el delito se ha cometido en aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente. La jurisdicción también opera sobre el delito caso de que el sujeto activo se halle en el territorio del Estado y éste no conceda la extradición prevista en el propio Convenio. Por lo demás, conforme al art. 6, todo Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el sujeto activo viene obligado, si las circunstancias lo justifican, a la detención y otras medidas con el fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición, procediendo a la investigación preliminar de los hechos, y dicha detención será notificada: al Estado de matrícula de la aeronave; al de residencia permanente de la persona que en él tenga su oficina principal; al de la nacionalidad del detenido, y si lo estima conveniente a todos los demás Estados. Como se ve se mantiene el principio de *territorialidad* por comisión y, "territorialidad sobrevenida" por aterrizaje, así como el de *personalidad*, ampliada, al retenerse solamente la residencia permanente del arrendatario de la aeronave en un Estado contratante.

(150) Lo que permite la adopción del principio de *personalidad pasiva* ampliado, por así decir, puesto que no solamente se fija en función de la nacionalidad del sujeto pasivo sino también de su *residencia permanente* en ese Estado aunque no ostente la nacionalidad del mismo.

c) Convenio de Montreal, (23 de septiembre de 1971), para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional.

Excluidas las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía, según el art. 4, este Convenio como los anteriores, no excluye, según su art. 5, ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales; prevé el establecimiento de la jurisdicción de un Estado contratante cuando el sujeto activo se halle en su territorio y no se conceda su extradición; y desde luego la jurisdicción opera sobre los delitos cometidos en el territorio de tal Estado; contra o a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado; cuando la aeronave llegue a aterrizar en su territorio con el sujeto activo aún a bordo, y si el delito se comete contra o a bordo de aeronave arrendada sin tripulación a persona que tenga en tal Estado su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente.

D) Convenios relativos a los Derechos Humanos: textos generales.

Los textos base y los convencionales multilaterales de ámbito universal y regional aluden genéricamente a "tribunales nacionales competentes", así el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre (Nueva York, 10 de diciembre de 1948), "tribunal competente", así el art. 8, 3-b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), o en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) a "juez u otro magistrado habilitado por la ley" (art. 5-3) o "tribunal independiente e imparcial" (art. 6-1), pues bien todas estas referencias, a título de ejemplo citadas, presuponen que los textos se están refiriendo en primer término a la competencia jurisdiccional penal *internacional* puesto que la *interna* no puede ser más que consecuencia de la anterior. Esto dicho, determinados convenios que contemplan actos delictivos específicos contienen sus propias reglas de competencia jurisdiccional que obligan en las relaciones entre los Estados contratantes de los mismos, y que priman sobre sus respectivas normas internas, salvo que adviertan que no limitan la jurisdicción que pueda establecerse por la propia ley interna como se ha visto en los anteriormente citados convenios de Tokio, La Haya y Montreal, en cuyo caso las limitaciones jurisdiccionales que puedan derivarse de tal convenio no impiden el ejercicio de la jurisdicción, sobre el delito a que este se refiera, conforme a la propia ley interna.

Dos son los textos convencionales multilaterales referidos a delitos concretos que contienen reglas de competencia jurisdiccional. Son los siguientes:

a) Convenio para la prevención y la sanción del genocidio.

Este Convenio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948) limitándose al delito de genocidio tal como se define en su art. 2, el art. 6 determina que: "Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados... serán juzgadas por un tribunal competente del Estado *en cuyo territorio el acto fue cometido*, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas Partes Contratantes *que hayan reconocido su jurisdicción*". Siendo de destacar que nada se dice, como sí se hace en otros, en cuanto a que el convenio no limita el ejercicio de la jurisdicción según las leyes nacionales. Por lo tanto el art. 6 desplaza la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción, conforme a la ley interna de un Estado contratante frente a otro, cuando el convenio no atribuya jurisdicción al Estado contratante que quiere ejercerla por no ser el Estado del *locus delicti*.

b) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La Convención (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), que conforme al art. 5 no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes penales nacionales, establece en dicho precepto que todo Estado Parte "*dispondrá* lo que sea necesario para instituir su jurisdicción..." en los siguientes casos: "a) cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado *y éste lo considere apropiado.*" Por lo demás la jurisdicción de cualquier Estado Parte se ejercerá cuando el sujeto activo se halle en su territorio y no se conceda la extradición, así el art. 7.1 que determina que el Estado en cuestión "someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento".

Es interesante destacar aquí que la Convención no confiere de por sí directamente la competencia jurisdiccional por el art. 5, sino que es preciso que el Estado *disponga lo que sea necesario* para ello, lo que normalmente supondrá la promulgación de una norma interna (ley, decreto, orden, etc.), esto significa que para los delitos a que se refiere la Convención un Estado Parte que no tenga admitido, con carácter general o específico para tales delitos, el principio de *personalidad pasiva* éste no queda introducido automáticamente por la disposición convencional; se precisa que el Estado *lo considere apropiado y lo introduzca en su ordenamiento interno*, poniendo en funcionamiento el correspondiente procedimiento legislativo.

E) Convenios sobre materias diversas.

Deben citarse los siguientes convenios: Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópi-

cas (20 de abril de 1988); Convenio de Estrasburgo de 4 de noviembre de 1998, sobre protección del medio ambiente a través del derecho penal; Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, de 3 de marzo de 1980; Convenio del Consejo de Europa sobre la cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001; Convenio de Palermo/Nueva York , sobre criminalidad organizada, de 15 de noviembre de 2000; Convenio sobre atentados terroristas cometidos con bombas, de 12 de febrero de 1988; Convenio sobre actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, de 10 de marzo de 1988. A los que debe añadirse el proyecto de Convención General de Naciones Unidas sobre el terrorismo, de 28 de agosto de 2000. En todos ellos la competencia jurisdiccional internacional figura basada en alguno de los principios ya analizados anteriormente.

F) Especial consideración de los tratados de ámbito regional iberoamericano.

En el marco bilateral debe citarse el Tratado entre Colombia y Ecuador. Su título V (arts. 33-38) se ocupa "De la jurisdicción nacional sobre delitos cometidos en el otro país y sobre los de falsificaciones en perjuicio de él"; su primera preocupación es la *protección del Estado* por cuanto se tienen en cuenta delitos de falsificación de moneda nacional, (151) etc.; pero también incluye los principios de *personalidad activa* para determinados delitos (incendio, homicidio, asesinato, parricidio, infanticidio, envenenamiento, castración, estupro, robo) y siempre que concurran ciertas circunstancias (acusación de parte o requerimiento del gobierno del Estado en que se cometió); de *nacionalidad o personalidad activa* también con condiciones (que el autor extranjero entre en el territorio del Estado y preceda acusación de parte): y de *universalidad* o *jurisdicción universal* al contemplar el delito de piratería (art.33), respetándose en todos los casos el principio de *non bis in idem* y la prescripción del delito o de la pena conforme a las leyes del Estado en que se cometió el delito (152).

(151) También el Convenio para la represión de la falsificación de moneda, de 20 de abril de 1929, estableció que los Estados que reconocen el principio de perseguir los delitos cometidos en el extranjero castigan a los extranjeros autores de tal delito en la misma forma que si hubiera sido cometido en su propio país, y en esa línea se pronuncia el Convenio panamericano de 19 de junio de 1935, sobre represión del contrabando.

(152) Texto en José Joaquín Caicedo Castilla: *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Bogotá, 1967, pp. 523-524.

En cuanto a los multilaterales cabe mencionar en primer término el Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 23 de enero de 1889) (153) cuyo título I (arts. 1-14) se ocupan de la jurisdicción. Los principios básicos que inspiran dicho texto son: territorialidad (art.1); competencia de los Tribunales del Estado perjudicado por daños contra sus derechos o intereses, cuando el delito se cometa en el territorio de otro Estado, quedando incluidos, en estas circunstancias, los cometidos a bordo de buques mercantes e incluso de guerra (art. 2); si el delito afecta a varios Estados la competencia recae en los Tribunales del Estado damnificado en el que sea detenido el autor, y si buscase refugio en un tercer Estado en los Tribunales del Estado que tenga preferencia para solicitar la extradición (art.3); en las causas contra miembros de una Legación se han de observar las reglas del Derecho internacional público (art. 7); si el delito se cometiese a bordo de buque mercante o de guerra en alta mar o en aguas neutrales, es la bandera del mismo la que determina la competencia (art.8), regla que se observa para los delitos cometidos a bordo de buques de guerra en aguas territoriales extranjeras, y los cometidos por miembros de la tripulación fuera del buque, si afectan al orden de la nave, mientras que los delitos cometidos fuera del buque de guerra por individuos no pertenecientes al personal del buque, serán juzgados por los Tribunales del Estado al que pertenezcan las aguas territoriales en las que se halle el buque (art. 9) (154).

También el Código de Derecho internacional privado o "Código Bustamante" (La Habana, 1926) dedica su libro tercero al "Derecho penal internacional" distribuido en un solo título y cuatro breves capítulos: I De las leyes penales (arts. 296-304), II Delitos cometidos en un Estado extranjero contratante (arts. 305-307), III Delitos cometidos fuera de todo territorio nacional (arts. 308-309) y IV Cuestiones varias (arts. 310-313). Como no podría ser de otro modo comienza respetando la inmunidad de jurisdicción penal a jefes de Estado, representantes diplomáticos y familiares que con ellos convivan así como sus empleados extranjeros; se incluyen los delitos cometidos en el círculo de operaciones militares

(153) Fue ratificado por: Argentina (Ley nº 3192, de 11 de diciembre de 1894); Bolivia (Ley de 17 de noviembre de 1903); Perú (Ley de 4 de noviembre de 1889); Paraguay (Ley de 3 de septiembre de 1889); Uruguay (Ley de 3 de octubre de 1892).

(154) Texto en W. Goldschmidt: *Suma del Derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1958, pp. 280-282.

cuando esté autorizado el paso por el territorio del Estado de un ejército extranjero, salvo que no tengan relación legal con tales unidades; no hay jurisdicción para delitos cometidos a bordo de naves o aeronaves extranjeras de guerra aunque se encuentren en aguas territoriales o espacio aéreo nacional, ni para los delitos cometidos en estos espacios a bordo de naves o aeronaves mercantes extranjeras "si no tienen relación alguna con el país y sus habitantes, ni perturban su tranquilidad" (art. 301). Caso de delito compuesto de actos llevados a cabo en diversos Estados cada Estado tiene competencia para juzgar el acto parcial ocurrido en su territorio si constituye por sí un hecho punible, en caso contrario la competencia recae en los tribunales del Estado en que se haya consumado, en caso de delitos conexos cada Estado conocerá del, o de los, cometidos en su territorio. Por lo demás se acogen los principios de *protección* (delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado o su crédito público o independencia del Estado, arts. 305-306), y de *universalidad* o *jurisdicción universal* pues el art. 307 alude a un delito "como la trata de blancas, que (el Estado) se haya obligado a reprimir por un acuerdo internacional", y el art. 308 se ocupa de incluir delitos *iuris gentium* cometidos en espacios no sujetos a soberanía alguna como los de piratería, trata de esclavos o de blancas, destrucción o deterioro de cables submarinos (art. 309) El art. 309 contempla "el abordaje culpable en alta mar o en el aire, entre naves o aeronaves de distinto pabellón, se aplicará *la ley penal de la víctima"*,(155) tesis que mantuvo, como se ha visto antes, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en su sentencia relativa al caso *"Lotus"*, que fue después modificada por los tratados internacionales, también citados.

6. La inmunidad de jurisdicción penal de los órganos centrales y exteriores de las relaciones internacionales.-

Comenzando por los jefes de Estado por lo que respecta a la legislación española de fuente interna la citada Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al referirse con carácter general a la extensión y límites de la jurisdicción, como no podría ser de otro modo, determina en

(155) Texto en José Joaquín Caicedo Castilla: *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Bogotá, 1967, pp. 587-588.

su art. 21.2 que: "Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público". Esta regla afecta en primer lugar a quienes ostentan la condición Jefe de Estado (156) *en activo*, el cual es el órgano de superior categoría política y administrativa del Estado. A éste "en cuanto a inmunidades, se le reconoce una inmunidad de jurisdicción penal absoluta que incluye cualquier medida de policía o procesal"(157), concretándose ésta "en que no cabe arrestarlo ni citarlo siquiera ante un Tribunal", inmunidad que "abarca incluso a la jurisdicción de simple policía, y no puede ser objeto de multas" (158). En consecuencia con tan clara norma consuetudinaria (159) los Tribunales de España (la Audiencia Nacional por cuanto los presuntos delitos habrían sido cometidos en el extranjero) declararon su incompetencia para conocer de denuncias presentadas por particulares contra el presidente de la República de Guinea Ecuatorial, Teodoro Obiang Nguema, el presidente de la República de Cuba (contra éste en dos ocasiones), Fidel Castro Ruz, y el entonces monarca reinante en el Reino de Marruecos, Hassan II, mandatarios a quienes se acusaba de genocidio. Ahora bien, como hemos sostenido en otro lugar (160), los tres casos no son idénticos. En efecto, tratándose de un presunto delito de genocidio (supuesta naturalmente una calificación correcta de los hechos) Guinea Ecuatorial no es parte en la Convención de las Naciones Unidas de 1948, la cual sostiene en su art. 4 que serán sancionados los autores de

(156) Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *La inmunidad de los jefes de Estado, a debate*, en Revista Jurídica de Asturias, núm. 23, Oviedo, 1999, pp.27-45.

(157) Julio D. González Campos-Luis I. Sánchez Rodríguez-Paz Andrés Sáenz de Santamaría: *Curso de Derecho internacional público*, 2ªed. rev., Madrid, 2002, p. 457.

(158) Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de Derecho internacional público*, 11ª ed., Madrid, 1997, p. 311.

(159) El Tribunal Internacional de Justicia en su Sentencia de 14 de febrero de 2002, en el caso "Affaire relitive au mandat d´arrêt du 11 avril 2000" (República Democrática del Congo c. Bélgica), tras analizar las sentencias de la Cámara de los Lores, de 24 de marzo de 1999 (caso *Pinochet*) y de la Corte de Casación francesa, de 13 de marzo de 2001 (caso *Kadhafi*) no halló en la práctica la existencia, en Derecho internacional consuetudinario, de una excepción a la regla que consagra la inmunidad de jurisdicción penal y la inviolabilidad de los ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio, cuando son acusados de haber cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad (parágrafo 58); a propósito de esta decisión, A. Cassese: *Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux. À propos de l´affaire Congo c/ Belgique (C.I.J.)*, en Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé, 2002-3, pp. 479-499.

(160) José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Reflexiones sobre el caso "Pinochet": ¿tienen competencia los Tribunales españoles?*, en Actualidad Penal nº 30, semana 24 al 30 de julio de 2000, p. 622.

tal delito ya sean "gobernantes, funcionarios o particulares" (en una de cuyas categorías tiene forzosamente que quedar incluido el Jefe del Estado), por lo que dicha limitación no afecta al Jefe del Estado de Guinea Ecuatorial; en consecuencia la regla de competencia jurisdiccional penal aplicable no sería otra que el art. 23. 4, a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pero frente a esta competencia se alza la inmunidad de jurisdicción penal derivada del Derecho internacional público consuetudinario. En cambio, esta regla no opera respecto a los "gobernantes, funcionarios o particulares" de los Estados parte en dicha Convención, como son Cuba y Marruecos, pues al ratificarla o adherirse a ella sus respectivos países, renuncian a la inmunidad reconocida por la citada norma consuetudinaria del Derecho internacional, pero, con todo, los Tribunales de España siguen privados de competencia porque el art. 6 de dicha Convención la atribuye a los Tribunales competentes del Estado parte que resulte *locus delicti*, o a la corte penal internacional (inexistente en ese momento) con competencia para conocer de tal delito, siempre, claro está, que el Estado en cuestión haya aceptado su competencia.

Distinto es el supuesto de reconocimiento de inmunidad penal respecto de quienes ya no ostentan la condición de Jefe de Estado, en cuanto a hechos delictivos que hubieren podido cometer durante el período temporal en que estuvieron *en activo*. Pero en este punto el no reconocimiento de inmunidad penal por Tribunales nacionales extranjeros (161) o internacionales en casos muy recientes (p.ej. caso Pinochet, caso Slobodan Milosevic, (162) pues al iniciarse los procesos en su contra ya no ostentaban el cargo de jefes de Estado), no supone ninguna auténtica innovación realmente ya que hace ahora casi noventa años esa tendencia ya había comenzado a manifestarse, concretamente en el art. 227 del Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, en el que al ex Kaiser y rey de Prusia Guillermo II se le acusa de "gran ofensa a la moralidad internacional y a la sagrada potestad de los tratados", ordenándose, pues, iniciar causa judicial penal contra su persona a quien se acusa de cometer actos contrarios

(161) Ninguna discusión en cuanto a inmunidad de jurisdicción penal derivada del Derecho internacional, puede suscitarse en el caso del ex presidente de Irak, Sadam Hussein por cuanto el tribunal juzgador es iraquí, es decir, de su propio Estado.

(162) Este caso ha sido objeto de archivo habida cuenta de la extinción de la presunta responsabilidad penal del procesado, que se produjo con su fallecimiento, en prisión preventiva, el 11 de marzo de 2006, en La Haya.

a las leyes y costumbres de la guerra (163). Es, en realidad, el mismo criterio que siguieron otros textos como el art. 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: "La posición oficial de los acusados, sea como *jefes de Estado* o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo", (164) y el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente que reprodujo casi a la letra el precepto transcrito, así como el art. II. 4 (a) de la Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado, que decía: "The oficial position of any person, whether as Head of State or as a responsable oficial in a Government Department, does not free him from responsibility for a crime or entitle him to mitigation of punishment". En la actualidad se percibe un importante avance del Derecho internacional no sólo en cuanto al no reconocimiento de inmunidad a jefes de Estado *en activo*, sino en cuanto a los delitos perseguibles (165). En efecto, en el Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia (Nueva York, 25 de mayo de 1993) (166), su art. 7.2 determina que: "El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del Gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni ate-

(163) Por lo que atañe a la persona del emperador de Japón Hiro-Hito, que continuó como Jefe de Estado tras la rendición de Japón, la determinación del general norteamericano McArthur impidió que fuese sometido a proceso por el Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente que tuvo su sede en Tokio.

(164) De ahí que el principio III, de los Principios de Nuremberg (Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 5º período de sesiones, 5 de junio a 29 de julio de 1950), diga: "El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional". Y en la misma línea se pronuncia el art. 4 del Código Penal Internacional Alemán (Völkerstrafgesetzbuch, VStGB).

(165) Mientras la Convención de las Naciones Unidas de 1948 contempla solamente el delito de genocidio, los textos de los estatutos de los tribunales internacionales penales la lista de delitos se amplía notablemente, así en el Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, figuran los delitos de: violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, violación de las leyes o usos de la guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad; en el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda los delitos de: genocidio, crímenes de lesa humanidad, y violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios; en fin, el Estatuto de la Corte Penal Internacional incluye en su competencia los delitos de: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, siendo común a todos los textos una pormenorizada definición de los hechos constitutivos de cada uno de los delitos contemplados.

(166) Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1993.

nuará la pena", lo que es aplicable no solamente a la jurisdicción del Tribunal con sede en La Haya, sino a la de los tribunales nacionales que ejercen jurisdicción concurrente con la de aquél, si bien el primero tiene primacía sobre los segundos (art. 9) (167), y la misma regla reproducida a la letra figura en el art. 6.2 del Estatuto para el Tribunal Internacional para Ruanda, con sede en Arusha (Nueva York, 8 de noviembre de 1994) (168). En fin, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma, de 17 de julio de 1998), (169) mantiene el criterio en su art. 27 que dice así: *"Improcedencia del cargo oficial.*- 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella" (170). Por su parte la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1315, de 14 de agosto de 2000, contempló la creación de un tribunal especial para Sierra Leona, al que más adelante se hará referencia. En realidad este paso en cuanto al no reconocimiento de inmunidad penal de jefes de Estado o de Gobierno se debe al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, que definitivamente aprobó la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1996, en

(167) España promulgó la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con dicho Tribunal Internacional (Boletín Oficial del Estado, núm. 131, de 2 de junio de 1994), cuya primera aplicación tuvo lugar en diciembre de 2005 con la puesta a disposición del mismo del general Ante Gotovina, tras su detención en el hotel en el que se hospedaba en las islas Canarias.

(168) Boletín Oficial del Estado núm. 123, de 20 de mayo de 1995. También España decidió la cooperación con este Tribunal Internacional por la Ley Orgánica 14/1998, de 1 de julio (Boletín Oficial del Estado núm. 157, de 2 de julio de 1998).

(169) Existe sobre esta Corte una amplia bibliografía entre cuyas obras destacaría la dirigida por el profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo: *La criminalización de la barbarie. La Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000.

(170) La Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, autorizó la ratificación de este Estatuto por España (Boletín Oficial del Estado núm. 239, de 5 de octubre de 2000), sobre este ratificación vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *El Rey y el Tribunal Penal Internacional*, en el diario madrileño "El Mundo del siglo XXI", del jueves 20 de abril de 2000, pp. 8-9. En relación a la Corte Penal Internacional el Consejo de la Unión Europea adoptó una Posición Común, el 11 de junio de 2001 (2001/443/PESC), vid. DOCE núm. L 155, de 12 de junio de 2001.

éste el art. 7 determina: "Carácter oficial y responsabilidad.- El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo" (171). Dicho Proyecto, con independencia de la jurisdicción de un tribunal penal internacional obliga a los Estados parte a adoptar las necesarias medidas para establecer su jurisdicción sobre los delitos de genocidio, delitos contra la humanidad, delitos contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, y los crímenes de guerra, quedando el crimen de agresión bajo la jurisdicción de un tribunal penal internacional, aun cuando no excluye la jurisdicción de un Estado sobre un nacional suyo que fuere acusado de tal crimen (art.8).

Ahora bien, la creación de los citados tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, (172) con competencia para conocer, de acuerdo a sus respectivos estatutos, de los *delicta iuris gentium* que en ellos se enumeran, no ha escapado a la investigación crítica sobre los poderes del Consejo de Seguridad en cuanto a su establecimiento, pues "la práctica de creación de Tribunales penales internacionales por el Consejo no ha encontrado todavía una aceptación general de los Estados, siendo que el ejercicio de dicho poder se produjo al existir una situación de aquiescencia de los Estados" (173). Y por lo que respecta a la Corte Penal

(171) Texto en Julio D. González Campos *et al.*: *Legislación básica de Derecho internacional público*, 2ª ed., Madrid, 2002, p. 165.

(172) No debe olvidarse el proyecto de creación de un Tribunal Internacional para juzgar los crímenes contra la humanidad en Kampuchea. Al tiempo de finalizar esta ponencia (abril de 2006) el Consejo de Seguridad de la ONU adoptó, el 29 de marzo, por unanimidad una resolución para crear un tribunal internacional que juzgue a los acusados por el asesinato del ex primer ministro libanés Rafik Hariri, ocurrido en febrero de 2005, siendo el Secretario General de la ONU el encargado de las negociaciones con el Gobierno libanés para determinar la forma y el método de trabajo de dicho órgano judicial.

(173) Carlos R. Fernández Liesa: *El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho internacional (Decisión de la Sala de apelación de 2 de octubre de 1995, en el asunto Tadic-competencia-)*, en Revista Española de Derecho Internacional (REDI), vol. XLVIII, 1996, núm. 2, p. 20, nota 53, y la bibliografía allí citada en torno a los fundamentos jurídicos para la creación de un Tribunal mediante una decisión del Consejo de Seguridad. Sobre el tema vid. también: P. Palchetti: *Il potere del Consiglio di Sicurezza di istituire Tribunali penali internazionali*, en Rivista di Diritto Internazionale, vol. LXXIX, 1996, fascículo 2, pp. 413-438; E. David: *Le Tribunal internacional pénal pour l'ex Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive?*, en Revue General de Droit Internacional Public, 1994, núm. 1, pp. 25-32; Weckel: *L'institution d'un*

Internacional, su Estatuto contiene la posibilidad, en su art. 16, de una injerencia política por parte del Consejo de Seguridad, siendo así que la citada Corte no es un órgano de las Naciones Unidas y, por consiguiente, debe actuar con completa independencia del citado Consejo o de cualquier otro órgano de la Organización, lo que ha planteado la discusión de si ciertas Resoluciones del Consejo de Seguridad, basadas en el art. 16 del Estatuto de Roma, en concreto la 1422 (12 de julio de 2002) y la 1497 (1 de agosto de 2003), son decisiones *ultra vires* como, además de diversos juristas (p. ej. el checo Pavel Sturma, o los alemanes Andreas Zimmermann y Karin Oellers-Frahm), las ha calificado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 25 de junio de 2003. Item más, también debe añadirse la crítica al texto del art. 98 del Estatuto de Roma al permitir los "exemption agreements", que la citada Asamblea Parlamentaria, en Resolución de 25 de septiembre de 2002, considera "are not admisible under the international law governing treaties, in particular the Viena Convention on the Law of Treaties, according to wich Status must refrain from any action wich World not be consistent with the object and the purpose of a treaty..." (174).

Una novedad la constituye la creación del Tribunal Especial para juzgar los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario, establecido en virtud de Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona a diferencia de los citados tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Como expresa en su previo Informe el Secretario General "es un tribunal *sui generis* de jurisdicción y composición mixtas basado en un tratado. Para que el acuerdo pudiera aplicarse a nivel nacional sería necesario incorporarlo a la legislación nacional de Sierra Leona de conformidad con las disposiciones constitucionales. Su derecho aplicable comprende tanto el derecho internacional como la legislación de Sierra

Tribunal international pour la represion des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie, en Annuaire Français de Droit International, 1993, pp. 232-262; A. Pigrau Solé: *Reflexiones sobre el Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional*, en Anuario hispano-luso-americano de Derecho internacional, vol. XI, 1994, pp. 211-252; y vid. también el Informe del Secretario General, emitido de conformidad con el parágrafo 2 de la Resolución 808 (1993), del Consejo de Seguridad, S/25/704, de 3 de mayo de 1993.

(174) Vid. William A. Echabas: *International Criminal Court. First Report*, en The International Law Association: *Report of the Seventy-First Conference. Berlin 2004*, London, 2004, p. 295 y ss., en particular pp. 305 y 317.

Leona y se compone de magistrados tanto internacionales como sierraleoneses" (175). En cuanto a la jurisdicción dicho Informe señala que: "El Tribunal Especial tiene jurisdicción concurrente con los tribunales de Sierra Leona y primacía respecto de éstos. En consecuencia, podrá presentar en cualquier etapa del procedimiento a cualquier tribunal nacional de Sierra Leona una petición de inhibitoria de jurisdicción (párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto). No obstante, el Tribunal Especial tendrá primacía sobre los tribunales nacionales de Sierra Leona pero no sobre los tribunales de terceros Estados. Al carecer de facultades para afirmar su primacía sobre los tribunales nacionales de terceros Estados en relación con crímenes cometidos en Sierra Leona, carece también de facultadés para pedir la entrega de un acusado de un tercer Estado e inducir a sus autoridades a atender dicha petición" (176). El Tribunal, *ratione materiae*, tiene competencia respecto de los crímenes previstos en el Derecho internacional humanitario y la legislación de Sierra Leona. Y en cuanto a la competencia *ratione personae* el art. 1 del Estatuto del Tribunal Especial determina que: "El Tribunal Especial estará facultado para someter a juicio a las personas sobre las cuales recaiga la mayor responsabilidad por las infracciones graves del derecho internacional humanitario y la legislación de Sierra Leona cometidas en el territorio de este país después del 30 de noviembre de 1996", fecha elegida por corresponder al día del Acuerdo de Paz de Abidján entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido (FRU), acuerdo que posteriormente fracasó con la reanudación de hostilidades, y al haberse desechado la fecha de 7 de julio de 1999 en que se celebró el Acuerdo de Paz de Lomé al haberse considerado ilegal, conforme al Derecho internacional, la amnistía concedida por el mismo.

El Acuerdo con las Naciones Unidas confiere inmunidad penal, que subsiste una vez terminada la relación con el Tribunal Especial, a los funcionarios internacionales y sierraleoneses del mismo (art. 12. 1 a), así como a los abogados defensores (art. 13. 2 c).

Esto dicho se plantea una cuestión interesante en relación con el procesamiento por dicho Tribunal Especial del ex presidente de Liberia Charles Ghankay Dankpannah Taylor, que provocó desde 1989 una de las

(175) S/2000/915, p. 3.

(176) *In eod. loc.* p. 3.

guerras civiles más sangrientas en el continente africano y ocupó el poder entre 1997 y 2003, acusado de instigar la guerra civil en Sierra Leona; el caso quedará circunscrito a la jurisdicción de dicho tribunal, toda vez que el presidente de Nigeria, Olusegun Obasanjo, país en el que se hallaba exiliado Taylor, decidió, tras consulta con los presidentes de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) y de la Unión Africana (UA), responder positivamente, el 25 de marzo de 2006, a la demanda de extradición formulada el anterior día 5 por la presidenta liberiana Ellen Johnson-Sirleaf, para ser juzgado por crímenes de guerra presuntamente cometidos durante los catorce años de guerra civil liberiana, (177) pero entregado a las autoridades liberianas éstas decidieron ponerlo a disposición del Tribunal Especial, habiendo solicitado dicho órgano el traslado del acusado a La Haya por razones de seguridad.

En el marco de relaciones bilaterales la inmunidad de jurisdicción penal, en cuanto determinada jefatura de Estado, está reconocida por el Acuerdo entre el Principado de Andorra y el Reino de España relativo al estatuto del Copríncipe Episcopal, de 23 de julio de 1993, (178) en virtud del cual España reconoce la inmunidad de jurisdicción penal a favor del obispo de Urgel, que junto al Presidente de la República Francesa es Copríncipe del Principado de Andorra, es decir, co-Jefe de Estado con aquél (179) para los actos que realizare en el ejercicio de sus funciones. En todo caso, con carácter general el art. 606 del vigente Código penal español castiga la violación de "la inmunidad personal del Jefe de otro

(177) Vid. diario "El Mundo", del domingo 26 de marzo de 2006, p. 34.

(178) Boletín Oficial del Estado de 6 de mayo de 1995.

(179) La *plenitudo potestatis*, tras la deformación institucional del antiguo señorío, corresponde hoy en el Principado de Andorra a ambos copríncipes *simil ac communiter*, vid. Charles Rousseau: *Derecho internacional público*, 2ª ed., trad. esp. por Fernando Jiménez Artigues (de quien es la opinión recogida), Barcelona, 1961, p. 136, en nota. El coprincipado tiene origen su origen en el siglo IX; tras diversas vicisitudes bélicas que enfrentaron a los condes de Urgel con el obispo, en las que interviene Ramón Rogelio, conde de Foix a favor de éste quien le promete ceder, por el auxilio prestado, el dominio proindiviso del valle de Andorra. Nuevas diferencias terminaron en la sentencia arbitral o *Pariatges* de 7 de septiembre de de 1278, dada en Urgel por seis árbitros, que fue confirmada por el Papa Martín IV, en virtud de la cual Rogelio Bernardo y sus sucesores compartieron la soberanía de los valles de Andorra con sus antiguos señores los obispos de Urgel, "unida después la casa de Foix a la de Bearne y con las de Moncada y Castellvell de Rosanes, vinieron a caer todos estos señoríos en la casa de Borbón, y entraron a formar parte de la corona de Francia cuyos reyes son en el día copríncipes del valle de Andorra con el obispo de Urgel", vid. Pascual Madoz: *Diccionario geográfico-estadístico-histórico de España y sus posesiones de ultramar*, t. II, Madrid, 1845, p. 292.

Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado", por lo que, en el caso del Principado de Andorra, se protege a un co-Jefe de Estado extranjero que actualmente ostenta nacionalidad española y reside en territorio español, aunque nada se opone a que la Santa Sede pudiese nombrar un obispo de nacionalidad no española, lo que hasta la fecha no ha ocurrido. La citada regla responde al respeto a la inmunidad penal de jefes de Estado y jefes de Gobierno prevista en la Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)(180). Por lo que atañe al Ministro de Asuntos Exteriores goza éste de inmunidad penal "en todo caso cuando actúa oficialmente", inclinándose la escasa doctrina sobre este órgano representativo del Estado a aceptar "su inviolabilidad personal (lo que le deja al margen de toda actuación coercitiva de las autoridades locales) y de su inmunidad de jurisdicción penal y de policía" (181).

En cuanto a los agentes diplomáticos también éstos gozan de inmunidad de jurisdicción penal. Como escribe el embajador de la República Dominicana en Israel, Manuel Morales Lama, "se denomina inmunidades de jurisdicción a la suspensión respecto de los representantes diplomáticos del efecto de la ley del Estado receptor, o sea, las exenciones de que disfrutan los agentes diplomáticos de las jurisdicciones... penales, tanto nacionales como locales, de los Estados ante los cuales se les acredita, que incluyen exenciones de arrestos... citaciones y penas legales", que se extienden a sus familiares que vivan bajo el mismo techo y al personal oficial de la misión (182), y que correspondiendo, como tal, al Estado de envío puede éste renunciar a tal inmunidad cuando lo estime oportuno sin que, por otra parte, el agente diplomático quede exento de la jurisdicción del Estado acreditante. Precisa-mente entre las diversas inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos, muchas de ellas aceptadas pacíficamente, como reglas consuetudinarias, por los Estados miembros de la Comunidad internacional, y que, por cierto, gozaron de base más sólida que los privilegios, figura desde mucho antes de la codificación de un

(180) Boletín Oficial del Estado núm. 33, de 7 de febrero de 1986.

(181) Julio D. González Campos *et al.*: *op. cit.*, p. 459.

(182) Manuel Morales Lama: *Diplomacia contemporánea. Teoría y práctica para el ejercicio profesional*, 4ª ed., Santo Domingo, 2000, p. 136.

importante sector del Derecho diplomático la de exención de la jurisdicción penal del Estado receptor. En el siglo XIX escribía Pradier-Foderé que el agente diplomático "est à l´abri de la juridiction criminelle du pays où il est acrédité" (183). Como no podría ser de otro modo cuando se adopta el Convenio sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961) el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal es "total" (184). En este sentido se pronuncia el art. 31. 1 de la citada Convención: "El Agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor...". Otros preceptos se refieren a aspectos puntuales: prohibición de cualquier forma de detención o arresto (art. 29); otras personas cubiertas por dicha inmunidad (art. 37); comienzo y fin de la inmunidad por finalización de su función (o para sus familiares por fallecimiento de agente), inmunidad que no cesará respecto de actos realizados por la persona en cuestión en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión (art. 39). En realidad esta normativa tiene, a nivel regional americano, un antecedente en el Tratado de La Habana de 1928 (185).

En mucho menor grado se reconoce la inmunidad de jurisdicción penal a los funcionarios consulares. El Convenio sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963) permite la detención o ingreso en prisión preventiva "cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente", y excepto este supuesto "no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal "sino en virtud de sentencia firme", y, desde luego, se prevé la posibilidad de que "se instruya un proceso penal contra un funcionario consular" en cuyo caso "éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes" (art. 41), lo que supone, en cuanto a la inviolabilidad personal una diferencia notable en comparación con la que gozan los agentes diplomáticos; por lo demás el art. 43. 1 se refiere específicamente a la inmunidad de jurisdicción, pues, salvo para determinados asuntos civiles "los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del

(183) P. Pradier-Foderé: *Cours de droit diplomatique*, t. II, París, 1881, pp. 164-165.

(184) Francis Dean: *Órganos del Estado en sus relaciones exteriores: inmunidades y privilegios del Estado y sus órganos*, en Max Sorensen: *Manual de Derecho internacional público*, trad. esp., México, 1973, p. 390.

(185) Vid. Quintín Alfonsín: *Derecho internacional privado*, Publicación de la Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado, Montevideo, s.f. (ciclostilado), p. 653 y ss.

Estado receptor "por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares". Privilegios e inmunidades a las que puede renunciar el Estado que envía (art. 45).

La inmunidad no se limita a los textos citados sino que está establecida en otros tratados multilaterales, anteriores y posteriores a la referida codificación, así la Carta de las Naciones Unidas en su art. 105. 2 dispone que: "Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización"; la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas (Londres, 13 de febrero de 1946) que contempla a los contingentes civiles y militares desplazados para misiones sobre el territorio de un Estado, y que operan en virtud de la propia Convención o por acuerdos bilaterales adoptados entre los estados afectados; la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados (Nueva York, 16 de diciembre de 1969); la Convención de la Representación de los Estados en sus Relaciones con Organismos Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975). En fin, la ya citada Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973) no proclama directamente, como los anteriores textos, la inmunidad penal, sino que su objeto es obligar al Estado contratante a establecer su jurisdicción para perseguir a los autores de delitos cometidos contra las personas a las que se refiere la Convención.

7. A modo de conclusión.-

Las limitaciones de espacio a que está sujeta toda ponencia no permiten una exposición del tema *in extenso*. Por ello hemos pretendido apuntar los rasgos más sobresalientes de un ámbito legal que, sin duda, se presenta como interdisciplinar. Si hubiera que destacar en qué sentido se ha producido a lo largo del tiempo una evolución, ésta se proyecta claramente en el sector del principio de *universalidad*, en particular respecto del enjuiciamiento de jefes de Estado en activo o antiguos jefes de Estado, y de otras personas con alta responsabilidad gubernamental, observándose que, en cuanto al enjuiciamiento ante tribunales internacionales la regla

de la no absoluta inmunidad vuelve a resurgir desde prácticamente el Tratado de Versalles. Más discutible es la aplicación del principio de *universalidad*, contemplado en las legislaciones nacionales, por cierto cuyo número no supera un veinte por ciento de Estados miembros de la Comunidad Internacional, de modo unilateral. Si bien ha de estimarse que en los convenios en los que expresamente se incluyen a los gobernantes como presuntos responsables de la comisión de delitos, la inmunidad de jurisdicción penal desaparece (para el o los delitos previstos en el texto convencional) entre los Estados parte, en cambio dicha inmunidad permanece respecto a los nacionales de Estados no parte. Por ello el enjuiciamiento sobre la base de tal principio de *universalidad* debe reposar en una petición del Estado del que es nacional la persona acusada, a falta de acuerdo entre el Estado que pretende ejercer su jurisdicción sin vínculos con el hecho delictivo. Por lo demás, es base fundamental la correcta calificación de los hechos delictivos, conforme al estatuto correspondiente, si se trata de un tribunal internacional, o de la *lex fori* si se está ante un tribunal nacional. En todo caso, si la convención aplicable establece como competente la jurisdicción del *locus delicti* ésta ha de ser respetada y con exclusión de otra jurisdicción nacional que pretenda el enjuiciamiento (por tanto excluyendo en principio el pretendido principio de justicia subsidiaria) a menos, claro está, que la convención no excluya la competencia de este otro Estado.

En definitiva, nos hallamos en el terreno del Derecho penal, y cualquiera que fueren las reglas de competencia, así como las normas materiales aplicables, su interpretación debe estar presidida por el principio *favorabilia sunt amplianda et odiosa sunt restringenda*, ampliamente admitido, desde antiguo, en los sistemas de Derecho penal de los Estados democráticos y de Derecho.

Madrid, abril de 2006

José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE
(ESPAÑA)

UNA MIRADA ARGENTINA SOBRE EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Dra. Amalia URIONDO DE MARTINOLI
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Validez espacial de la ley penal.
- **1. Principio territorial.**
- **2. Principio real o de defensa.**
- **3. Principio de la nacionalidad.**
- **4. Principio universal.**

III. Tensión entre las obligaciones emergentes de los tratados sobre derechos humanos y los compromisos asumidos en materia de extradición.
- **1. Extradición de Pietro Antonio Nardelli.**
- **2. Extradición de José Osvaldo Meli.**

IV. Incidencia de la tipificación del delito en la prescripción de la acción penal o de la pena.
- **1. Extradición de Jesús María Lariz Iriondo.**
  - **a) Fundamentos de la mayoría,**
  - **b) Fundamentos de la disidencia;**
  - **c) El tratamiento jurídico de la acción terrorista en el ámbito europeo.**

V. Imprescriptibilidad de los delitos *ius gentium*.

1. Confrontación de principios y derechos constitucionales.

2. Extradición de Erich Priebke.

a) Régimen aplicable al pedido de extradición;

b) Doble incriminación;

c) Prescripción de la acción penal.

3. Causa Enrique Lautaro Arancibia Clavel.

Conclusiones.

I. Introducción

La comisión de ciertos hechos aberrantes, en total desproporción entre el fin político o ideológico buscado y el medio empleado, si bien pueden afectar directamente a un Estado determinado, últimamente se caracterizan por rebasar en sus colateralidad a los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria afrenta para la paz y la seguridad del resto del mundo.

Cuando se trata de crímenes que dada sus conexiones internacionales constituyen una amenaza para la seguridad de las demás naciones, o porque comprenden atentados contra la vida y la propiedad de las personas que, por su falta de proporción con el fin perseguido y por la gravedad de la ofensa, integran el género de los delitos *iuris gentium*, se requiere con mayor razón intensificar la cooperación internacional para así posibilitar el juzgamiento o el cumplimiento de las condenas de los involucrados.

El común sentir de los pueblos civilizados, es que los delitos tan graves no deben quedar impunes, ni que las personas que los hubieren cometidos puedan cobijarse en fronteras nacionales que a veces se erigen en obstáculos insalvables.

A esta realidad internacional se enfrenta la certeza de que el dogma de la territorialidad de la ley penal y su aplicación ha quedado rebasada, y de que hoy, existen "tribunales nacionales" que no sólo reclaman, sino que se arrogan la facultad de juzgar, sancionar, y hacer cumplir las condenas a los que imputan como responsables de una lista de delitos internacionales cuyo número cada vez se amplía más.

Pero el derecho a esos juzgamientos no es pacífico y se enfrenta con grandes dificultades, en especial cuando dichas figuras no están previstas en los ordenamientos jurídicos internos, ya que – como veremos - la indefinición del concepto lleva a plantear importantes problemas hermenéuticos.

A título ejemplificativo, basándome en la jurisprudencia argentina, que bien puede extenderse a lo que sucede en el resto de América Latina, expondré las respuestas que ha brindado nuestro máximo Tribunal ante diferentes alternativas como la reseñada, a fin de que se pueda confrontar cómo han jugado los valores y principios tradicionales del derecho penal clásico: - *nullum crimen nullum poena sine lege*, juez natural, debido proceso legal, defensa en juicio, *non bis in idem*, etc., al resolver los casos

concretos que fueron sometidos a su consideración y en donde se pusieran en entredicho las mencionadas garantías.

En este punto cabe anticipar que no me he propuesto aportar soluciones; por el contrario, sólo intentaré responder de manera general los interrogantes que han surgido con motivo de los pedidos de asistencia judicial penal internacional, puesto que estimo que las respuestas definitivas a ellos deben ser consensuados por este foro, de boca de los verdaderos especialistas en el tema, para que, por sobre las opiniones individuales, alcancen la raigambre de recomendaciones generales.

II. Validez espacial de la ley penal

El derecho de gentes exige que entre el Estado regulador y el supuesto de hecho regulado exista una conexión razonable. Este punto de conexión legitimante lo constituyen los llamados "principios de validez material de la ley penal" (1). La validez espacial de esta ley gira en torno a varios criterios, que pueden reducirse a cuatro: 1) territorial; 2) de la nacionalidad; 3) real o de defensa; y 4) de la universalidad, cuya breve explicación procederé a efectuar.

1. Principio territorial

El orden jurídico penal argentino consagra la prerrogativa territorial, por el cual, los tribunales del país tienen competencia para conocer en procesos por delitos cometidos dentro de su territorio. Es el principio general que gobierna en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, al expresar: "los delitos se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la nación en cuyo territorio se perpetran" (art.1) (2).

El Código Penal determina el alcance de nuestra legislación represiva y la jurisdicción de sus jueces, fijando así los límites a la soberanía nacional frente a la de los demás Estados. El art. 1 distingue dos situaciones: a) "delitos cometidos... en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción"; b) delitos cometidos en el extranjero cuyos efectos deban producirse en el territorio nacional.

(1) GARCÍA, Luis M. "Auxilio judicial internacional y soberanía estatal" , La Ley 1992-B-Sec. doctrina- pp. 928/958).

(2) Aprobado por ley 3192 (Adla 1889-1919-302) y que vincula a nuestro país con Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

El primer supuesto impide el planteamiento de problemas relativos a la competencia o aplicación de leyes penales, pues el proceso íntegro de ejecución se verifica en el mismo Estado donde están situados los bienes o intereses jurídicos protegidos por la ley nacional. Sí, en cambio, lo habilita el delito a distancia, en los que la acción o una parte de ella se realiza en el extranjero y el resultado se produce en territorio argentino. De allí que sea preciso definir qué se entiende por "lugar de comisión" del delito, esto es, la fijación del alcance del principio territorial.

Para determinar dicho lugar, la teoría de la acción valora únicamente el sitio de exteriorización de la voluntad, mientras que la doctrina del resultado hace hincapié en el sitio de la consumación de la acción delictiva. Frente a éstas, una posición muy extendida sostiene la teoría de la equivalencia o de la ubicuidad, conforme a la cual, el hecho punible se considera perpetrado tanto en el lugar de realización de la acción, como en el de la producción del resultado, "de modo que es indiferente para su punición la circunstancia de que el Estado desde el cual fueron cometidos, los considere o no punibles" (3).

La misma norma dispone que la ley se aplicará a los hechos cometidos en el territorio argentino, extendiendo también su imperio a los ejecutados en "los lugares sometidos a su jurisdicción".

(3) La CNPenal Económico, sala II, aplicó el criterio de ubicuidad, al revocar la incompetencia decretada por el juez a quo y declarar la competencia de la justicia argentina para entender en la causa por el delito de balance falso que se instruye contra una sociedad constituida en el extranjero con asiento en el país, donde desarrolla su principal actividad. Si bien los balances fueron confeccionados y aprobados en Londres por los bancos "Brandts", dueño de la totalidad de las acciones de Harrods Ltd. (Buenos Aires) y "National & Grindlays Bank Limited", que es el propietario del 100% de las acciones del primero, la alzada consideró que su juzgamiento corresponde al magistrado declinante, porque los perjuicios producidos por el falso balance se concretarían principalmente en el territorio nacional. Asimismo, expresó que los delitos de peligro son punibles por la ley argentina cuando sus efectos deban o debieran producirse en el país, ya sea que atenten directamente contra el Estado como tal o contra derechos particulares jurídicamente protegidos por nuestra legislación; autos "Incidente de incompetencia de Hamilton Taylor", marzo 4-1980, con nota de Werner Goldschmidt "Principio territorial y principio real en el Derecho Internacional Penal", El Derecho, 89-515.

Sobre la base de la teoría de la ubicuidad, la sala III de la CNCrim. y Correc., decidió que corresponde la aplicación de la penal argentina en el caso de una manifestación que habría realizado el jugador de fútbol Diego A. Maradona en Tel Aviv en perjuicio de un tercero - José Sanfilippo- residente en el país; La Ley, 1991-C-373.

Por "territorio de un Estado", se entiende tanto el real como el territorio ficticio (4), que incluye: la tierra firme comprendida dentro de los límites internacionales, el mar territorial (5), el espacio aéreo (6), el subsuelo (7), las aguas interiores, ríos, lagos, bahías, puertos, radas y las naves públicas (8). Las privadas quedan sometidas a la jurisdicción del pabellón en alta mar o mar neutral y al principio territorial cuando están en aguas jurisdiccionales extranjeras.

El concepto de territorio contemplado en la disposición, no se limita a un aspecto físico, sino también jurídico, al aludir la ley a "los lugares sometidos a su jurisdicción". Este último concepto permite la aplicación de la ley argentina a los lugares en los que el Estado tenga jurisdicción en virtud de acuerdos o pactos internacionales. Tal es el alcance que la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina –en adelante CSJN- le asigna a esa remisión legal al fallar el caso "Dotti, Miguel A.y otro s/contrabando (incidente de apelación, auto de nulidad e incompetencia" (9).

(4) CARRARA, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, vol. II, Ed. Depalma, Bs.As. 1944 p. 415.

(5) El mar territorial se extiende hasta una distancia de doce (12) millas marinas a partir de las líneas de base, art. 3 de la ley 23.968 (sanción 14/08/1991).

(6) La materia se rige por el título XI del Código Aeronáutico que entró en vigencia el 23 de mayo de 1967.

(7) Art.2..2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que se encuentra en vigor en Argentina desde el 31/12/1995 y art. 3 de la ley 23.968.

(8) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982: arts. 8, 9, 10, 11, 12 y 92.1.

(9) La Cámara de Apelaciones de Paraná, provincia de Entre Ríos, confirmó la sentencia de primera instancia que resolvió no hacer lugar a la excepción de incompetencia, planteada por la defensa de los imputados Miguel Ángel Dotti y Daniel Rubén Aires, por el delito de tentativa de contrabando, contra la cual se interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido. Los hechos en cuestión fueron conocidos por funcionarios de la aduana argentina en el Centro de Control Integrado estatuido por el Acuerdo de Recife, circunstancia que autoriza a considerarlo como un enclave, de acuerdo con lo prescripto en los artículos 1 y 4 del Código Aduanero, y que se encuentra situado en el extremo del Puente Internacional "General San Martín", en territorio uruguayo. La decisión del tribunal de alzada se basó en que el concepto de territorio contemplado en el art. 1 del Código Penal no se limitaba sólo a un aspecto físico sino también jurídico, al aludir esa norma a los "lugares sometidos a su jurisdicción". Este último concepto permite la aplicación de la ley argentina a los lugares en que la República tenga jurisdicción en virtud de acuerdos o pactos internacionales, como es en el caso el Acuerdo de Recife para la Promoción del Comercio suscripto el 18 de mayo de 1994 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Los recurrentes discuten el alcance acordado por el a *quo* a la expresión "lugares sometidos a su jurisdicción", al considerar que el centro integrado de control aduanero no constituye un enclave, pues éste sólo puede ser establecido por un tratado internacional y el Acuerdo de Recife no goza de esa naturaleza por las siguientes razones: a) no ha sido aprobado por el Congreso de la Nación; b) el instrumento emanó del Consejo Mercado Común; c) este órgano del Mercosur no es un ente supraestatal en los términos del art. 75, inc. 24 de la Constitución Nacional; d) el Acuerdo no puede desplazar la vigencia y operatividad del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889- rige las relaciones entre Argentina y Uruguay- que en su art. 1 establece que será investido de jurisdicción internacional el país en cuyo territorio fue perpetrado el delito –localidad de Fray Bentos, República Oriental del Uruguay-.

El 7 de mayo de 1998, mediante votos divididos, los Jueces de la Corte Suprema coinciden en confirmar la sentencia apelada, dejando sin sustento los fundamentos de la parte recurrente, en cuanto a: a) el Acuerdo de Recife es un instrumento internacional en los términos del art. 2 inc. 1 ap. a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, desde que el consentimiento del Estado argentino se ha manifestado en forma simplificada, es decir, sin la intervención del Congreso de la Nación, en virtud de que aquel procedimiento constitucional tuvo lugar previamente con la aprobación del Tratado de Montevideo de 1980 mediante ley 22. 354; b) precisamente el art. 7 de este tratado, por el que se creó la Asociación Latinoamericana de Integración –ALADI-, autoriza la concertación de acuerdos parciales, esto es, acuerdos en cuya celebración no participa la totalidad de los países miembros y que propenden a crear condiciones para profundizar el proceso de integración regional. Incluso, entre esta clase de acuerdos se prevén aquéllos relacionados con el comercio (arts. 7 y 8), categoría de la que participa el referido Acuerdo de Recife al establecer las medidas técnicas y operativas para regular los controles integrados en frontera, es por ello que "constituye un instrumento internacional idóneo para crear un enclave en el sentido del art. 4 del Código Aduanero" (voto de los jueces Augusto Belluscio y Gustavo Bossert); c) el art. 3.2 del Acuerdo es plenamente eficaz para dilucidar la cuestión relativa a cuál es el Estado con jurisdicción internacional para juzgar un delito perpetrado en el Área de Control Integrado, ya que establece que los funcionarios de cada país ejercerán, en dicha zona, sus respectivos controles aduaneros, migratorios, sanitarios y de transporte y que para ese fin la jurisdicción y competencia de los órganos y funcionarios del país limítrofe se considerarán extendidas hasta dicha área. Esta norma especial desplaza las del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, aunque ambas normas internacionales son conciliables pues, definida la jurisdicción argentina especial del modo en que lo ha hecho el Acuerdo de Recife, rige plenamente el principio territorial, en sentido jurisdiccional, consagrado en el art. 1° del Tratado de Montevideo. En este sentido lo interpreta el Estado uruguayo, que ha autorizado y facilitado la detención de los imputados por parte de las autoridades argentinas; d) en los llamados delitos a distancia - aquellos hechos en que los diferentes pasos del iter criminis no se producen en el mismo lugar- el delito se estima cometido en todas las jurisdicciones a través de las cuales se ha desarrollado la acción, así como en la del lugar de verificación del resultado. La adopción del criterio de la ubicuidad para establecer el lugar de comisión de los hechos supone como consecuencia, para los supuestos de tentativa, que el delito deba reputarse cometido tanto en el lugar donde se comenzó la ejecución como en el que debía haberse producido la consumación. Si bien el comienzo de la ejecución del delito de tentativa de contrabando de importación se ha producido en Uruguay, es competente el juez argentino, porque en su territorio es donde debía producir sus efectos en los términos del art. 1 del Código Penal (voto del juez Petracchi). El texto de la sentencia puede consultarse en BOGGIANO, Antonio, Derecho Penal Internacional, Ed. La Ley, Bs.As, 2003, p. 545/556; La Ley 1999-A-197 con nota de Alberto B. Bianchi "Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma constitucional".

(10) FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal- Introducción y Parte General- Actualizado por LEDESMA, Guillermo, Decimosexta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p.124

2. Principio real o de defensa

Se basa en la necesidad de proteger los intereses nacionales, y admite que, un delito cometido en el extranjero, pero que sólo lesiona derechos o intereses garantidos por otro Estado, éste tiene jurisdicción para penar y juzgar, sin tomar en consideración el lugar en que el mismo se cometió (10) ni la nacionalidad de las personas.

Su justificación radica en el hecho de que esos bienes jurídicos estarían bajo la acción protectora del Estado que invoca tal principio, aunque los hechos punibles se cometan fuera de su territorio. Son dos los presupuestos decisivos para aplicar el principio real: la titularidad y la naturaleza de los bienes jurídicos (11).

La segunda hipótesis contenida en el art. 1 de la ley penal, personifica el principio real o de protección, cuando dispone que también se aplicará a los delitos cometidos en el extranjero cuyos efectos deban producirse en el territorio nacional (12).

Tal criterio de conexión se desprende de los artículos 2 y 10 del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, que prevén la competencia de los tribunales y la aplicación de las leyes del Estado donde se producen los daños a los derechos e intereses por él garantizados.

3. Principio de la nacionalidad

El art. 12 de la ley sobre cooperación internacional en materia penal de 1997, prevé la extradición de nacionales, a quienes se les da la opción de ser juzgados en Argentina, a no ser que fuere aplicable al caso un tratado que obligue a su extradición, por ejemplo, el que rige entre nuestro país y España (art. 7). Si el ciudadano ejerciere esta opción, la extradición podrá ser denegada.

Cuando un tratado faculta la extradición de nacionales, el Poder Ejecutivo en la oportunidad prevista en el art. 36 de la misma ley, resolverá si se hace o no lugar a la opción. Además, se establece como condición que esa calidad hubiese existido en el momento del hecho y subsista hasta el momento de la opción.

En ese sentido, nuestro máximo Tribunal sostuvo que, la condición de ciudadano argentino, debía ser anterior a la fecha en la cual se cometió el delito que da lugar a la solicitud, así como la tesis de que la nacionalidad también podía haber sido adquirida después del hecho (13).

(11) GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, Límites a la ley penal en el espacio, Ed. Atelier, Barcelona, 2004, p.93.

(12) El artículo ha sido objeto de diversas interpretaciones respecto a su naturaleza, fuentes y alcance, que pueden ser consultadas en DE LA RÚA, Jorge, Código Penal Argentino- Parte General, 2° edición, Depalma, Bs. As, 1997, p. 17/30.

(13) CSJN, marzo 20-1990, "Schwammberger, Josef F.", La Ley, 1990-C-477.

4. Principio universal

El principio reconoce para cada Estado una representación de la comunidad humana "y asigna al derecho penal internacional la misión de asegurar la aplicación armónica de las normas punitivas en la humanidad, a pesar de la diversidad de fuentes jurídicas y de la multiplicidad de las jurisdicciones. Se trata, entonces, de intereses, derechos y deberes de carácter cosmopolita que indican a la justicia el conocimiento de toda transgresión", sin ningún criterio de conexión con el caso, ya sea el ejecutor, el querellante, o el lugar del delito, puesto que éste "lleva un atentado no a un orden público determinado, sino al orden social necesario al mantenimiento de la civilización" (14).

La intención de la jurisdicción universal es evitar la impunidad de los que cometan crímenes que afectan bienes jurídicos de la comunidad internacional, cuando los criterios anteriores resulten insuficientes para lograr su enjuiciamiento.

La aplicación de la ley penal en virtud de este principio requiere la concurrencia de un presupuesto fundamental: la naturaleza internacional del delito, ya sea que esté fundamentado en normas consuetudinarias de Derecho Internacional Público, ya que venga predeterminado en acuerdos internacionales. Así, por ejemplo, el art. 6 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; y el art. 5.2 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes; entre otros.

El art. 118 de la Constitución Nacional argentina, después de sentar el principio de competencia territorial, añade que si el delito se ha cometido "fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes", el Congreso debe determinar por una ley especial el lugar en que ha de sustanciarse el juicio. Ello significa que los delitos de esta índole tienen una previsión especial y distinta a la de los demás: pueden ser juzgados en el país aunque se hayan cometido en el extranjero.

En la interpretación del art. 102 del texto constitucional (hoy 118), Bidart Campos sostiene que para los delitos contra el derecho de gentes, es preciso invertir el principio contenido en la norma para que su enunciado quede completo. Así concluye que, "los delitos cometidos en

(14) ALCORTA, Carlos Alberto, "Las teorías del Derecho Penal Internacional en la legislación argentina", JA, 1924-14-Sec. Doctrina- 120.

Argentina contra el derecho de gentes también pueden ser juzgados fuera de nuestro territorio por tribunales de otro estado", siempre que aquéllos no hubieran sido objeto de enjuiciamiento y condena por los tribunales del país.

En este caso, para establecer la improcedencia de la extradición, cuando ésta se refiere a esos hechos, habrá de acudirse a otro principio: el *non bis in idem*, contenido en los tratados internacionales sobre derechos humanos, incorporados a nuestro derecho interno (Pacto de San José de Costa Rica - art. 8.4 - y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - art. 14.7) (15).

La garantía de raigambre constitucional, "impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho, y no se trata exclusivamente que una persona sea condenada dos veces en virtud de ese mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al riesgo de que ello ocurra, mediante un nuevo sometimiento a juicio" (16).

La afirmación del prestigioso constitucionalista nombrado, frente a lo dubitativo de cierta jurisprudencia al respecto, permite ahondar en la temática que a continuación abordaré.

(15) La sentencia que dio pie al comentario de Bidart Campos, fue pronunciada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal para resolver sobre la procedencia de la petición de auxilio judicial internacional de un Tribunal Penal de Roma. Objeto del pedido era la notificación a ciertas personas de un mandato de comparecencia en calidad de imputados ante ese tribunal extranjero. El proceso se inició por los delitos de secuestro de persona agravado y múltiples homicidios agravados, cometidos por aquéllas en el ámbito de la jurisdicción argentina en perjuicio de las personas identificadas en el exhorto. Adjuntos a los respectivos mandatos se solicitó que se intimara a los imputados a designar abogado defensor de confianza, en caso contrario se les designaría uno de oficio. El tribunal denegó el auxilio judicial requerido con fundamento en la soberanía y la competencia territorial de la República Argentina para conocer en procesos penales por delitos cometidos en el país. Tal es el argumento rechazado por el autor del comentario cuando se lo usa para los delitos contra el derecho de gentes. El texto de la sentencia "Exhorto Tribunal Penal de Roma (Italia) solicita asistencia judicial del procedimiento contra Videla, Jorge R. y otros", 8 de octubre de 1990, con nota a fallo de BIDART CAMPOS, Germán J., "El principio de la competencia territorial no rige para juzgar delitos contra el derecho de gentes: el art. 102 constitucional", puede ser consultado en El Derecho, 140-245.

(16) CSJN, 2003/08/21,Videla, Jorge, ver la sentencia en La Ley-Suplemento de Derecho Constitucional de 19/09/2003.

III. Tensión entre las obligaciones emergentes de los tratados sobre derechos humanos y los compromisos asumidos en materia de extradición

Desde que los mayores instrumentos de derechos humanos de raigambre universal e interamericana gozan de jerarquía constitucional, el principio universal o cosmopolita tiene considerable importancia para el ordenamiento interno argentino.

Las declaraciones, pactos y convenios sobre los derechos humanos, a los que explícitamente refiere el art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental (17), fueron dotados de jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia".

La expresión implica que el tratado se aplica "tal como efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" (18). Va de suyo, que ello importa tener en cuenta los términos de la ley que los aprueba y los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de la ratificación, en cada caso particular.

El citado artículo establece en su última parte que aquéllos, "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Se introduce así, una directriz interpretativa de nivel constitucional, en orden a alcanzar la armonización de las fuentes jurídicas mencionadas, sin que sea posible la contradicción de los tratados con las disposiciones del capítulo sobre "Declaraciones, Derechos y Garantías" de la propia Ley Fundamental (arts. 1 a 35).

Su simple inclusión en el texto "indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tra-

(17) Los acuerdos mencionados son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y Convención sobre los Derechos del Niño.

(18) CSJN, "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación" considerando 11, el texto de la sentencia de 7 de abril de 1995 puede consultarse en El Derecho, 163-161.

tados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir" (19)... "Que de tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución ... aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y la de los tratados tienen la misma jerarquía son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente" (20).

Desde la óptica de los derechos humanos, enfocaremos la problemática que plantea la criminalidad organizada y de carácter transnacional.

La delincuencia moderna trasciende los límites territoriales a través de formas de operar (organizaciones de narcotraficantes, trata de personas, terrorismo, etc.), en razón de la modalidad específica del delito cometido (apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo), o bien para eludir la acción represiva nacional (21). La expansión internacional de la actividad económica, se ve acompañada de la correlativa extensión de la criminalidad, lo que ha conducido a afirmar que "la criminalidad organizada es la criminalidad de la globalización" (22).

A su vez, las nuevas tendencias delictivas requieren de los Estados un mayor compromiso y cooperación para encauzar con éxito la lucha contra el crimen a nivel internacional, pues su erradicación no interesa sólo a aquél directamente perjudicado sino a todas las naciones civilizadas.

Mientras la defensa social en materia penal se ejerce principalmente en ámbitos limitados (principio territorial), la asistencia judicial internacional en materia penal surge ante la necesidad de brindar una respuesta eficaz al hecho de que, la delincuencia no se encuentra atada a esas barreras nacionales y se internacionaliza.

(19) SJN, sentencia de 27 de diciembre de 1996, "Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Estado y Servicios Públicos s/Reajustes por movilidad", con nota de BULIT GOÑI, Luis G. "Chocobar: principios para un mejor futuro previsional", ver el texto en La Ley, 1997-B-240.

(20) CSJN, considerando 22 de la sentencia de 26 de diciembre de 1996 "Monges, Analía c. Universidad de Buenos Aires" publicada en El Derecho, 173-272.

(21) FIERRO, Guillermo, "La nueva ley de extradición y entreayuda internacional" Homenaje al Profesor Dr. Jorge Frías Caballero, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata 1998, p. 161/170.

(22) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación", Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho Judicial- XIII-2003, p. 163.

La expresión más importante de la voluntad de cooperar es la que se presta por el mecanismo de la extradición, por definición político e intergubernamental, cuyo fundamento radica en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados y eventualmente castigados, por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos.

Conforme a la ley argentina sobre Cooperación Internacional en Materia Penal (23), la extradición pasiva o entrega de un ciudadano a otro Estado consiste en un procedimiento mixto, administrativo-judicial, dividido en tres etapas. El Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto tiene una doble participación activa, al inicio del trámite - tiene a su cargo dictaminar en las cuestiones que hacen al manejo político de las relaciones internacionales y a las cuestiones referentes a los requisitos formales del requerimiento - y al final del recorrido, una vez que se expidió el Poder Judicial, declarando procedente la extradición (24). Al mismo tiempo que la ley nacional consagra el principio de subsidiariedad, dada la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas (25), establece que su normativa servirá para interpretar el texto de aquéllos y que resultará aplicable en todo lo que no dispongan especialmente (art. 2).

Si se reconoce que la extradición de una persona supuesta autora de un hecho delictivo desde un Estado a otro legalmente interesado, es una de las formas en que la comunidad internacional puede combatir la impunidad, surge el interrogante si la conveniencia universal del enjuiciamiento y castigo de todos los delitos permitirá apartarse, por ejemplo, de la salvaguarda del derecho humano de la defensa en juicio.

El problema se suscitaría en el caso de solicitarse la extradición de una persona condenada *in absentia* en el país requirente, teniendo claro que el criterio rector en el procedimiento de asistencia judicial internacional, es

(23) Ley 24.767, BO, 16/1/1997.

(24) Conf. D' ALESSIO, Andrés J/DE PAOLI, Gustavo A./TAMINI, Adolfo L., "La nueva ley de extradición y cooperación en materia penal", La Ley, 1997-C, Sec. doctrina- 1175/1188.

(25) El art. 75, inc. 22 de la Carta Magna convalidó la primacía de los tratados sobre las leyes internas que había sido declarada con anterioridad por la CSJN, en la causa "Ekmekdjian, Miguel A v. Sofovich, Gerardo y otros", sentencia de 7 de julio de 1992, El Derecho, 148-338.

la colaboración entre las partes contratantes para facilitar el juzgamiento de los criminales o presuntos criminales por los tribunales del país en que han delinquido, y que, en las actuaciones sobre extradición el discernimiento judicial debe ser favorable al propósito de beneficio universal que la inspira. Aparece entonces, la tensión entre las obligaciones emergentes de los tratados sobre derechos humanos y los compromisos asumidos en materia de extradición.

Sobre el particular, procede acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha puesto de relieve que, un "Estado parte de un pacto de derechos humanos tiene la obligación de asegurar que cumple sus demás compromisos jurídicos de una forma compatible con ese pacto y que, en consecuencia, su responsabilidad internacional podría verse comprometida si la decisión de entrega sometiera al sujeto requerido al sufrimiento o al riesgo de sufrir, en el proceso penal extranjero, una flagrante denegación de justicia o un riesgo efectivo (consecuencia necesaria y previsible) de que sus derechos humanos fundamentales sean violados en jurisdicción del país requirente" (26).

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que goza de jerarquía constitucional en Argentina (art. 75, inc. 22), establece expresamente el derecho de toda persona acusada de un delito "a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor" (art 14.3.d). La Convención Americana de Derechos Humanos no menciona en términos expresos la facultad para el acusado de tomar parte en la audiencia, pues se limita a señalar, entre las garantías judiciales, que "toda persona tiene el derecho a ser oída" (art. 8.1). No obstante, para determinar el alcance de dicha garantía, cabe acudir nuevamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que interpretó el art. 6 del Convenio Europeo de Salvaguarda de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales (27) - de igual redacción al citado art.8- en el sentido de que el derecho de estar presente en la audiencia, es en materia penal, un elemento esencial del proceso justo, ya que en un procedimiento penal el abogado defensor nunca sustituye totalmente al acusado (28).

(26) Confr. decisiones en los casos Soering el 7 de julio de 1989- E.H.R.R. Serie A, v.161- y Drozd and Janowsek v. France and Spain el 26 de junio de 1992 – 14 E.H.R.R. 745, Serie A N° 240- citados en la sentencia de la CSJN, "Nardelli, Pietro A. s/ extradición", publicada en La Ley, 1998-D-854.

(27) Caso "Colozza v. Italia" del 12 de febrero de 1985, European Human Rights Report- 516.

(28) Dictamen de la Comisión Europea de Derechos Humanos emitido en el precedente citado en la nota anterior.

El desarrollo progresivo de la materia en el ámbito internacional obliga o, en su caso, faculta a los Estados a denegar la entrega en hipótesis de condenas dictadas en rebeldía del requerido, si la parte requirente no diese la seguridad del derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de defensa. En tal sentido se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe N° 2/92, al desestimar el reclamo de "Sheid Kadir Sahib Tajudeen", quien había sido extraditado por las autoridades costarricences a raíz de un pedido formulado por la República de Francia para el cumplimiento de una condena dictada en ausencia del requerido. Para así concluir, valoró que la entrega dispuesta no configuraba violación de los derechos humanos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica, pues "el hecho de que la extradición se basara en una sentencia dictada en rebeldía, en un país no miembro de la OEA, no implicaba de por sí un atentado a las garantías del debido proceso ya que el gobierno de Francia había aceptado y se había comprometido a realizar un nuevo juicio en caso de que el requerido hiciera oposición al anterior".

La Comisión tuvo en cuenta el pronunciamiento del Superior Tribunal de Costa Rica, en el que "se describen los recursos que el peticionante posee ente la justicia francesa y eventualmente ante el sistema europeo de defensa de los derechos humanos que eventualmente se estimaren lesionados por la gestión judicial en sede francesa" (29).

Ello implica que en materia de cooperación internacional a los fines de la extradición, la entrega de condenados juzgados en contumacia será admitida, siempre y cuando los antecedentes con que se acompañen las respectivas solicitudes acrediten que el régimen procesal del país requirente autoriza a los así condenados, a ser sometidos a un nuevo juicio con amplitud de debate y prueba.

1. Extradición de Pietro Antonio Nardelli

La CSJN sostuvo dicha tesis ante la insuficiencia de las informaciones suministradas por la parte que pretendía la extradición de "Nardelli", por lo que resolvió el 5 de noviembre de 1996, condicionar la decisión de entrega a que el país requirente ofreciera garantías suficientes de que el

(29) Caso 10.289 Costa Rica, del 4 de febrero de 1992, publicado en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991, págs. 77/84, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1992, conf. considerando 15 de la sentencia de la CSJN "Nardelli, Pietro A. s/ extradición" citada en nota 25.

requerido sería sometido a un nuevo juicio en su presencia, ofreciéndole la oportunidad de debida protección de sus derechos, a cuyo fin, se comunicó a la República de Italia que, de subsistir su interés en la entrega, acompañara en el plazo de 45 días información complementaria ajustando el pedido a la condición impuesta (30).

Sin apartarse de su propia hermenéutica acerca del tratado de extradición con Italia – el cual fuera aprobado por ley 23.719 (31) - la CSJN arguyó que la referencia al "condenado" o "persona buscada para la ejecución de una pena", no contemplaba al condenado *in absentia* en la medida en que el país requirente no le garantizara un nuevo juzgamiento que satisfaciera las exigencias del derecho de defensa. Afirmó también, que la interpretación a los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (art. 27), y de acuerdo a lo acordado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si se entendía que el art. 46 "alcanza la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de su derecho interno" (32).

En igual sentido, remitiéndose a la ley argentina de Cooperación Internacional en Materia Penal (33) - norma que resulta de aplicación subsidiaria ante la falta de regulación en el tratado aplicable (art. 2) - se habría descartado la entrega cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía y el Estado requirente "no diese seguridades de que el caso se

(30) Pietro Antonio Nardelli interpuso el recurso ordinario de apelación contra la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal, que confirmó la del juez federal de primera instancia, por la cual se hizo lugar al pedido de extradición formulado por el Tribunal N° 2 de Milán, República de Italia, mediante nota verbal N° 992 de 30 de setiembre de 1993. La solicitud se fundamentó en la orden de captura N° 763/88 R.G. librada el 22 de diciembre de 1988 por la comisión de hechos delictivos consumados entre el 6 de noviembre de 1987 y el 25 de enero de 1988 y calificados como asociación para delinquir con la finalidad de recepción y hurto de automóviles, supresión y falsificación de las relativas placas y de los documentos de circulación y falsificación de actas públicas. Durante la sustanciación del trámite, el país requirente presentó, el 5 de noviembre de 1993, la nota verbal N° 1092 en la que se adjuntó la sentencia por la cual el tribunal condenó a "Nardelli" a cuatro años y seis meses de reclusión. Después de ser dictada la resolución de entrega, la Embajada de Italia, mediante nota verbal N° 676 de 18 de julio de 1994, adjuntó una nueva solicitud en sustitución de la anterior, para obtener la extensión de las causales de extradición y señaló que el nuevo requerimiento se fundaba en el pase a cosa juzgada –20 de setiembre de 1993- de la sentencia antes mencionada, incluida ahora en la pena única impuesta al requerido de 10 años, 2 meses y 25 días. El texto de la sentencia puede consultarse en La Ley, 1998-D-854

(31) Adla, XLIX-D-3611.

(32) Considerando N° 16 de la sentencia "Nardelli, Pietro A. s/ extradición" antes citado.

(33) Ley 24.767 (B.O. 16/1/1997).

reabriría para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia" (art. 11, inc. d).

En reiterada jurisprudencia, la CSJN sostuvo que la condición a "nuevo juicio" reconoce el derecho del acusado a ser juzgado en su presencia y como formando parte de la garantía del debido proceso, (art. 18 de la Constitución Nacional). Igualmente subrayó que, no puede aplicarse ninguna pena sin previa audiencia del interesado, reafirmando este concepto al expresar que se comprometen principios que interesan al orden público de la Nación, cuando se priva al imputado de una personal intervención, por cuanto constituye la violación del derecho de defensa en juicio. Finalmente agregó, que la imposición de una nueva audiencia penal en presencia del condenado, tampoco puede válidamente objetarse a la luz de lo prescripto por el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados "desde que no se opone a una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens) que imponga la obligación de extraditar" a un condenado *in absentia*.

El criterio adoptado coincide con las normas y principios de derecho penal internacional que rigen en la República Argentina, de acuerdo a sus compromisos de colaboración bilaterales (34); y que también ha sido consagrado por diversos Estados en sus relaciones con otros países, a estar a las previsiones contenidas en los tratados de extradición o a nivel nacional en sus respectivos regímenes de asistencia judicial internacional (35).

2. Extradición de José Osvaldo Meli

En un caso sustancialmente análogo al examinado, la mayoría de la CSJN resolvió el 4 de mayo de 2000, denegar la extradición de "Meli" solicitada por Italia, siguiendo la línea argumental de la sentencia anterior (36).

(34) Vgr.Tratados de extradición vigentes con el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda (art. 8 in fine, ley 3043); con la República Federativa de Brasil (art. II, párrafo único, ley 17.272); con el Reino de España (art. 12, ley 23.708); y Australia (art. 6, ley 23.729).

(35) Entre otros, el Acta de Extradición inglesa de 1989; Ley de Extradición Pasiva 4/1985 de España (art. 2, párrafo 3°); el Acta de Extradición de Portugal y el Código de Procedimientos Penal italiano (con las reformas introducidas en 1988), que al resolver tales trámites remite a los criterios vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos.

(36) En la causa "Meli, José Osvaldo s/infracción ley 1612", el representante del Ministerio Público interpuso el recurso ordinario de apelación contra la sentencia por la cual no se hizo lugar al pedido de extradición emanado del Consulado General de Italia en Buenos Aires, para el cumplimiento de una pena de ocho años de prisión por los delitos de robo a mano armada y tenencia ilegítima de arma impuesta por la Corte Penal de Verona. El texto de la sentencia puede ser consultado en La Ley, 2000-D-434.

Lo que aquí interesa rescatar, son los fundamentos de los votos en disidencia (37), pues afirman que no es posible sostener, - con apoyo en la reglamentación que el proceso penal en rebeldía tiene en la ley argentina - que un procedimiento extranjero en ausencia, rebeldía o contumacia, comprometa de por sí los principios del derecho público consagrados en la Constitución Nacional, prescindiendo de las diferencias en el modo de regular el instituto por las leyes del país requirente. Ponen de relieve, además, que una interpretación de "excesivo apego al rigor formal oriundo de la ley interna argentina y no del principio de defensa en juicio en sí mismo (arts. 18 y 27 de la CN)", frustraría el objeto y fin del tratado de extradición aplicable al caso. A su vez, y en directa relación con la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, concluyen que el interesado podría eventualmente acudir a las instancias supranacionales competentes por considerar violentado su derecho a un proceso justo (art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos) y por la ausencia de un remedio eficaz para ventilar el agravio.

IV. Incidencia de la tipificación del delito en la prescripción de la acción penal o de la pena.

El instituto de la prescripción de la acción penal, tiene notable significación en la preservación de la defensa en juicio, dado las dificultades que genera el paso del tiempo para la obtención de las pruebas y para lograr una reconstrucción eficaz del hecho básico objeto de la persecución. Mientras más tiempo transcurre, las pruebas que apoyan a la prosecución también se debilitan, y es precisamente ese retraso el que limita las posibilidades del acusado de ejercer una defensa efectiva.

Al respecto, Carrara ya había enseñado que los fundamentos de la prescripción de la acción son dos: la cesación del interés especial en la punición; y el peligro de que el inocente no pueda defenderse, por el retardado ejercicio de la acción (38).

La declaración de prescripción está comprendida en el derecho inalienable que tiene todo procesado de obtener una resolución, sin que se admitan dilaciones que creen incertidumbre, tal cual lo disponen el art.

(37) Votos del Presidente de la Corte Julio S. Nazareno y del Ministro Antonio Boggiano.

(38) CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal- Parte General, volumen II, Ed. Temis, Bogotá, 1972, p. 182.

7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (39), ambos con jerarquía constitucional en Argentina a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22). El segundo convenio, además de su preocupación por los plazos de detención irrazonables, consagra el derecho de "toda persona acusada de un delito... c) a ser juzgada sin dilaciones indebidas..." (art. 14, inc. 3, c).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado "...que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad" (40).

La prescripción de la acción penal, entonces, constituye una cuestión de orden público, y la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico interamericano (41).

El derecho a tener un proceso sin dilaciones indebidas, es un concepto indeterminado, que depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso. A tal efecto, cabe traer a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a la luz del art. 6.1 del Convenio Europeo señaló: "que la duración razonable de un proceso penal había que apreciarlo según las circunstancias de cada caso en particular y que para ello debía considerarse: la complejidad del caso, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales" (42).

(39) CFed. Córdoba, sala A, 2001/08/14, V.J.C., el texto de la sentencia puede ser consultado en TRAVIESO, Juan A., Colección de análisis jurisprudencial- Derechos Humanos y Garantías, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 259/285.

(40) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso N° 11.245 Informe 12/96 del 1° de marzo de 1996.

(41) CSJN, Considerando 9° del voto de la mayoría de la sentencia de 24 de agosto de 2004, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaros/homicidio calificado y asociación ilícita y otros") causa N° 259.

(42) Sentencia del caso "König" de 28 de junio de 1978, publicada en "Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jurisprudencia 1959-1983", B.J.C., Madrid, p. 450/466, párrafo 99, citado en Considerando 10 de la sentencia de la CSJN "Kipperband, Benjamín s/estafas reiteradas por falsificación de documentos-Incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal" de 16 de marzo de 1998, ver la publicación en La Ley, 2000-B-831.

De allí que resulte necesario determinar la naturaleza del delito involucrado, porque del encuadramiento normativo de los hechos que motivan un pedido de extradición, dependerá la solución que habría que adoptar acerca de la cuestión relativa a la subsistencia o extinción de la acción penal.

El derecho internacional consuetudinario, luego reafirmado y precisado por el derecho convencional, consagra la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad "cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" (43). Dicho concepto no ha variado desde la vigencia de las primeras cláusulas dictadas en agosto de 1945 y que, según veremos en el apartado siguiente, constituyó el fundamento de la sentencia en la causa "Priebke".

Mayores dificultades presenta la calificación de los actos de terrorismo, en orden a decidir sobre su prescriptibilidad, pues si bien pueden ser considerados ajenos al concepto de delitos políticos (44) y, por ende, sujetos a extradición, la duda se plantea respecto a reconocerle la categoría de delitos de lesa humanidad, no sólo extraditables, sino también imprescriptibles.

El concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que en la Conferencia Diplomática de Roma llevada a cabo el 15 de junio al 17 de julio de 1998, al momento de seleccionar los crímenes que quedarían comprendidos dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional, no tuvo consenso para incluir en la lista - además de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión- a los actos terroristas, precisamente por el problema que presentaba arribar a una definición de general aceptación. En el Acta Final, se reconoce que éstos constituyen graves amenazas a la paz y la seguridad internacionales, razón por la cual, el examen de los citados crímenes, quedó diferido para una Conferencia de Revisión con miras a llegar a una definición aceptable, que lo habilitara a ser comprendidos dentro de la lista de crímenes de la competencia de la Corte (45).

(43) Art. 1 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, que adquirió jerarquía constitucional por ley 25. 778 (BO, 03/09/2003).

(44) El inc. f) del art. 9 de la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, N° 24. 767, excluye expresamente a los actos de terrorismo del concepto de delitos políticos. En igual sentido la Constitución Española dispone que "quedan excluidos de la extradición los delitos políticos no considerándose como tales los actos de terrorismo" (art. 13.3).

Tampoco fue posible lograr el consenso sobre su tipificación, ni sobre su consideración como crimen de lesa humanidad en la Convención Interamericana contra el Terrorismo adoptada en Bridgetown, Barbados, el 6 de marzo de 2002 (46), a pesar de la propuesta de Ecuador de incorporar un apartado 3 al art. 2 del Proyecto en tal sentido, lo que motivó que su Gobierno al momento de la firma- 3 de junio de 2002- incluyera la siguiente declaración: 1. "Deplora que los Estados Miembros no hayan podido llegar a un consenso sobre la tipificación de terrorismo y su calificación como crimen internacional de lesa humanidad".

La comunidad internacional ha manifestado su preocupación sobre este fenómeno criminal que crece cada vez más en su perfil transnacional, con la consecuente proliferación de conductas y hechos negativos (47). No obstante ello, se ha abstenido de extender la calificación de delitos de lesa humanidad a los crímenes cometidos por organizaciones terroristas, pese a la general aspiración y a las fracasadas tentativas de concretarlo. Las variadas modalidades de comisión de estos delitos, que conllevan la indefinición de los conceptos, generan un delicado equilibrio entre la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos, tanto de las víctimas de tales hechos, como de quienes resulten imputados, incluso en el ámbito de la cooperación internacional.

La extradición es considerada como un poderoso medio de prevenir la impunidad, y por consiguiente, de reducir el terrorismo, pero la cuestión se cubre de aristas cuando el pedido de entrega proviene de un Estado ligado al nuestro por un convenio que exige que la pena o la acción penal nacida del delito en que se funda el pedido, no esté prescripta, de acuer-

(45) El Estatuto de la Corte Penal Internacional- Antecedentes y textos complementarios/edición de Fernando Pignatelli y Meca- Ministerio de Defensa- Secretaría General Técnica, Madrid, 2003, p. 16.

(46) La Convención entró en vigor el 7/10/2003. Argentina la aprobó mediante ley 26.023 (B.O.18/04/2005) y depositó el instrumento de ratificación el 16/12/2005.

(47) Formulación de la Asamblea General de la ONU, 14 de enero de 1991. Posteriormente, en la Resolución 51/210 del 16 de enero de 1996 "Medidas para eliminar el terrorismo internacional", ha expresado que en el terrorismo deben ser comprendidos "los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas" y que tales actos "son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos".

do a la ley de alguna de las partes (48). Ello significa que, basta que la pena no se hubiera extinguido, según la ley del país requerido, para que se conceda la cooperación solicitada.

En un intento de dar respuesta a este dilema, en pacífica y constante jurisprudencia la CSJN ha sostenido: que "los convenios y leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a regir las relaciones entre los Estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a una potencia extranjera sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respeto a sus derechos humanos fundamentales" (49). Asimismo, ha afirmado, que el cumplimiento de tales disposiciones "se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento" (50). Igualmente, mantiene el criterio que, este tipo de procedimientos, no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, en tanto no importa el conocimiento del proceso en el fondo, ni implica decisión alguna acerca de la culpabilidad o inculpabilidad del individuo cuya entrega se requiere.

(48) Así lo establecen los siguientes instrumentos: Convención Interamericana sobre Extradición, firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 (art. 3); Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal argentino-español de 1987 (art. 9 inc. c); Convención de Extradición argentina-italiana de 1987 (art. 7, inc.b); Tratado de Extradición entre Argentina y Brasil de 1961 (art. 3, inc. c); Tratado de Extradición entre Argentina y Australia de 1988 (art. 3.1.e), entre otros.

(49) Considerando 7° de la sentencia "Manulaki, Andrés Agustín s/extradición", fallos: 321:1409. El Reino de España solicitó la extradición de "Manulaki" para el cumplimiento de la pena residual de 979 días de privación de la libertad y 90 días más en caso de insolvencia para el pago de la pena de multa también impuesta, el 26 de noviembre de 1985, por la Sección Tercera Audiencia Provincial de Barcelona, al hallarlo responsable del delito contra la salud pública previsto y penado en el art. 344, incs. 1 y 2 del Código Penal. El recurso de casación interpuesto ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo fue rechazado, quedando firme la decisión el 17 de marzo de 1987. En sede argentina, la CSJN denegó la extradición en virtud del art. 9 inc. c, del Tratado de Extradición vigente con España, por cuanto surge que entre el momento en que la sentencia dictada en el extranjero quedó firme –17 de marzo de 1987- y la fecha en que se solicitó la extradición -1 de diciembre de 1994- ha transcurrido un lapso mayor que el tiempo de la condena, por lo que de conformidad con el art. 65, inc. 3 del Código Penal argentino, la pena se hallaba prescripta.

(50) Considerando 4° de la sentencia del 14 de octubre de 2004 "Rodríguez Pizarro, Mario s/extradición".

Solamente se juzga sobre la identidad del requerido y el cumplimiento de las condiciones previstas en las leyes y tratados aplicables (51).

1. Extradición de Jesús María Lariz Iriondo

Por ese mismo carril, transitó el voto de la mayoría de la CSJN para declarar improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo (52) al Reino de España.

A tal efecto, juzgó extinguida la acción penal según la legislación argentina, respecto de los hechos en que se fundó el pedido,y pese a que la requisitoria fiscal argüía subsumir los mismos en el marco del "Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas" (53).

El Alto Tribunal no obstante, priorizó la aplicación del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal argentino-español de 1987 (ley 23.708), considerándolo pertinente a la causa, ya que dispone que la extradición no procede " c) cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición" (art. 9).

Los hechos incluidos en el pedido de extradición fueron calificados por el país requirente con invocación de las normas del Código Penal vigentes en el momento en que se produjeron, como: pertenencia a bandas armadas - organización ETA- (art. 174 bis); dos hechos de detención ilegal (art. 480); siete hechos de estrago (art. 554); dos robos de vehículo automotor (art. 516 bis); depósito de armas de guerra (art. 258); y depósito de explosivos (art. 264). En el segundo auto extranjero de 5 de marzo de 2002, que amplió el marco de imputación, se decretó el procesamiento y la prisión provisional incondicional por tres delitos de terrorismo (art. 572, inc. 1, apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato

(51) Al respecto, el auto del Tribunal Constitucional de España 113/2000, expresa que "En el proceso en vía judicial de la extradición no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un procedimiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado", citado por CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, "El objetivo de la orden europea de detención. El principio de doble incriminación", Jurisprudencia Argentina, Número Especial- Actualidad en Derecho Penal- 2006-I, p. 29.

(52) "Lariz Iriondo, Jesús María s/solicitud de extradición", 10 de mayo de 2005, L. 845, .XL. R.O.

(53) El Convenio fue adoptado en el ámbito de la ONU el 15 de diciembre de 1997 y entró en vigencia internacional el 23 de mayo de 2001.

(arts. 139, 140 y 16 del Código Penal actual que se corresponden con el derogado art. 406 que regía en el momento de los hechos).

A los fines de encuadrar los hechos imputados en la legislación argentina, se aplicó el principio del paralelismo para computar el plazo de prescripción de los hechos típicos que concurren en forma real.

Así, por un lado, al hecho calificado como asociación ilícita (art. 213 bis) se le fijó la prescripción en ocho años, por ser el máximo de pena prevista para ese tipo de delito (art. 62, inc. 2). De otra parte, entre los hechos típicos que concurren en forma ideal -tentativa de homicidio calificado (art. 80, incs. 5 y 6), lesiones graves (art. 90) y estrago agravado (art. 186, inc. 4)- el plazo de prescripción seleccionado fue de doce años, por contemplar la pena mayor.

En consecuencia, entre la fecha de inicio del cómputo -8 y 9 de octubre de 1984 por ser la de comisión del delito- y la fecha de interposición del pedido- finales de 2002- habían transcurrido 18 años y un mes, período que supera el límite de 12 años que el Código Penal argentino fija como tope máximo de prescripción de la acción para tipos penales que tienen previstas penas de reclusión o prisión temporales o, en la hipótesis más gravosa, 15 años si se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua (art. 62, incs.1 y 2).

El Procurador General de la Nación, alegó la inconveniencia de encuadrar los hechos controvertidos en las normas de la citada legislación penal, por cuanto no reflejan en toda su dimensión la conducta por la cual se solicita la entrega. Adujo que ésta no contemplaba sus características trascendentales y desconocía la magnitud de los ilícitos perpetrados por el requerido. Es por eso, que propone superar el obstáculo de la prescripción de acción penal para la legislación argentina, a partir de estimar aplicable el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, dado su carácter posterior y su especificidad en la materia.

A su juicio, las disposiciones de este convenio multilateral - ratificado por Argentina el 25 de setiembre de 2003 y por el Reino de España el 30 de abril de 1999- modifican para los delitos en él contemplados y en los que deberían subsumirse los que motivan el pedido de extradición, el tratado bilateral vigente entre las partes. Específicamente, lo referido a la prescripción de la acción penal para el país requerido como causal para denegar la colaboración internacional (art.9, inc. c).

Fundamenta su posición en "la necesidad urgente de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores", puesto que, "las disposiciones jurídicas multilaterales vigentes no bastan" para hacerles debidamente frente, al no contemplar "los atentados terroristas con explosivos u otros artefactos mortíferos" (parágrafos 7 a 9 del Preámbulo del Convenio).

Invoca, también, el principio aut dedere *aut judicare* "...en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición..." consagrado en el art. 6.4 en concordancia con el art. 8.1.

A su parecer, el principio se encuentra reafirmado en el art. 9.5, por cuanto al fijar un criterio de relación con otros tratados de extradición vigentes entre las partes, establece la modificación de esas disposiciones en la medida en que sean incompatibles con el Convenio - el art. 9, inc. c del tratado bilateral.

De allí que concluya que, un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción prevista en el derecho interno, sería incompatible con la obligación de cooperar en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada por Argentina y España en el tratado multilateral.

a) Fundamentos de la mayoría

En orden a rebatir dicha argumentación, la mayoría de la CSJN sostiene que la conclusión se apoya en una interpretación exclusivamente literal que contradice el objeto y fin del citado convenio (54), ya que desatiende el contexto en el que están insertas esas cláusulas, desconociendo además, el régimen interrelacionado de instrumentos vigentes sobre la materia (55) que debería aplicarse de manera integral para acordar plena

(54) Ampliar el ámbito material de aquellos hechos pasibles de ser calificados como "actos de terrorismo" y, por ende, delictuales.

(55) Así, la Convención Internacional contra la toma de rehenes, Naciones Unidas, 1979 (en vigor desde el 3/6/1983); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Roma, 1988 (aprobado por ley 24.209); el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves La Haya, 1970 (aprobado por decreto-ley 19.793); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal, 1971 (aprobado por ley 20.411) y su protocolo Adicional para la represión de los actos ilícitos de violencia en aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, Montreal, 1988 (aprobado por

eficacia al acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo.

Otro razonamiento se basa en que, el texto convencional no incluye ningún tipo de referencia al extremo de la prescripción de la acción penal, sea a los fines de la extradición o del juzgamiento en las jurisdicciones nacionales. Asimismo, se pone de manifiesto que al ser un complemento de los acuerdos de extradición en vigor entre los Estados Partes, al margen de las disposiciones previstas en el propio Convenio, deben cumplirse todas las otras condiciones de la extradición definidas en el ámbito del derecho internacional o por el derecho interno.

El Alto Tribunal considera que sostener lo contrario, implicaría interpretar que el tratado ha consagrado una obligación de extraditar sin condicionamientos, o de juzgar por parte de las autoridades nacionales sin sujeción a requisito alguno, lo cual resultaría opuesto al texto mismo.

b) Fundamentos de la disidencia

El juez Antonio Boggiano comparte el dictamen del Ministerio Fiscal, en el sentido de calificar los hechos delictuosos por los que se requiere la extradición, como actos de terrorismo que integran el género de los delitos *iuris gentium*, entre los que también cabe incluir el formar parte de una organización destinada a cometerlos en la formulación y ejecución de un plan común.

En este contexto, considera pertinente integrar el principio de gravedad de los delitos, con el principio de imprescriptibilidad de la persecución penal, y que no obsta arribar a estas conclusiones, la circunstancia de que la Convención internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas no estuviera vigente al momento de la comisión de los hechos en que se sustenta el pedido de extradición.

En razón de la naturaleza del delito, expresa: que "no se presenta en el caso una cuestión de conflictos de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el

ley 23.915); la Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, Naciones Unidas, 1973 (aprobado por ley 22.509); el Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, Viena, 1980 (aprobado por ley 23.620); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, Roma, 1988 (aprobado por ley 25.771; y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, Naciones Unidas, 1999 (aprobado por ley 26.024).

consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario".

En función de lo expuesto, concluye, que corresponde una interpretación de las normas internas sobre prescripción que alcance la mayor armonía con los principios, valores y normas internacionalmente reconocidas sobre delitos de lesa humanidad, pues la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de tales delitos "tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es sólo un hecho"...."El principio de imprescriptibilidad conduce a valorar los hechos que dieron lugar al proceso bajo el prisma de las valoraciones actuales que imperan en el derecho internacional humanitario. Máxime si se tiene presente que declarar la prescripción de la acción penal en el país podría dar origen a la responsabilidad internacional del estado argentino" (56).

La doctrina sentada en la sentencia, nos incita a una profunda meditación, en cuanto abre la disyuntiva entre dos opciones: una, atenernos al texto del convenio bilateral y declarar prescripta la acción penal del delito, conforme a las normas del país requerido; otra, calificar el terrorismo como delito *ius gentium* e integrar el principio de gravedad que los caracteriza, con el principio de imprescriptibilidad de la persecución penal.

c) El tratamiento jurídico de la acción terrorista en el ámbito europeo

Una de las manifestaciones relevantes de la intensificación de la cooperación en materia penal en el ámbito de la Unión Europea, es la aceptación general por parte de los Estados miembros del concepto de reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales que, a la luz de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (57), debería ser "la piedra angular de la cooperación judicial" tanto civil como penal.

El principio de reconocimiento mutuo se aplicará a las resoluciones judiciales firmes que deciden sobre el fondo, a las anteriores que ordenan la aprehensión de pruebas y productos del delito, y a la detención y pues-

(56) Considerando 124.

(57) La sesión especial sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea tuvo lugar en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999.

ta a disposición del delincuente (58). La garantía implica que cada autoridad nacional admitirá *ipso facto*, y previo controles mínimos, la solicitud de extradición de una persona cursada por la autoridad judicial de otro Estado miembro. Presupone también, la confianza en los sistemas de justicia de los demás países miembros, ligados todos ellos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (59) y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derechos fundamentales y garantías procesales (60).

En esta misma línea, la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 (61)- tendiente a aproximar las legislaciones nacionales- ha establecido la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros destinada a sustituir el conjunto de textos reguladores de la extradición, instaurando un procedimiento simplificado para la entrega de personas con vistas a su enjuiciamiento y a la ejecución de sentencias. La decisión prevé, en el apartado 2 del art. 2, una lista de 32 infracciones, entre las cuales se incluyen los delitos de terrorismo.

Deseo anticipar que no me detendré a examinar la normativa reguladora de la orden europea de detención y entrega, por cuanto excede el propósito del trabajo.

V. Imprescriptibilidad de los delitos ius gentium

La característica de la imprescriptibilidad de la acción penal tiene como consecuencia, la no afectación de la pretensión por el transcurso del tiempo respecto de los delitos calificados como de lesa humanidad.

(58) DELGADO MARTÍN, Joaquín, "La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros de la Unión Europea", Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho Judicial- XIII-2003, p. 293.

(59) BLASCO LOZANO, Ignacio, "Armonización del Derecho Penal Material y Procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea", Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho Judicial- XIII-2003, p. 275.

(60) DELGADO MARTÍN, Joaquín, art. cit., p. 294.

(61) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, explica que las decisiones marco adoptadas por el Consejo obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, sin embargo, dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, no teniendo efecto directo, en "Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación", Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional, Cuadernos de Derecho Judicial- XIII-2003, p. 165.

De acuerdo al criterio general establecido en el Preámbulo y en el art.1 del Estatuto de Roma, que determina la competencia de la Corte, esos delitos "son los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto".

Las conductas referidas, quedan encuadradas en las definiciones de crímenes contra la humanidad tipificados en el art 7 del Estatuto.

La calificación de los delitos contra la humanidad, no depende de los Estados nacionales, sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional, en cuanto es un orden que vincula a todos ellos independientemente de la existencia de un consenso previo. La punición e imprescriptibilidad de los crímenes cometidos bajo un régimen de estado de policía y adoptados como metodología programada, al igual que los crímenes de guerra, consistentes en "el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación o la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil, antes de o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados" (62), era *ius cogens* desde mucho antes de su tipificación precisa y cierta en tratados internacionales.

En efecto, la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, reconoce que es oportuno "afirmar" el principio de la imprescriptibilidad de dichos crímenes y asegurar su aplicación internacional (63).

Adviertan que utiliza el verbo "afirmar" en lugar de "enunciar", lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, tal como se desprende de los trabajos preparatorios de la Convención (64).

(62) Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 firmado por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y el gobierno provisional de Francia, por el que anunció la creación del Tribunal Militar de Nuremberg para el juzgamiento de los criminales de guerra cuyos crímenes no tuvieren localización geográfica particular. En el Estatuto del Tribunal Militar Internacional aparece, por primera vez, una definición expresa de los denominados "crímenes de lesa humanidad" (art. 6, inc. c).

(63) La Convención adquirió jerarquía constitucional por ley 25. 778 (BO, 03/09/2003).

(64) Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967.

El Preámbulo señala que, una de las razones del establecimiento de la imprescriptibilidad, fue la "grave preocupación en la opinión pública mundial" suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, "pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes".

En esta dirección, el art. 4 contiene el compromiso de los Estados Partes "de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueren necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena establecida por la ley o de otro modo, no se aplique" a esos crímenes "y, en caso de que exista, sea abolida".

En consecuencia, tratándose de los delitos mencionados, no regirían las disposiciones del derecho interno en materia de prescripción, dado que el art. 1 establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes "...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido".

La Corte Interamericana de Derecho Humanos sostuvo este criterio en el caso "Barrios Altos", al manifestar que : "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Perú..." (65).

(65) La Corte Interamericana de Derechos Humanos "reconoció la responsabilidad internacional del Estado de Perú por violaciones del derecho a la vida, integridad personal, garantías judiciales y a la protección judicial. Dispuso que las reparaciones se fijarían entre el Estado, la Comisión Interamericana y las víctimas. La Corte homologa los acuerdos que incluyen indemnizaciones y otras formas de reparación, entre otras, el otorgamiento de servicio de salud, la publicación de la sentencia en un diario peruano, el perdón público a las víctimas y la construcción de un monumento recordatorio", CIDH, 2001/ 11/30 - Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) c. Perú, La Ley – 2002-D-645.

1. Confrontación de principios y derechos constitucionales

Desde su sanción, el texto constitucional argentino previó la competencia de los tribunales nacionales para juzgar los "crímenes contra el derecho de gentes", aún cuando éstos se produjeran fuera de los límites territoriales del Estado (art. 102, actual 118).

En esa norma, el constituyente dejó plasmada la intención de colaborar con la comunidad internacional, en orden a perseguir "los crímenes aberrantes que son susceptibles de generar la responsabilidad individual para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción" (66).

La naturaleza que revisten esos delitos, llevan entrelazado un principio ya existente en el derecho internacional: el de su imprescriptibilidad.

Ahora bien, el hecho de que la legislación interna no regula ni ha regulado los crímenes contra la humanidad, como se entienden en el derecho internacional, genera lo que denominamos "la confrontación de principios y derechos constitucionales".

En efecto, corresponde examinar si la regla consuetudinaria que establece la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, puede ser aplicada retroactivamente, o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de la Carta Magna.

Según el principio de legalidad establecido por la citada disposición, el tipo penal exige para su existencia la descripción del hecho punible y las penas a aplicar, y proscribe, en consecuencia, la aplicación por analogía, o de modo extensivo la ley penal. Dicha garantía comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor, las llamadas leyes *ex post facto*, que impliquen empeorar las condiciones de los encausados (67). Es decir, la ley rige para el futuro, debe ser previa a la comisión del hecho, por lo que puede considerarse que el principio de irretroactividad de la ley penal es una parte del principio de legalidad (68).

Los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de irretroactividad de la ley penal más severa, también se encuentran enunciados en

(66) CSJN, voto del juez Juan Carlos Maqueda, considerando 22, sentencia "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", sentencia de 24 de agosto de 2004.

(67) CSJN, disidencia del ministro Augusto C. Belluscio, causa N° 259, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros".

(68) ZAFFARONI, E./ALAGIA, A./SLOKAR, A., Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 103.

la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 al proclamar, en su art. 11, apart.2, que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional.

La misma formulación contiene el inc.1 del art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, aunque de forma más precisa. El segundo párrafo aclara que la prohibición *ex post facto,* no puede ser invocada ante actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas (69).

Es el criterio también adoptado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en el segundo apartado del art. 15, pero es preciso rescatar la reserva argentina que condiciona la aplicación del precepto "al principio establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (70).

Cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, sólo prescribe que no hay condena sin ley previa al hecho del proceso, sin reiterar lo referido al derecho consuetudinario internacional (art. 9).

Tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que, "el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de la "ley penal", desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva" (71).

Si bien la doctrina continúa vigente para la interpretación de la prescripción de la acción penal para el derecho interno, ésta ha sido modificada con respecto a la normativa internacional, cuando se hizo lugar a la extradición de "Erich Priebke".

(69) Art. 7..2 "El presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

(70) El Gobierno argentino formuló la reserva en la ley 23.313 de 17 de abril de 1986 que aprobó el convenio.

(71) CSJN, caso "Mirás", fallos:287:76, citado en el considerando 21 del voto disidente del juez Adolfo Roberto Vázquez, causa N° 259, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", sentencia de 24 de agosto de 2004.

2. Extradición de Erich Priebke

El gobierno italiano requirió la extradición de Priebke para su juzgamiento por hechos calificables por los tratados internacionales como "crímenes de guerra" y "genocidio", pero que desde el punto de vista del derecho interno argentino, la acción penal se encontraba prescripta (72).

La mayoría de la CSJN, a través de votos separados, entendió que la calificación de los delitos de lesa humanidad depende de los principios del *ius cogens* del derecho internacional, y que no resultan aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno. Es decir, considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas, cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las mismas.

La doctrina asentada en la sentencia abre distintos cauces de discusión:

a) Régimen aplicable al pedido de extradición

Entre Argentina y la República de Italia, existen dos tratados de extradición, el del año 1886, aprobado por ley 3035 e invocado por la defensa sobre la base del principio de tipicidad que exigía la aplicación de la ley anterior a los hechos que motivan la solicitud de extradición; y el celebrado en 1987 (73)- al que se acogió el país requirente- cuyo art. 25 prevé expresamente la terminación del tratado anterior.

La mayoría de la CSJN, resolvió que el proceso debía regirse por el convenio vigente al momento de la solicitud de extradición, y que el art. 18 de la Constitución Nacional que consagra el principio de legalidad, no constituía un obstáculo para tal interpretación.

Desde antaño se sostuvo que dichas convenciones no constituyen leyes penales sino meras formas de procedimiento para la entrega de los proce-

(72) La República de Italia solicitó la extradición de Erich Priebke por su participación en el asesinato de 335 personas integrantes de la población civil y prisioneros de guerra, en cuya ejecución se utilizaron métodos de inusitada crueldad, unidos con elementos de selección teñidos de odio racial e inadmisible desprecio por el ser humano (hecho conocido como la matanza de las Fosas Ardeatinas). Contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca que decidió revocar el fallo de primera instancia que había concedido la extradición solicitada, el Ministerio Público dedujo el recurso ordinario de apelación previsto en el art. 24, inc. 6 del decreto-ley 1285/58, el cual fue concedido el 2 de noviembre de 1995. El texto de la sentencia "Priebke, Erich s/solicitud de extradición", puede ser consultado en La Ley, 1998-E-768.

(73) Aprobado por ley 23.719 (Adla, XLIX-D-3611. En virtud de lo dispuesto en el art. 25, el convenio entró en vigor el 1° de diciembre de 1992.

sados o condenados y, por consiguiente, son "leyes de orden público y el cumplimiento de estas disposiciones, rigen los hechos anteriores sujetos a extradición, sin que el refugiado pueda oponer contra ellas ningún derecho adquirido, porque el interés de todos, la justicia y las buenas costumbres exigen la inmediata aplicación de esas leyes, salvo disposición en contrario" (74).

b) Doble incriminación

El art. 2 del tratado de 1987, dispone que el hecho en que se funda la requisitoria sea punible para el ordenamiento jurídico del país requerido, es decir, que las conductas correspondientes, sean punibles según las leyes de ambas partes con pena privativa de la libertad personal, cuyo máximo no sea inferior a dos años (75).

Las autoridades italianas calificaron el delito como "participación en violencia con homicidio continuo agravado por haber provocado la muerte de 335 personas el día 24 de marzo de 1944, actuando en concurso con otras personas y mediante el uso de armas de tiro..." A los fines de cumplir con el recaudo de la doble subsunción, cabe señalar que, el tribunal del país requerido, no puede modificar el encuadre legal efectuado por su par extranjero porque se trata de una función ajena al trámite de extradición y propia del proceso penal pertinente.

Desde esta perspectiva, la mayoría del superior tribunal expresó que, debe estarse a la sustancia criminal del hecho, con prescindencia del apego estricto al *nomen iuris* del tipo legal que evita que la eficacia del instituto de la extradición se vea frustrada con motivo de las diferencias propias que reconocen las calificaciones legales de los países que asumen

(74) CSJN, votos de los doctores Julio Nazareno y Eduardo Moliné O' Connor, considerando 12.

(75) La ley argentina sobre Cooperación Internacional en Materia Penal de 1997 también exige la doble incriminación y la pena es un elemento objetivo de determinación de gravedad. El art. 6 manda que el delito se encuentre castigado en ambas legislaciones con una pena privativa de la libertad con mínimo y máximo cuya semisuma sea al menos de un año; y si la extradición se solicitara para que la persona cumpla o termine de cumplir una pena anteriormente impuesta, que la pena que faltare cumplir fuese no menor de un año.

la cooperación internacional, siendo suficiente que los tipos penales contengan los mismos elementos (76).

Que los hechos imputables a "Priebke" - al participar de la naturaleza de crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio - constituyan hechos delictivos sancionados por el derecho internacional general, los tornaría en delitos extraditables, por estar excluidos de la categoría de delitos políticos.

La calificación de los delitos contra la humanidad, no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición, sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional.

Por consiguiente, en la medida que los delitos contra el derecho de gentes se encuentren reconocidos por el ordenamiento jurídico argentino (CN, art. 118), correspondería tener por acreditado –al solo efecto de la doble subsunción o doble incriminación exigida por el art. 2- el carácter delictual del hecho que dio motivo al pedido de extradición.

Este criterio encuentra su fundamento en que el constituyente, al fijar la jurisdicción internacional penal de la República Argentina para el juzgamiento de los delitos *iuris gentium*, aún cuando fuesen cometidos fuera de los límites de la Nación, sólo habilitó al legislador para que en este último supuesto determinase por "una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio". El citado precepto se complementa con el art. 18 del mismo cuerpo legal que establece el principio de legalidad y de irretroactividad, ya que el art. 118 incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad (77).

(76) El Tribunal Constitucional de España ha declarado que "es preciso desterrar la idea que subyace a la demanda de que el principio de doble incriminación equivale a una identidad de normas penales de ambos Estados", añadiendo que "el significado de este principio consiste en que el hecho sea delictivo y con una determinada penalidad en las legislaciones penales del Estado requirente y del Estado requerido", ATC 23/1997, de 27 de enero, citado por BLASCO LOZANO, Ignacio, en "Armonización del Derecho Penal Material y Procesal: la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea", art. cit. p. 316.

(77) CSJN, "Lariz Iriondo, Jesús María s/solicitud de extradición", 10 de mayo de 2005, L. 845, .XL. R.O., voto del juez Antonio Boggiano, considerando 124.

c) Prescripción de la acción penal.

El art. 7, inc. b, del tratado bilateral, establece que la extradición, no se concederá "si de acuerdo a la legislación de la parte requirente o de la parte requerida, la acción penal o la pena se encontrare prescripta".

Según las disposiciones del derecho interno italiano, al delito calificado de crimen de guerra correspondía la aplicación de la pena perpetua declarada imprescriptible.

Nace así la dialéctica entre el plazo de prescripción de la acción establecido por el art. 62 del Código Penal argentino –15 años- y el carácter imprescriptible de la acción penal relativa a los "crímenes de guerra" o de "lesa humanidad" a la luz del "derecho de gentes", que no tiene prevista pena para ese delito.

En orden a resolver la cuestión planteada en favor de la imprescriptibilidad para crímenes de modalidades tan graves, la mayoría de la CSJN recurrió a la costumbre internacional y a los principios generales del derecho internacional, por entender que forman parte del derecho interno argentino (78).

(78) Entre otros antecedentes se mencionan: el art. 228 del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 según el cual "el gobierno alemán reconoce a las potencias aliadas y asociadas la libertad de someter a sus tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra...); el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, por el que se crea el Tribunal Militar de Nuremberg y se anexa su Estatuto en el cual aparece, por primera vez, una definición expresa de los denominados "crímenes de lesa humanidad" (art. 6, inc. c); Proclama Especial de 1946 de Creación de un Tribunal Internacional para el Lejano Oriente; el Acta Final de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz celebrada en Chapultepec -meses de febrero y marzo de 1945- repudió los crímenes de guerra acaecidos en la segunda guerra mundial como "horrendos crímenes en violación de las leyes de la guerra, de los tratados existentes, de los preceptos del Derecho Internacional, de los códigos penales de las naciones civilizadas y de los conceptos de civilización", documento al que adhirió la República Argentina por decreto N° 6945/45, aprobado por ley 12.837; y resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 170 (II) del 31 de octubre de 1947, en donde se refleja el interés de la comunidad internacional porque los "crímenes de guerra" fueran debidamente sancionados y juzgados. En el año 1965, ante la posibilidad de que algunos Estados declararan prescripta la acción nacida de estos tipos de delitos, fue sometida a debate en los foros internacionales la cuestión acerca de su prescripción, aprobándose el 26 de noviembre de 1968 la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Cabe destacar que Argentina se abstuvo de votar la convención en el ámbito de las Naciones Unidas, aunque posteriormente la ley 25. 778 (BO, 03/09/2003) le otorgó jerarquía constitucional. Resulta también de interés mencionar los Estatutos de creación de Tribunales Penales Internacionales ad hoc para los hechos acaecidos en la ex -Yugoslavia y Ruanda en la década de 1990 y el Estatuto de Roma de 1998, mediante el cual se acordó la creación de una Corte Penal Internacional con competencia en esa categoría de ilícitos internacionales.

Así también juzgó que, en la medida en que la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el art.118 de la Constitución Nacional, implicaría una vulneración a dicho ordenamiento, si se limitase a subsumir los hechos como homicidios en el marco de las disposiciones del Código Penal o, incluso del Código de Justicia Militar en cuanto a él remite, con la consecuencia de que el transcurso del tiempo purgaría este tipo de ilegalidades.

Sobre esos ejes fundamentales, resolvió revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la extradición.

La línea argumental de los votos en disidencia se asentó, especialmente, en el requisito de la doble incriminación y en la prescripción de la acción penal.

En cuanto al primer recaudo, se afirmó que la falta de pena prevista para los delitos del derecho de gentes en los que habría incurrido "Priebke", impediría tener por configurado el requisito de la doble incriminación, lo que hacía innecesario el examen del tema atinente a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción penal relativa a los crímenes de guerra, pues dicha cuestión presupone una conducta punible que no surge del mencionado derecho.

La minoría complementa su tesis, sosteniendo que, no existe convención internacional que sancione los crímenes de guerra con una determinada pena aplicable por las naciones adheridas, ni hay norma en la legislación italiana o en la argentina que prevea una pena diferente de la reservada para el homicidio, o que regule el carácter prescriptible o no de la acción o de la pena. El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados al requerido de extradición, no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente -*nulla poena sine lege*, art. 18 de la CN- mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo (79).

Grave objeción contra este argumento formula Raúl Vinuesa, al aseverar que se ha desconocido la costumbre como fuente generadora de obligaciones para los Estados, cuando éstos -como en el caso argentino- han "comprometido su aquiescencia y por lo tanto su responsabilidad interna-

(79) Voto de los doctores Belluscio y Levene.

cional respecto a su observancia", puesto que el "contenido de la ley previa pueda exprese en una costumbre internacional" (80).

3. Causa Enrique Lautaro Arancibia Clavel

A pesar del tiempo transcurrido desde la sentencia "Priebke", el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) respecto a la imprescriptibilidad de la acción penal para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, sigue dividiendo la respuesta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.

La causa que desencadenó votos separados de la mayoría y tres disidencias fundadas en posiciones claramente inconciliables, tuvo su origen en la condena a reclusión perpetua impuesta a "Arancibia Clavel", por considerarlo partícipe necesario del homicidio del matrimonio Prats Cuthbert y por pertenecer a una asociación ilícita que contaba con al menos diez miembros, y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exilados en Argentina. Esto incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para su reutilización previa falsificación, etc.(81)

La Cámara de Casación resolvió que la acción penal se encontraba prescripta, por cuanto desde la fecha en que el imputado dejó de cometer el delito (la de su detención, 24 de noviembre de 1978) hasta su llamado a prestar declaración indagatoria (15 de mayo de 1989), transcurrieron más de diez años (Código Penal, arts. 59, inc.3, 62, inc. 2, 63, 67 páarr. 4 y 210).

Nuevamente se abre la confrontación de principios y derechos constitucionales y, tal circunstancia obliga al juez a extremar la ponderación de los valores e intereses en juego en el caso concreto para dar la respuesta más adecuada, con el objetivo primordial de afianzar la justicia.

A los efectos de tipificar la conducta de Arancibia Clavel como un delito de lesa humanidad, la mayoría de la CSJN recurrió, entre otros instrumentos jurídicos internacionales, al Estatuto de Roma, que incluye dentro

(80) VINUESA, Raúl Emilio, "La aplicación del Derecho Internacional Humanitario por los tribunales nacionales. La extradición de criminales de guerra a propósito del caso "Priebke, Erich s/solicitud de extradición", causa 1663/94, Lecciones y Ensayos, p.340.

(81) CSJN, sentencia de 24 de agosto de 2004, causa N° 259 "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros".

del concepto de crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, las formas tradicionales de participación (art. 25, inc. 3, aps. a, b y c), así como la contribución "en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común" (art. 25, inc. 3, ap. d), cuando dicha contribución es efectuada "con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de competencia de la Corte" (ap. d. i).

Sostuvo, además, que en el marco de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la pertenencia del condenado a una agencia ejecutiva que operaba al margen del control jurisdiccional y del control del poder punitivo, no sólo dentro de las fronteras del Estado chileno, sino también fuera de él, ya eran considerados crímenes contra la humanidad al momento de cometerse, derivándose como lógica consecuencia "la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad" (82).

En suma, la aplicación de las disposiciones del derecho interno sobre prescripción, constituye una violación del deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional, ya que "el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario" (83).

La disidencia basó su dictamen en el requisito de la *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, al que no se le puede oponer la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad de 26 de noviembre 1968, en la medida que ha sido ratificada y adquirió jerarquía constitucional, con posterioridad a la comisión de los hechos investigados. Adujo que resulta peligroso para la seguridad jurídica y la convivencia internacional, que se entienda que el *ius cogens* puede tipificar delitos (84). Asimismo, se destacó que una solución contraria, vulneraría la defensa en juicio, en tanto el imputado no habría tenido en esta instancia la posibilidad de cuestionar la calificación de crimen

(82) Considerando 34 de la sentencia antes citada.

(83) Considerando 29 del voto del doctor Antonio Boggiano.

(84) Considerandos 30 y 32 de la disidencia del juez Roberto Vázquez.

de lesa humanidad, y la consiguiente imprescriptibilidad de la acción penal. (85)

La necesidad de encuadrar los hechos reprobados por la comunidad internacional en los tipos penales vigentes en nuestro país o, la aplicación de la Convención de 1968 sólo a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor, en modo alguno implicaría eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad que les cabe, por cuanto la fecha a tener en cuenta, no es la de la incorporación de esos delitos a las normas internas, ni la del consentimiento del Estado en obligarse por tratados que tipifican la conducta criminal, sino "la de su cristalización en las normas generales del Derecho internacional" (86).

CONCLUSIONES

La jurisprudencia argentina, acerca de la cual prioritariamente me he referido, brinda la posibilidad de delinear y fijar a través del análisis de sus fallos los alcances que se han dado a algunos institutos postulados por el derecho penal internacional. No obstante ello, la reseña efectuada, más que evidenciar o discutir la justicia de las argumentaciones dadas, ha tenido por objeto dejar al descubierto los grandes interrogantes y fundadas discrepancias que la interpretación o admisión de ciertos principios de punibilidad universal traen aparejados.

Confieso que el diseño abierto e indeterminado de casi todos los acápites en que se divide esta propuesta, no sólo no es inocente, sino que ha sido razonada en toda su intencionalidad.

En efecto, estimo - y de allí que lo haya privilegiado - que dado el carácter de foro internacional como el que nos convoca, es al cónclave a quién le corresponde dar los lineamientos finales de los dilemas planteados, sin reparar tanto en la expresión de voluntades individuales, por más enjundiosas que ésta sean, puesto que aquí se vuelve a poner en tensión una de las más altas aspiraciones de la humanidad, que es la justicia.

(85) Disidencia de los doctores Carlos S. Fayt y Augusto C. Belluscio.

(86) Cfr. REMIRO BROTÓNS, Antonio, "Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial", en El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial, VII-2001, Madrid, p. 93.

Por ello, para justificar nuestra presencia aquí, debemos intentar hacer más equitativa la defensa y aspiración universal de que los crímenes no queden impunes, pero sin olvidar ni descuidar por ello el valor de la "seguridad jurídica", que en definitiva, es la razón de ser que nos avala como juristas, erigiéndonos en defensores de ese arduo y doloroso camino que tantas penurias ha infringido a nuestra especie.

Que ese derrotero que los propongo, no sea un retroceso, sino por el contrario, un avance para consolidar las garantías individuales que hicieron de Occidente el paradigma del Orbe en materia de derechos humanos.

La excepción de prescripción, independientemente del objeto a que aluda de la acción o de la pena: ¿estaría configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, habida cuenta que se trata de delitos contra el derecho de gentes que la comunidad internacional se ha comprometido a erradicar?

A mi entender, sería preciso examinar la cuestión de la prescripción de forma diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad.

Si bien es cierto que a pesar de la inexistencia de una categoría penal autónoma en el derecho interno, los crímenes de lesa humanidad cuentan con arraigo en el derecho internacional consuetudinario, también es cierto que la seguridad jurídica se afianzaría con su tipificación en la legislación interna de forma compatible con las descripciones contenidas por ejemplo, en el Estatuto Penal de Roma.

Si reconocemos que el terrorismo en sus variadas formas y manifestaciones constituye una grave amenaza para la paz y la seguridad de los pueblos, y que, su persecución interesa no sólo al Estado directamente perjudicado por sus acciones, sino a las demás naciones civilizadas: ¿cuáles serían sus alcances y formas adecuadas de persecución y punición?

La lucha contra el terrorismo presupone el deber moral de contribuir a crear condiciones para que no nazca ni se desarrolle. Pero el acatamiento de esa obligación, debe ir acompañado de los principios de un Estado de Derecho, ya que no sería aceptable la solución de la derrota del terrorismo con prescindencia de los derechos humanos fundamentales.

La forma de combatir la creciente internacionalización de la delincuencia, se concreta a través de una intensa y plena cooperación entre los Estados, ya por vía convencional, ya por la aproximación de las normas sustantivas en los elementos constitutivos y en las penas.

La extradición está considerada generalmente como un medio eficaz para combatir la impunidad contra los crímenes más graves. De allí que resulte conveniente simplificar o facilitar más los procedimientos de entrega extradicional de los inculpados o sospechosos, sin que esta propuesta implique dejar de lado el efectivo respeto de los derechos fundamentales y de las garantías procedimentales.

Es indudable que hoy como antaño deberemos demostrar la certeza de la antigua máxima jurídica "summum ius summa iniuria", es decir, evitar que un derecho innegable se transforme en una irritante injusticia cuando, llevado a sus últimos límites, invade la esfera de otros derechos, tornándolo en inequitativo e irritante, al modo que el inefable Shakespeare nos lo muestra en la tragedia del "Mercader de Venecia".

LA SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dr. D. Manuel E. VENTURA ROBLES(1)
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I.- Introducción.

II.- El caso de Trinidad Y Tobago.

III.- Las propuestas hechas por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, los Estados de Chile y Uruguay y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus proyectos de Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre el actual texto del artículo 65 de la misma.

IV.- La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969.

V.- La propuesta de solución presentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los órganos pertinentes de la OEA en relación con la implementación del artículo 65 de la Convención Americana.

---

(1) Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Miembro del "International Law Association", de "The American Society of International Law"; Miembro del "Consejo Editorial de la Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos"; Miembro Honorario de la "Asociación Costarricense de Derecho Internacional" y Miembro *ex oficio* de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Correo electrónico: manuelventura@corteidh.or.cr

VI.- La solicitud de interpretación de sentencia en el caso Baena Ricardo y otros presentada por el Estado de Panamá.

VII.- Como funciona actualmente el sistema en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA y la necesidad de modificarlo.

VIII.- Las consecuencias de la laguna existente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos para dar efecto útil al artículo 65 de la misma.

IX.- Propuesta de solución.

X.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN

1. Durante muchos años fui testigo principal, como Secretario Adjunto y Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "La Corte" o "la Corte Interamericana"), desde 1979 hasta 2003, de los problemas que se presentaban y, se siguen presentando al Tribunal, durante la ejecución de las sentencias que éste dicta en ejercicio de su función jurisdiccional.

2. Con el propósito de poder determinar si un Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") ha cumplido con las reparaciones ordenadas en la sentencia, la Corte ha tenido que implementar un procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias, para lo cual no existen disposiciones reglamentarias, pero hoy en día sí una base jurisprudencial, que ha resuelto la controversia que se presentó cuando Panamá cuestionó las facultades del Tribunal para realizar dicha supervisión.

3. En la práctica que se sigue ante el Tribunal, se analizan los informes de cumplimiento que presentan las partes en el caso y que son los representantes de las víctimas, el Estado y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana"), y se determina el grado de cumplimiento que la sentencia ha alcanzado. Generalmente se solicitan varios informes antes de cerrar el caso o informar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante "la Organiza-ción" o "la OEA") el incumplimiento de la sentencia.

4. Esa preocupación que tengo sobre la ejecución y supervisión de las sentencias de la Corte, hizo que como Juez de la Corte emitiera un voto razonado en el año 2005 en el Caso Caesar, ante la renuencia de Trinidad y Tobago de brindar e informar al Tribunal sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte en el caso Hilaire, Benjamin y otros contra dicho Estado.

5. Por dicha razón, cabe analizar en este trabajo, lo ocurrido con Panamá y Trinidad y Tobago, para presentar a los Miembros del Instituto Hispano- Luso-Americano y Filipino de Derecho Interna-cional (IHLA-DI), que se reunirá en Granada, España, en el mes de septiembre de este

año 2006, una propuesta de solución al respecto. Es conveniente referirse, en primer lugar, lo ocurrido con Trinidad y Tobago.

II.- EL CASO DE TRINIDAD Y TOBAGO

6. Cabe recordar, antes que nada, que Trinidad y Tobago depositó su instrumento de ratificación de la Convención Americana el 28 de mayo de 1991, en la Secretaría General de la OEA, y que ese mismo día reconoció la competencia contenciosa de la Corte. Posteriormente, de acuerdo con el artículo 78 de la Convención Americana, el Estado procedió a denunciar la misma, denuncia que surtió efecto un año más tarde, el 26 de mayo de 1999. Consecuentemente, la Corte se declaró competente, en su momento, para conocer los casos *Hilaire, Constantine, Benjamin* y otros, así como en el caso de *Winston Caesar,* debido a que los hechos que se refieren a todos estos casos ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigor de la denuncia hecha por el Estado.

7. Es de hacer notar que si bien Trinidad y Tobago, entre los años 1997 y 2000, presentó escritos a la Comisión Interamericana en relación con los casos *Hilaire, Constantine, Benjamin* y otros, en el caso *Caesar*, Trinidad y Tobago, con posterioridad a la presentación de la denuncia en la Comisión el 13 de mayo de 1999, no presentó ante este órgano de protección convencional ningún escrito con observaciones sobre la admisibilidad de la misma, pese a las peticiones de la Comisión en ese sentido, ni tampoco presentó la información que la Comisión le solicitó durante la tramitación del fondo del caso. El 10 de octubre de 2001 la Comisión Interamericana aprobó el Informe de Admisibilidad No. 88/01 y, el 10 de octubre de 2002, adoptó el Informe sobre el Fondo No. 35/02. Finalmente el 16 de febrero de 2003, la Comisión sometió el caso a consideración de la Corte.

8. Debe señalarse también que si bien Trinidad y Tobago compareció ante la Corte en la tramitación inicial de los casos *Hilaire, Constantine, Benjamin* y otros y presentó excepciones preliminares argumentando que la Corte carecía de competencia para conocer esos casos, una vez que el Tribunal rechazó las excepciones preliminares el 1 de septiembre de

2001 (2) y asumió jurisdicción, el Estado, en cuanto al procedimiento del fondo ante la Corte, no contestó las demandas, no nombró representantes ni tampoco designó Juez *ad hoc*. Lo mismo ha sucedido durante la tramitación del fondo del caso *Caesar* ante la Corte Interamerica-na.

9. Con posterioridad a que la Corte dictó sentencia de fondo y reparaciones en los tres casos citados, el 21 de junio de 2002 (3), el Estado no ha proveído a la Corte con información alguna sobre el cumplimiento de la sentencia pese a la gravedad de los temas involucrados, entre ellos el derecho a la vida. Esto obligó al Tribunal en su Informe Anual correspondiente al año 2003, de acuerdo con el artículo 65 de la Convención Americana, a comunicar a la Asamblea General que:

> En el caso "Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago", el Estado no ha cumplido con su deber de informar a la Corte sobre las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento efectivo a lo ordenado por el Tribunal en su sentencia de fondo y reparaciones del presente caso.
>
> Al respecto, la Corte insta a la Asamblea General de la OEA que exhorte al Estado de Trinidad y Tobago para que informe al Tribunal sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento con su sentencia (4).

Esta comunicación de la Corte a la Asamblea General no produjo efecto alguno, por las razones que se darán más adelante.

10. Aún más, el derecho a la vida de las víctimas de los casos mencionados, condenados a pena de muerte, fue protegido mediante medidas provisionales por la Corte y, pese a esto, el Estado procedió a ejecutar a dos de ellos, los señores Joey Ramiah y Anthony Briggs, en abierto desacato a lo ordenado por la Corte. Esto ocurrió el 4 de junio y 28 de julio de 1999, respectivamente, por lo que la Corte, en su Informe Anual

---

(2) Corte I.D.H., *Caso Hilaire. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80; Corte I.D.H., *Caso Benjamin y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81; y Corte I.D.H., *Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82.

(3) Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

(4) Corte I.D.H. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2003, OEA/Ser.L/V/III.62 Doc. 1, pág. 45.

correspondiente al año 1999, comunicó a la Asamblea General, también sin éxito alguno, lo siguiente:

> El 24 de mayo de 1999 la Corte envió una nota al Presidente del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, señor Julio César Araoz, refiriéndose al incumplimiento de Trinidad y Tobago de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana. Debido a que el incumplimiento, señalado en el Informe Anual de la Corte correspondiente al año 1998, no había sido incorporado en la parte resolutiva de las recomendaciones emitidas por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización a la Asamblea General, la Corte solicitó al Presidente del Consejo Permanente incluir un párrafo resolutivo en el proyecto de resolución a ser sometido a la Asamblea General en el cual se exhortara al Estado a dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte con respecto de las medidas provisionales en el caso James y otros. La Corte también solicitó al Presidente del Consejo Permanente someter la presente nota a la sesión que dicho Consejo celebraría el día 26 de mayo siguiente.
>
> El 25 de mayo de 1999 la Corte envió una segunda nota al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, acusando recibo de su nota del día anterior, y reiterándole la necesidad de incluir un párrafo resolutivo sobre el incumplimiento de los mandatos del Tribunal por parte de Trinidad y Tobago para que el mismo fuera conocido y decidido en el seno del Consejo Permanente de la OEA.
>
> El 28 de mayo de 1999 la Corte envió una nota al Secretario General de la OEA, señor César Gaviria, en la cual se refirió al incumplimiento, por parte de Trinidad y Tobago, de las resoluciones emitidas por la Corte. Debido a que dicho incumplimiento no había sido incorporado en la parte resolutiva del proyecto de resolución por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos ni por el Consejo Permanente de la Organización, la Corte solicitó al Secretario General poner dicha nota "en conocimiento de las autoridades del Vigésimo Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA".
>
> Durante la presentación del Informe Anual de la Corte ante el Consejo Permanente de la OEA, el Presidente de la Corte dejó constancia del incumplimiento, por parte del Estado de Trinidad y Tobago, de varias resoluciones de la Corte en materia de medidas provisionales en el caso James y otros, en trámite ante la Comisión Interamericana.
>
> El 4 de junio y el 28 de julio de 1999 el Estado ejecutó a los señores Joey Ramiah y Anthony Briggs, respectivamente, ambos beneficiarios de las medidas provisionales ordenadas por la Corte (5).

En el Informe del año anterior, 1998, debido a la falta de cooperación del Estado en la implementación de las ya citadas medidas provisionales en los casos *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros,* la Corte se vió en la necesidad de informar a la Asamblea General de la OEA lo siguiente:

> El 22 de mayo de 1998 la Comisión Interamericana, de acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención Americana y 25 del Reglamento de la Corte, presentó a la Corte Interamericana una solicitud de adopción de medidas provisionales en favor de cinco personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de Trinidad y Tobago (Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony Garcia y Christopher Bethel) y cuyos casos se encuentran en consideración de la Comisión.
>
> El 14 de junio de 1998, la Corte ratificó la resolución del Presidente del 27 de mayo de 1998, en la cual había adoptado medidas urgentes para preservar la vida de dichas personas debido a que su ejecución dejaría sin objeto cualquier decisión a tomar en relación con estas medidas.
>
> Posteriormente, la Comisión presentó tres solicitudes de ampliación de las medidas adoptadas en este caso. Por medio de resoluciones de 29 de junio, 13 de julio y 22 de julio de 1998, dictadas, respectivamente, en favor de los señores Darrin Roger Thomas, Haniff Hilaire y Denny Baptiste, el Presidente requirió al Estado adoptar las medidas necesarias para preservar la vida e integridad de dichas personas.
>
> La Corte convocó al Estado de Trinidad y Tobago y a la Comisión a una audiencia pública que celebraría en su sede el 28 de agosto de

(5) Corte I.D.H. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1999, OEA/Ser.L/V/III.47 Doc. 6, pág. 41.

1998. El 11 y 27 de dichos mes y año, el Estado de Trinidad y Tobago comunicó a la Corte que no asistiría a la audiencia y que no aceptaría responsabilidad alguna como consecuencia de la falta de la Comisión Interamericana para organizar sus procedimientos en relación con casos sometidos a ella de personas procesadas a pena de muerte dentro de los plazos establecidos en el derecho interno de Trinidad y Tobago.

El 19 de agosto el Presidente envió una nota al Primer Ministro del Estado de Trinidad y Tobago en la que indicó la preocupación de la Corte por la negativa del Estado a participar en la audiencia dicha.

El 28 de agosto de 1998 la Corte celebró en su sede la audiencia pública y después de escuchar las observaciones de la Comisión, el 29 de agosto de 1998 dictó una Resolución ratificando las decisiones de su Presidente de 29 de junio, 13 de julio y 22 de julio de 1998 y solicitó a Trinidad y Tobago que tomara todas las medidas necesarias para preservar la vida e integridad física de Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony Garcia, Christopher Bethel, Darrin Roger Thomas, Haniff Hilaire y Denny Baptiste, así como no obstruir el procedimiento de sus casos ante el sistema interamericano. Dicha resolución fue notificada al Estado.

El 1 de septiembre de 1998, el Estado informó que, en el futuro, no se referiría más a este asunto ni con la Corte ni con la Comisión.

A la fecha de redacción del presente informe, el Estado no ha presentado ninguno de los informes periódicos que le fueron requeridos por la Corte en su resolución de 29 de agosto de 1998, pese a constantes solicitudes del Tribunal en este sentido (6).

La Corte ha constatado la negativa del Estado a reconocer la obligatoriedad de sus decisiones en este asunto y, en lo particular, su no comparecencia ante el Tribunal pese a haber sido debidamente convocado y la falta de cumplimiento de lo resuelto con respecto a los informes periódicos.

(6) Después de la fecha de elaboración del Informe correspondiente al año 1998, con fecha 5 de febrero de 1999, el Estado de Trinidad y Tobago envió una comunicación a la Corte mediante la cual solicitó al Tribunal confirmar que las medidas adoptadas en favor del señor Anthony Briggs, habían sido levantadas debido a que la Comisión Interamericana emitió el informe No. 64/98 el 3 de noviembre de 1998. Al respecto, el Estado manifestó que había presentado dicho Informe al Comité Consultivo en Materia de Indultos, el cual "estudiará en su próxima sesión la recomendación de la Comisión en lo referente a la indemnización y consideración de la liberación o conmutación de la pena en el caso de Anthony Briggs".

De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que la República de Trinidad y Tobago, Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no ha dado cumplimiento a sus decisiones respecto de las medidas provisionales adoptadas en el caso James y otros, por lo que solicita que la Asamblea General inste a la República de Trinidad y Tobago a cumplir con las resoluciones de la Corte.

También la Corte desea dejar constancia de su preocupación debido a la denuncia de la Convención Americana que hiciera Trinidad y Tobago y de la cual notificó a la Secretaría General el 26 de mayo de 1998. Esa decisión, que no tiene precedentes en la historia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, no surte efectos en cuanto al cumplimiento de las medidas provisionales anteriormente examinadas, pues el artículo 78.2 de la Convención Americana dispone:

> ... Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

Finalmente, la Corte considera que, si bien la denuncia de un instrumento internacional es un derecho de los Estados Partes en él, en los tratados de derechos humanos, debido a su especial naturaleza, esa denuncia afecta como un todo al sistema internacional o regional de derechos humanos de que se trate, lo cual, en este caso particular, justifica una gestión de parte de la Asamblea General de la Organización tendiente a obtener que Trinidad y Tobago reconsidere dicha decisión (7).

No hubo ningún pronunciamiento de la Asamblea General al respecto.

11. La pregunta que cabe hacerse es: ¿cómo es posible que esto suce-

(7) Corte I.D.H. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1998, OEA/Ser.L/V/III.43 Doc. 11, págs. 35, 36 y 37.

da si en la Carta de la OEA, en su capítulo II denominado Principios, en su artículo 3.L, se establece que "Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo"? (8). Además, los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, en la Declaración de la Ciudad de Québec emitida en el año 2001 (9), expresaron que su "compromiso de asegurar el pleno respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales se basa en principios y en convicciones compartidos", y apoyaron, lo mismo que ha hecho la Asamblea General en reiteradas ocasiones,

> "el fortalecimiento y perfeccionamiento de la eficacia del sistema interamericano de derechos humanos, que incluye la Comisión Interamerica-na de Derechos Humanos y la Corte Interame-ricana de Derechos Humanos" (10).

12. Pero, además, cabe preguntarse también ¿por qué razón el artículo 65 de la Convención Americana, que señala la obligación de la Corte de informar a la Asamblea General de la OEA de los incumplimientos de sentencias, no incluyó un procedimiento y una institución dentro de la organización, que tuviera la responsabilidad de implementar tal disposición?

13. La pertinencia de estas preguntas es aún mayor si, como se ha debidamente fundamentado, el texto de la Convención Americana se basó, en muchos aspectos, en el del Convenio [Europeo] para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, que en su artículo 46 dispone lo siguiente:

> Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias
>
> 1 Las Altas partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios que sean partes.

(8) O.E.A. *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

(9) Tercera Cumbre de las Américas, *Declaración de la Ciudad de Quebec*, 20-22 de abril de 2001.

(10) O.E.A. *AG/RES. 1925 (XXXIII-O/03)* "Fortaleci-miento de los Sistemas de Derechos Humanos en Seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas", Resolución aprobada en la cuarta session plenaria, celebrada el 10 de junio de 2003.

> 2 La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

Pero, por su parte, el texto del artículo 65 de la Convención Americana únicamente señala:

> La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

La comparación de ambos textos pone en evidencia que en el sistema europeo de derechos humanos existe un órgano colegiado de carácter político, el Comité de Ministros, encargado de velar por la ejecución de las sentencias, mientras que en el sistema interamericano no existe tal órgano, por lo que la propia Corte, en uso de los poderes inherentes a su jurisdicción, ha tenido que asumir la tarea de verificar el cumplimiento de las sentencias para poder determinar si existe o no un incumplimiento con el fin de informar, al tenor del artículo 65 de la Convención Americana, de lo sucedido a la Asamblea General. Surge entonces una nueva pregunta porque, luego de presentado el informe por la Corte, como ha acontecido en una ocasión, la Asamblea General exhortó al Estado de Suriname a brindar al Tribunal la información requerida (11), hecho que posteriormente permitió archivar los casos *Aloeboetoe y otros* y *Gangaram Panday*.

Y, en el caso de Trinidad y Tobago, eso no sucedió. La pregunta es: ¿no existe una evidente laguna en la Convención Americana y, concretamente, en el texto del artículo 65? ¿Cómo se puede solventar esa situación que, como se verá más adelante, está afectando seriamente la labor de la Comisión, de la Corte y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos como un todo?

Para responder a esta pregunta se deben investigar los antecedentes y los trabajos preparatorios de la Convención Americana en relación con su artículo 65.

(11) O.E.A. *AG/Res.1330 (XXV-0/95)* "Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Resolución aprobada en la novena sesión plenaria, celebrada el 9 de junio de 1995.

14. La preocupación que tengo en relación con la actitud sobre el cumplimiento de la sentencia sobre el fondo y reparaciones en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros* por parte del Estado de Trinidad y Tobago y la que eventualmente pudiera asumir con la sentencia que la Corte ha dictado en el caso Caesar, radica en que, en términos generales, la actitud de los Estados Partes acerca del cumplimiento de las sentencias y medidas provisionales ha sido ejemplar. Además, es precisamente la ausencia de un foro político donde se analizan los muchos cumplimientos parciales que han habido, en presencia de los representantes del Estado, de las víctimas y de la Comisión, lo que considero no ha permitido el avance, en mucho casos, en algunos de los aspectos del cumplimiento de las sentencias que ha dictado la Corte. Un informe de la Corte de la naturaleza del apuntado posiblemente permitirá encontrar soluciones a nivel de un grupo de trabajo y, eventualmente poder cerrar los casos que no se han podido borrar de la lista de asuntos pendientes por mucho tiempo, como se verá más adelante. Esta solución posiblemente sea el camino correcto para que no se repita lo ocurrido en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros*. Este es un precedente que no debe repetirse.

La OEA es un foro fundamentalmente político y la defensa de los derechos humanos es un tema que debe abordarse por los Estados miembros con valentía y franqueza. Soslayar la discusión de estos temas no permite que la Organización pueda cumplir con uno de sus fines primordiales, de acuerdo con la propia Carta de la OEA.

III.- LAS PROPUESTAS HECHAS POR EL CONSEJO INTERAMERICANO DE JURISCONSULTOS, LOS ESTADOS DE CHILE Y URUGUAY Y LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN SUS PROYECTOS DE CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL ACTUAL TEXTO DEL ARTÍCULO 65 DE LA MISMA.

15. El primer antecedente de la Convención Americana al que cabe hacer referencia, es el "Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos" preparado por el Consejo Interamerica-no de Jurisconsultos en el año 1959 por solicitud de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile ese mismo año.

En el texto de dicho proyecto se encuentra el primer antecedente del actual artículo 65 de la Convención Americana, ya que en su artículo 80 disponía lo siguiente:

> El fallo de la Corte será transmitido al Consejo de la Organización de los Estados Americanos (12).

16. Correspondió a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en noviembre de 1965, considerar el proyecto de Convención elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, junto con dos proyectos adicionales presentados por los gobiernos de Chile y Uruguay, respectivamente.

En el proyecto de "Convención sobre Derechos Humanos" elaborado por el Gobierno de Chile, se retoma la norma del proyecto anterior, ya que en el artículo 72 se expresa que:

> Copia de la sentencia será entregada a a las partes interesadas y al Consejo de la Organización de Estados Americanos (13).

En el "Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos" presentado por Uruguay, existen ya disposiciones más precisas y similares al actual artículo 65 de la Convención Americana.

El artículo 85 del mencionado proyecto dice textualmente a la letra:

> 1. El fallo de la Corte será transmitido el Consejo de la Organización de los Estados Americanos y a todos los Estados que ratifiquen la presente Convención.
>
> 2. La Corte hará saber al Consejo de la Organización de los Estados Americanos los casos en que su fallo no se haya ejecutado (14).

Cabe recordar aquí que no es sino hasta 1970 que entra en vigor la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, que establece la Asamblea General como órgano máximo de la Organización, y que estos proyectos se prepararon antes de 1970, por lo que solamente

(12) O.E.A. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, pág. 268.
(13) O.E.A. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, pág. 295.
(14) O.E.A. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, pág. 315.

hacen referencia al "Consejo de la Organización", hoy Consejo Permanente de la OEA.

17. La Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria resuelve remitir los tres proyectos antes citados así como las actas de los debates registrados en ella sobre la materia al Consejo de la OEA, para que éste, escuchando el parecer de la Comisión Interamericana y de otros órganos y entidades que estimara conveniente, le introdujera las enmiendas que considerara convenientes al Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Finalmente, el 18 de mayo de 1966, el Consejo de la OEA remitió a la Comisión Interamericana el mencionado proyecto, así como los de Chile y Uruguay, para que le comunicara su opinión y le hiciera las recomendaciones pertinentes. La Comisión elaboró dos dictámenes, que fueron enviados al Consejo de la Organización el 4 de noviembre de 1966 y el 10 de abril de 1967, respectivamente. El Consejo de la Organización tomó conocimiento de los documentos remitiéndolos, como es usual, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (en adelante la "CAJP"). En la consideración de estos temas se suscitaron varias importantes discusiones y consultas a los Estados en relación con la aprobación, en diciembre de 1966, de los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, asuntos que fueron puestos en conocimiento del Consejo de la OEA, el que incluso formuló muchas consultas a los Estados Miembros, hasta que el Consejo de la Organización, el 12 de junio de 1968, aprobó una Resolución (OEA/Ser.G/IV/C-i-837 rev. 3) (15) mediante la cual solicitó a la Comisión Interamericana que redactara un texto revisado y completo de anteproyecto de Convención, para cuyo fin ésta celebró un Período Extraordinario de Sesiones el 1 y 2 de junio de 1968. La Comisión transmitió al Consejo de la Organización el anteproyecto de Convención el 18 de julio de 1968, el cual adoptó dicho anteproyecto de Convención como documento de trabajo de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, incluyendo las observaciones y enmiendas formuladas por los Estados Miembros (16).

18. En el "Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos" elaborado por la Comisión Interame-ricana hubo

(15) O.E.A. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, pág. 92.

(16) OEA/Ser.G/V/C-d-1631, en: O.E.A. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, pág. 156; y OEA/Ser.G/IV/C-i-871 rev. 3., en: O.E.A. Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, pág. 157.

un retroceso en relación con el texto de la propuesta uruguaya, ya que se volvió a la anterior propuesta del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y de Chile. En efecto el artículo 57 de proyecto señala que:

> El fallo de la Corte será transmitido al Consejo de la Organización de los Estados Americanos (17).

IV.- LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1969

19. Es finalmente en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que se celebró en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, cuando se suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, consecuentemente, se aprueba el texto actual, de lo que en el proyecto de la Comisión era el artículo 57, que se convierte en el actual párrafo 69. Es aquí precisamente, cuando surge un artículo nuevo, que es el actual 65 de la Convención Americana.

20. En la publicación oficial que hace la OEA de las Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (18), se encuentra el Informe del Relator de la Comisión II, el señor Robert J. Redington de los Estados Unidos de América, que versa sobre "Órganos de Protección y Disposiciones Generales". En la parte pertinente se lee lo siguiente:

> El Artículo 66, que es nuevo, establece que la Corte someterá un informe sobre sus trabajos a la Asamblea General de la Organización en su reunión anual, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 52 de la Carta de la Organización reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Además, el Artículo 66 establece que la Corte podrá incluir en su informe aquellos casos en los cuales un Estado no hubiere dado cumplimiento a sus fallos, y formular las recomendaciones que considere apropiadas.

(17) O.E.A. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, pág. 150.

(18) O.E.A *"Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos"*, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2.

...

El Artículo 70 (correspondiente con el artículo 57 del Proyecto) especifica que el fallo debe ser comunicado a las partes en el caso y a los Estados Partes en la Convención. Se eliminó la referencia a que el fallo debería comunicarse al Consejo de la Organización (19).

21. La solución que se encontró, como claramente se deduce de las citas anteriores, fue dejar en el artículo 70 la disposición de que el fallo de la Corte debe ser comunicado a las partes en el caso y a los Estados Partes en la Convención y, como consecuencia de la próxima entrada en vigor de la Carta de la Organización reformada por el Protocolo de Buenos Aires, que establece la modalidad de celebrar Asambleas Generales anuales, se elimina la parte referente a que el fallo debería comunicarse al Consejo de la Organización.

Por la misma razón antes apuntada, se crea un nuevo párrafo, el 66, que establece que la Corte deberá presentar un informe anual a la Asamblea General de la OEA, en el que comunicará a ésta aquellos casos en los cuales un Estado no hubiere dado cumplimiento a sus sentencias y formularía las recomendaciones pertinentes.

Consecuentemente, los nuevos párrafos se leen textualmente así:

Artículo 66

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

...

Artículo 70

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados Partes en la Convención (20).

(19) O.E.A *"Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos"*, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 377.

(20) O.E.A *"Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos"*, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, págs. 392 y 393.

22. En la Tercera Sesión Plenaria, celebrada el 21 de noviembre de 1969, la Conferencia aprobó el texto de ambos artículos, ya convertidos en los actuales artículos 65 y 69 de la Convención (21). En el texto final de la Convención Americana, denominada también Pacto de San José de Costa Rica, según aparece en el Doc. 65 Rev. 1 Corr. 2 de 7 de enero de 1970 (22), aparecen los dos textos definitivos con el numeral actual, como se lee a continuación:

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

...

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados Partes en la Convención (23).

V.- LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN PRESENTADA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A LOS ÓRGANOS PERTINENTES DE LA OEA EN RELACIÓN CON LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 65 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA.

23. Sobre este tema cabe señalar que el 5 de abril de 2001, el entonces Presidente de la Corte Interamericana, Juez Antônio A. Cançado

(21) O.E.A *"Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos"*, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 457.

(22) O.E.A *"Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos"*, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 480.

(23) O.E.A *"Actas y Documentos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos"*, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pág. 498.

Trindade, en el marco del diálogo que se seguía en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, manifestó que:

> 88. Me permito renovar, es esta ocasión ante la CAJP, la confianza que deposita la Corte Interamericana en los Estados Partes como garantes de la Convención Americana. Los Estados Partes asumen, cada uno individualmente, el deber de cumplir las decisiones de la Corte, como lo establece el artículo 68 de la Convención, en aplicación del principio pacta sunt servanda, y por tratarse, además, de una obligación de su propio derecho interno. Los Estados Partes igualmente asumen, en conjunto, la obligación de velar por la integridad de la Convención Americana, como garantes de la misma. La supervisión de la fiel ejecución de las sentencias de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención (24).

Esto lo manifestó el Presidente de la Corte porque en esa misma exposición, al referirse al contenido de un eventual Protocolo de Reformas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección, había expuesto en relación con el tema que nos ocupa que:

> 60. Para asegurar el monitoreo continuo del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección, y en particular de los fallos de la Corte, se debe, a mi juicio, acrecentar, al final del artículo 65 de la Convención la siguiente frase:
>
> - "La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto" (25).

(24) Corte I.D.H.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección (2001)*, Tomo II, 2ª Edición, Mayo de 2003, pág. 378.

(25) El artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana debe, a *fortiori*, ser enmendado, de modo a compatibilizarlo con la nueva redacción, aquí propuesta, del artículo 65 de la Convención Americana.

> De ese modo, se suple una laguna en cuanto a un mecanismo, a operar en base permanente (y no solamente una vez por año ante la Asamblea General de la OEA), para supervisar la fiel ejecución, por los Estados Partes demandados, de las sentencias de la Corte.
>
> 61. En la misma línea de pensamiento, y con el mismo fin de asegurar el fiel cumplimiento de las sentencias de la Corte, en el plano del derecho interno de los Estados Partes, se debe agregar al final del artículo 68 de la Convención, un tercer párrafo, en los siguientes términos:
>
> - "En caso de que dicho procedimiento interno todavía no exista, los Estados Partes se comprometen a establecerlo, en conformidad con las obligaciones generales estipuladas en los artículos 1(1) y 2 de esta Convención" (26).

Posteriormente, el 17 de abril de 2002, al dirigirse al Consejo Permanente de la OEA, recordó que:

> 11. Los Estados Partes en la Convención igualmente asumen, en conjunto, la obligación de velar por la integridad de la Convención Americana, como garantes de la misma. Al crear obligaciones para los Estados Partes *vis-à-vis todos los seres humanos bajo sus respectivas* jurisdicciones, la Convención Americana requiere el ejercicio de la garantía colectiva para la plena realización de su objeto y fin. La Corte Interamericana está convencida de que, mediante el ejercicio permanente de dicha garantía colectiva, se contribuirá al fortalecimiento del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en este inicio del siglo XXI.
>
> 12. La supervisión -en el ejercicio de la *garantía colectiva*- de la fiel ejecución de las sentencias y decisiones de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención. En mi Informe del 05 de abril de 2001 rendido en este mismo "Salón Bolívar", avancé propuestas para asegurar el monitoreo continuo del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convenciona-

(26) Corte I.D.H.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección (2001)*, Tomo II, 2ª Edición, Mayo de 2003, pág. 369.

les de protección, -y en particular de las sentencias de la Corte Interamericana,- abarcando medidas tanto de prevención como de seguimiento.

13. Me permití sugerir, además, que, en un eventual futuro Proyecto de Protocolo a la Convención Americana, *inter alia,* se agregara al final del *artículo 65* de la Convención la siguiente frase: - "La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto". De ese modo, se supliría una laguna atinente a un mecanismo que operara en base permanente (y no solamente una vez por año ante la Asamblea General de la OEA), para supervisar la fiel ejecución, por los Estados Partes demandados, de las sentencias de la Corte Interamericana. Me permito renovar ante este Consejo Permanente de la OEA la confianza que deposita la Corte en los Estados Partes como garantes de la Convención Americana, y agregar una breve y última reflexión (27).

Y dos días después, ante la CAJP, siempre en el marco del diálogo sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, reiteró que:

Además, se encargaría a un grupo de trabajo permanente de la CAJP, integrado por Representantes de Estados Partes en la Convención Americana, supervisar en base permanente el estado de cumplimiento, por los Estados demandados, de las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana, el cual presentaría sus informes a la CAJP; ésta, a su vez, relataría al Consejo Permanente, para preparar su informe para la deliberación de la Asamblea General al respecto. De ese modo, se supliría un laguna en cuanto a un mecanismo, a operar en base permanente (y no solamente una vez por año ante la Asamblea General de la OEA), para supervisar la fiel

(27) Corte I.D.H.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección (2001)*, Tomo II, 2ª Edición, Mayo de 2003, pág. 664.

ejecución, por los Estados Partes demandados, de las sentencias de la Corte (28).

De nuevo, el 16 de octubre de 2002, el entonces Presidente de la Corte, Juez Antônio A. Cançado Trindade, hizo referencia al tema de la supervisión del cumplimiento de las sentencias del Tribunal ante el Consejo Permanente de la OEA de una manera muy explícita. Manifestó en esa ocasión:

El fiel cumplimiento o ejecución de sus sentencias es una preocupación legítima de todos los tribunales internacionales. En el sistema europeo de protección, por ejemplo, que cuenta inclusive con un mecanismo de supervisión de ejecución de sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa (órgano que históricamente antecedió la propia Convención Europea), la cuestión ha estado siempre en la agenda del referido Consejo. ¿Por qué, en nuestro continente, la OEA no asume su responsabilidad en esta área, aún más por no disponer hasta la fecha de un órgano con función análoga?

Al respecto, la Corte Interamericana tiene actualmente una especial preocupación en cuanto a un aspecto del cumplimiento de sus sentencias. Los Estados, por lo general, cumplen con las reparaciones que se refieren a indemnizaciones de carácter pecuniario, pero no sucede necesariamente lo mismo con las reparaciones de carácter no pecuniario, en especial las que se refieren a la investigación efectiva de los hechos que originaron las violaciones, y la identificación y sanción de los responsables, - imprescindibles para poner fin a la impunidad (con sus consecuencias negativas para el tejido social como un todo).

Actualmente, dada la carencia institucional del sistema interamericano de protección en esta área específica, la Corte Interamericana viene ejerciendo *motu propio* la supervisión de la ejecución de sus sentencias, dedicándole uno o dos días de cada período de sesiones.

(28) Corte I.D.H.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección (2001)*, Tomo II, 2ª Edición, Mayo de 2003, pág. 795.

Pero la supervisión - en el ejercicio de la *garantía colectiva* - de la fiel ejecución de las sentencias y decisiones de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención. En mi Informe a la CAJP de la OEA, del 05 de abril de 2001, avancé propuestas concretas para asegurar el monitoreo internacional permanente del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección, y en particular de las sentencias de la Corte Interamericana, abarcando medidas tanto de prevención como de seguimiento (29).

VI.- LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DE SENTENCIA EN EL CASO BAENA RICARDO Y OTROS PRESENTADA POR EL ESTADO DE PANAMÁ

24. Mediante escrito de 27 de febrero de 2003, el Estado de Panamá cuestionó la facultad de la Corte para supervisar el cumplimiento de la Sentencia de 2 de febrero de 2001 en el Caso Baena Ricardo y otros, así como el procedimiento utilizado por el Tribunal de solicitar u ordenar informes a los Estados con el fin de poder determinar, de acuerdo con el artículo 65 de la Convención, si hubo un incumplimiento e informarlo así a la Asamblea General de la OEA.

25. Consideró el Estado de Panamá en el escrito antes mencionado, "que la etapa de cumplimiento de sentencia es una etapa "post adjudicatura", que "no está prevista por las normas que regulan la jurisdicción y el procedimiento de la Honorable Corte ..." (30) y "que no se encuentra en la esfera judicial que corresponde a la Honorable Corte sino estrictamente en la política, la que aquí [es] exclusiva de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos" (31). Agregó también el

(29) Corte I.D.H.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección (2001)*, Tomo II, 2ª Edición, Mayo de 2003, págs. 919 y 920.

(30) Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 53.

(31) Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 54.a.

Estado de Panamá que "El Artículo 65 de la Convención Americana establece claramente que sólo la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos [...] tiene la función de supervisar el cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha norma únicamente establece obligaciones a cargo de la Corte y no establece obligación alguna para los Estados Partes, así como tampoco otorga derechos a la Corte ni le otorga competencia para supervisar el cumplimiento de sus sentencias" (32).

26. Mediante sentencia sobre competencia, de 28 de noviembre de 2003, la Corte refutó los argumentos del Estado panameño y determinó que es competente para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y que, en el ejercicio de dicha competencia, tiene la facultad de solicitar a los Estados la presentación de los informes necesarios para evaluar el cumplimiento de lo ordenado por ella y de emitir instrucciones y resoluciones sobre la materia (33).

27. Al fundamentar su posición, la Corte citó el artículo 30 de su Estatuto, aprobado por la Asamblea General de la OEA celebrada en La Paz, Bolivia, en 1979, y que en lo sustancial reproduce el artículo 65 de la Convención Americana y recordó, tal y como se ha descrito en el presente estudio, que:

> 90. Los *travaux préparatoires de la* Convención Americana permiten consultar cuál era la voluntad de los Estados cuando aprobaron dicho tratado, en cuanto a la supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte. El Proyecto de Convención (34) no establecía una disposición similar al actual artículo 65. Sin embargo, la Comisión II, encargada de estudiar y redactar los artículos corres-

(32) Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 54.b.

(33) Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 139.

(34) Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y aprobado con carácter de "documento de trabajo" para la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, mediante Resolución del Consejo de la Organización de los Estados Americanos en la sesión celebrada el 2 de octubre de 1968. *Cfr.* OEA/Ser. K/XVI/1.2, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, OEA Doc. 5, 22 de septiembre de 1969, págs. 12-35.

pondientes a la parte procesal del Proyecto de Convención (35), propuso el texto del actual artículo 65 de la Convención Americana. En el Informe sobre "Órganos de la Protección y Disposiciones Generales" de 21 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (36), la Comisión II indicó en su quinta sesión, celebrada el 17 de noviembre de 1969, que

> las delegaciones expresaron su opinión de que se dotara a la Corte de una competencia amplia que le permitiera ser el instrumento eficaz para la protección jurisdiccional de los derechos humanos (37).

En el mencionado informe, al explicar la redacción de las disposiciones del proyecto del tratado correspondientes a la Corte, la Comisión II se refirió al entonces proyecto del actual artículo 65 en los siguientes términos:

> El artículo 65, que es una disposición nueva, establece que la Corte someterá un informe a la Asamblea General de la Organización, lo cual está contemplado en el Artículo 52 de la Carta de la Organización, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
>
> Pero, además, el artículo dispone el importante concepto de que la Corte debe señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos, con las recomendaciones pertinentes de la Corte [...] (38).

90. La Corte estima que la voluntad de los Estados, al aprobar lo estipulado en el artículo 65 de la Convención, fue otorgar a la misma Corte la facultad de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y que fuera el Tribunal el encargado de poner en conocimiento de la Asamblea General de la OEA, a través de su Informe Anual, los casos en los cuales se diera un incumplimiento de las decisiones de la Corte, porque no es posible dar aplicación al artículo 65 de la Convención sin que el Tribunal supervise la observancia de sus decisiones (39).

(35) En la primera sesión plenaria de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada el 8 de noviembre de 1969, se resolvió crear la Comisión II.

(36) En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(37) OEA/Ser. K/XVI/1.1, Doc. 71, 21 de noviembre de 1969, pág. 5.

(38) OEA/Ser. K/XVI/1.1, Doc. 71, 21 de noviembre de 1969, pág. 8.

Además, puso de manifiesto la laguna que en esta materia existe en la Convención Americana y que es el objeto del presente artículo, al manifestar que:

> 88. La Convención Americana no estableció un órgano específicamente encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte, como sí lo dispuso la Convención Europea. En la preparación de la Convención Americana se siguió el esquema adoptado por la Convención Europea, en lo relativo a los órganos competentes y a los mecanismos institucionales; sin embargo, es claro que al regular la supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana no se contempló que la Asamblea General de la OEA o el Consejo Permanente de la OEA desempeñaran una función semejante a la del Comité de Ministros en el sistema europeo (40).

28. Al no contemplar precisamente la Convención Americana que la Asamblea General de la OEA o el Consejo Permanente desempeñaran en esta materia una función similar a la del Comité de Ministros en el sistema europeo, y al no implementar la OEA la aplicación del artículo 65 de la Convención Americana, explica lo ocurrido en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros*. Si la Corte hubiera aceptado la tesis del Estado de Panamá de que incluso no puede ella pedir a los Estados informes y adoptar conclusiones para aplicar el artículo 65 de la Convención, la Corte se hubiera tenido que limitar a remitir sus sentencias a la Asamblea General de la OEA, donde dependiendo del interés y la actitud del Estado demandado en el caso objeto del informe del artículo 65 de la

(39) Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párrs. 89 y 90.

(40) Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 88.

Convención, podría no pronunciarse. Esto se debe a que actualmente, según sea el texto que adopte la CAJP, la Asamblea General puede o no pronunciarse sobre el incumplimiento de un fallo de la Corte.

VII.- CÓMO FUNCIONA ACTUALMENTE EL SISTEMA EN LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DEL CONSEJO PERMANENTE DE LA OEA Y LA NECESIDAD DE MODIFICARLO

29. Una vez que la Corte Interamericana aprueba su informe anual a la Asamblea General de la OEA, el cual puede o no incluir señalamientos relativos a incumplimientos de sus fallos, lo remite al Presidente del Consejo Permanente de la OEA y copia al Secretario General de la misma, para que sea sometido a la Asamblea General.

Esto se hace así porque, de acuerdo con el artículo 91.f) de la Carta de la OEA, corresponde al Consejo Permanente:

> Considerar los informes del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, del Comité Jurídico Interamericano, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Secretaría General, de los organismos y conferencias especializados y de los demás órganos y entidades, y presentar a la Asamblea General las observaciones y recomendaciones que estime del caso...

30. El Consejo Permanente transmite el informe a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, que escucha la presentación que del mismo hace el Presidente de la Corte, delibera sobre el informe y adopta una resolución que transmite al Consejo Permanente, el cual a su vez transmite a la Asamblea General. En la práctica lo que sucede es que la resolución que aprueba la CAJP, es la misma que conoce y aprueba el Consejo y la Asamblea General. Y ese texto, en la CAJP, se aprueba por consenso. Basta que el Estado que la Corte menciona como sujeto de un incumplimiento se oponga a que se le exhorte en la resolución a informar a la Corte sobre el cumplimiento de la sentencia, para que no se le haga tal exhortación en la resolución que aprueba la CAJP y, consecuentemente, en la que aprueba el Consejo Permanente y la Asamblea General.

Es decir, el procedimiento establecido por la OEA hace que la información de un pronunciamiento emitido por la Corte de acuerdo al artículo 65 de la Convención, no llegue a ser conocido y, menos deliberado, por la Asamblea General. Y esto es lo que ocurrió en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros* contra Trinidad y Tobago y pudiera ocurrir lo mismo con las reparaciones ordenadas por la Corte en el caso Caesar contra Trinidad y Tobago.

31. Sin embargo, en la Resolución AG/RES. 2043 (XXXIV-0-04), "Observaciones y Recomen-daciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", que aprobó la Asamblea General en su reunión de Quito de 2004, se dice textualmente en el punto resolutivo 4:

> Reiterar que, con el propósito de que la Corte pueda cumplir cabalmente con la obligación de informar a la Asamblea General sobre el cumplimiento de sus fallos, es necesario que los Estados Parte le brinden oportunamente la información que la Corte les requiera.

Un paso adelante muy importante, pero no suficiente, porque no menciona qué Estado o Estados deben brindar esa información. Pero en esa misma Resolución, así como en la que aprobó la Asamblea General, en Santiago de Chile en el año 2003, AG/RES. 1918 (XXXIII-0-03), también sobre "Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Trinidad y Tobago solicitó el registro de su reserva a los párrafos resolutivos 9 y 7, respectivamente, que textualmente dicen lo mismo:

> Instar a los Estados Miembros de la OEA a que consideren, según sea el caso, la firma y ratificación o adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos del sistema, incluyendo la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VIII.- LAS CONSECUENCIAS DE LA LAGUNA EXISTENTE EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, PARA DAR EFECTO ÚTIL AL ARTÍCULO 65 DE LA MISMA

32. La consecuencia de que la Convención Americana no establezca un mecanismo para implementar y dar efecto útil al artículo 65 de la Convención Americana, sumado al trámite que se da en la OEA al informe anual de la Corte, es que cuando se revisa la lista de casos y medidas provisionales sometidas a la Corte para que las considere de acuerdo con su función jurisdiccional, se provoque una impresión equivocada del grado satisfactorio de cumplimiento de las sentencias y resoluciones de la Corte por los Estados Partes en la Convención Americana.

Esto ocurre porque los casos no se pueden cerrar hasta que ha habido un cumplimiento total de la sentencia, pese a que el grado de cumplimiento parcial de las mismas es muy alto. Esta situación podría solventarse si los Estados Partes remitieran siempre oportunamente a la Corte la información que ésta les solicita sobre cumplimiento de sentencias y medidas provisionales.

33. A continuación, se transcribe la lista de la totalidad de casos contenciosos y medidas provisionales sometidos a la Corte hasta el mes de febrero del año 2005, señalándose específicamente cuáles casos se han cerrado y cuáles medidas provisionales se han levantado.

Casos Contenciosos[41]

Nombre del Caso	Estado Demandado	Año de Ingreso	Etapa Actual
1. Caso Velásquez Rodríguez	Honduras	1986	Archivado
2. Fairén Garbi y Solís Corrales	Honduras	1986	Archivado
3. Godínez Cruz	Honduras	1986	Archivado
4. Aloeboetoe y Otros	Suriname	1990	Archivado
5. Gangaram Panday	Suriname	1990	Archivado
6. Genie Lacayo	Nicaragua	1994	Archivado
7. Cayara	Perú	1992	Archivado
8. Maqueda	Argentina	1994	Archivado
9. "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)	Chile	1999	Archivado
10. Alfonso Martín del Campo Dodd	México	2003	Archivado
11. Caso Neira Alegría y otros	Perú	1990	Supervisión de cumplimiento de sentencia
12. Caso Caballero Delgado y Santana	Colombia	1992	Supervisión de cumplimiento de sentencia
13. Caso El Amparo	Venezuela	1994	Supervisión de cumplimiento de sentencia
14. Caso Loayza Tamayo	Perú	1995	Supervisión de cumplimiento de sentencia
15. Caso Castillo Páez	Perú	1995	Supervisión de cumplimiento de sentencia
16. Caso Garrido y Baigorria	Argentina	1995	Supervisión de cumplimiento de sentencia
17. Caso Blake	Guatemala	1995	Supervisión de cumplimiento de sentencia
18. Caso Suárez Rosero	Ecuador	1995	Supervisión de cumplimiento de sentencia
19. Caso Benavides Cevallos	Ecuador	1996	Supervisión de cumplimiento de sentencia
20. Caso Castillo Petruzzi y otros	Perú	1997	Supervisión de cumplimiento de sentencia
21. Caso Baena Ricardo y otros	Panamá	1998	Supervisión de cumplimiento de sentencia
22. Caso Ivcher Bronstein	Perú	1999	Supervisión de cumplimiento de

(41) Del total de casos contenciosos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido bajo su jurisdicción, el 11,9% se encuentran archivados, el 15,5% se encuentran en trámite ante el Tribunal y el 72,6% se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.

			sentencia
23. Caso del Tribunal Constitucional	Perú	1999	Supervisión de cumplimiento de sentencia
24. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)	Guatemala	1995	Supervisión de cumplimiento de sentencia
25. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)	Guatemala	1997	Supervisión de cumplimiento de sentencia
26. Caso Cesti Hurtado	Perú	1998	Supervisión de cumplimiento de sentencia
27. Caso de la Comunidad Indígena Mayagna *(Sumo)* Awas Tingni	Nicaragua	1998	Supervisión de cumplimiento de sentencia
28. Caso Cantoral Benavides	Perú	1996	Supervisión de cumplimiento de sentencia
29. Caso Durand y Ugarte	Perú	1996	Supervisión de cumplimiento de sentencia
30. Caso Bámaca Velásquez	Guatemala	1996	Supervisión de cumplimiento de sentencia
31. Caso Trujillo Oroza	Bolivia	1999	Supervisión de cumplimiento de sentencia
32. Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros	Trinidad y Tobago	1999-2000	Supervisión de cumplimiento de sentencia
33. Caso Barrios Altos	Perú	2000	Supervisión de cumplimiento de sentencia
34. Caso Las Palmeras	Colombia	1998	Supervisión de cumplimiento de sentencia
35. Caso del Caracazo	Venezuela	1999	Supervisión de cumplimiento de sentencia
36. Caso Bulacio	Argentina	2001	Supervisión de cumplimiento de sentencia
37. Caso Cantos	Argentina	1999	Supervisión de cumplimiento de sentencia
38. Caso Juan Humberto Sánchez	Honduras	2001	Supervisión de cumplimiento de sentencia
39. Caso "Cinco Pensionistas"	Perú	2001	Supervisión de cumplimiento de sentencia
40. Caso Mack Chang	Guatemala	2001	Supervisión de cumplimiento de sentencia
41. Caso Maritza Urrutia	Guatemala	2002	Supervisión de cumplimiento de sentencia

42. Caso 19 Comerciantes	Colombia	2001	Supervisión de cumplimiento de sentencia
43. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri	Perú	2002	Supervisión de cumplimiento de sentencia
44. Caso Instituto de Reeducación del Menor	Paraguay	2002	Supervisión de cumplimiento de sentencia
45. Caso Ricardo Canese	Paraguay	2002	Supervisión de cumplimiento de sentencia
46. Caso Lori Berenson Mejía	Perú	2002	Supervisión de cumplimiento de sentencia
47. Caso Herrera Ulloa	Costa Rica	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
48. Caso Carpio Nicolle y otros	Guatemala	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
49. Caso De La Cruz Flores	Perú	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
50. Caso "Masacre Plan de Sánchez"	Guatemala	2002	Supervisión de cumplimiento de sentencia
51. Caso de las Hermanas Serrano Cruz	El Salvador	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
52. Caso Daniel Tibi	Ecuador	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
53. Caso Molina Theissen	Guatemala	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
54. Caso de la Comunidad Moiwana	Suriname	2002	Supervisión de cumplimiento de sentencia
55. Caso Caesar	Trinidad y Tobago	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
56. Caso Yatama	Nicaragua	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
57. Caso Acevedo Jaramillo y otros (SITRAMUN)	Perú	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
58. Caso de la "Masacre de Mapiripán"	Colombia	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
59. Caso Acosta Calderón	Ecuador	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
60. Caso Comunidad Yakye Axa	Paraguay	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
61. Caso de la Niñas Yean y	República	2003	Supervisión de

Bosico	Dominicana		cumplimiento de sentencia
62. Caso López Álvarez	Honduras	2003	Supervisión de cumplimiento de sentencia
63. Caso Huilca Tecse	Perú	2004	Supervisión de cumplimiento de sentencia
64. Caso "Pueblo Bello"	Colombia	2004	Supervisión de cumplimiento de sentencia
65. Caso Gutiérrez Soler	Colombia	2004	Supervisión de cumplimiento de sentencia
66. Caso Palamara Iribarne	Chile	2004	Supervisión de cumplimiento de sentencia
67. Caso García Asto y Ramírez Rojas	Perú	2004	Supervisión de cumplimiento de sentencia
68. Caso Blanco Romero y otros	Venezuela	2004	Supervisión de cumplimiento de sentencia
69. Caso Ituango	Colombia	2004	Excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas
70. Caso Juárez Cruzzat y otros	Perú	2004	Trámite inicial
71. Caso Fermín Ramírez	Guatemala	2004	Supervisión de cumplimiento de sentencia
72. Caso Gómez Palomino	Perú	2004	Supervisión de cumplimiento de sentencia
73. Caso Raxcacó Reyes	Guatemala	2004	Supervisión de cumplimiento de sentencia
74. Caso Ximenes Lopes	Brasil	2004	Fondo y eventuales reparaciones y costas
75. Caso Nogueira de Carvalho	Brasil	2005	Excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas
76. Caso Montero Aranguren y otros	Venezuela	2005	Excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas
77. Caso Almonacid Arellano	Chile	2005	Excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas
78. Caso Servellón García y otros	Honduras	2005	Fondo y eventuales reparaciones y

			costas
79. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa	Paraguay	2005	Fondo y eventuales reparaciones y costas
80. Caso Baldeón García	Perú	2005	Fondo y eventuales reparaciones y costas
81. Caso Vargas Areco	Paraguay	2005	Fondo y eventuales reparaciones y costas
82. Caso Claude Reyes y otros	Chile	2005	Fondo y eventuales reparaciones y costas
83. Caso de los "Trabajadores Cesados del Congreso"	Perú	2005	Trámite inicial (procedimiento escrito)
84. Caso Goiburú y otros	Paraguay	2005	Trámite inicial (procedimiento escrito)

Medidas Provisionales[42]

Nombre del Caso	Estado respecto del cual se han Adoptado	Año de sometimiento	Estado Actual
1. Caso Velásquez Rodríguez	Honduras	1988	Archivadas
2. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales	Honduras	1988	Archivadas
3. Caso Godínez Cruz	Honduras	1988	Archivadas
4. Caso Bustíos Rojas	Perú	1991	Archivadas
5. Caso Chunimá	Guatemala	1991	Archivadas
6. Caso Reggiardo Tolosa	Argentina	1993	Archivadas
7. Caso Alemán Lacayo	Nicaragua	1996	Archivadas
8. Caso Vogt	Guatemala	1996	Archivadas
9. Caso Suárez Rosero	Ecuador	1996	Archivadas
10. Caso Serech y Saquic	Guatemala	1996	Archivadas
11. Caso Paniagua Morales y otros y caso Vásquez y otros	Guatemala	1998	Archivadas
12. Caso Paniagua Morales y otros	Guatemala	2001	Archivadas
13. Caso Clemente Teherán y otros	Colombia	1998	Archivadas
14. Caso del Tribunal Constitucional	Perú	2000	Archivadas
15. Caso Ivcher Bronstein	Perú	2000	Archivadas
16. Caso Digna Ochoa y Plácido y otros	México	1999	Archivadas
17. Caso Loayza Tamayo	Perú	1996/2000	Archivadas
18. Caso del Periódico La Nación	Costa Rica	2001	Archivadas
19. Caso Chipoco	Perú	1992	No adoptadas

(42) Del total de medidas provisionales que han sido sometidas a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 32,8% se encuentran archivadas, el 6.5% no fueron adoptadas y el 60,6% se encuentran activas.

20. Caso Penales Peruanos	Perú	1992	No adoptadas
21. Caso Parker	Perú		No adoptadas
22. Caso Cesti Hurtado	Perú	1997	No adoptadas
23. Caso Colotenango	Guatemala	1994	Activas
24. Caso Carpio Nicolle y otros	Guatemala	1995	Activas
25. Caso Giraldo Cardona	Colombia	1996	Activas
26. Caso Álvarez y otros	Colombia	1997	Activas
27. Caso James y otros	Trinidad y Tobago	1998	Activas
28. Caso de Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana	República Dominicana	2000	Activas
29. Caso Bámaca Velásquez	Guatemala	1998/2002	Activas
30. Caso Blake	Guatemala	1995	Activas
31. Caso Caballero Delgado y Santana	Colombia	1994	Activas
32. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó	Colombia	2000	Activas
33. Caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros (actualmente Pilar Noriega y otros)	México	2001	Activas
34. Caso Gallardo Rodríguez	México	2001	Activas
35. Caso de la Cárcel de Urso Branco	Brasil	2002	Activas
36. Caso de la Comunidad Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni	Nicaragua	2002	Activas
37. Caso Helen Mack y otros	Guatemala	2002	Activas
38. Caso Luis Uzcátegui	Venezuela	2002	Activas
39. Caso Lilliana Ortega y otras	Venezuela	2002	Activas
40. Caso Luisiana Ríos y otros (Radio Caracas Televisión - RCTV-)	Venezuela	2002	Activas
41. Caso Lysias Fleury	Haití	2003	Activas
42. Caso Marta Colomina y Lilliana Velásquez	Venezuela	2003	Activas
43. Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó	Colombia	2003	Activas
44. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri	Perú	2004	Activas
45. Caso Pueblo Indígena Kankuamo	Colombia	2004	Activas
46. Caso de la Comunidad Sarayaku	Ecuador	2004	Activas
47. Caso de los Diarios "El Nacional" y "Así es la Noticia"	Venezuela	2004	Activas
48. Caso Carlos Nieto Palma y otros	Venezuela	2004	Activas
49. Caso 19 Comerciantes (Sandra Belinda Montero Fuentes y otros)	Colombia	2004	Activas
50. Caso de la Emisora de Televisión "Globovisión"	Venezuela	2004	Activas
51. Caso Raxcacó y otros	Guatemala	2004	Activas
52. Caso Boyce y Joseph	Barbados	2004	Activas
53. Caso Eloisa Barrios y otros	Venezuela	2004	Activas

54. Caso de las Penitenciarías de Mendoza	Argentina	2004	Activas
55. Caso Masacre Plan de Sánchez (Salvador Jerónimo y otros)	Guatemala	2004	Archivadas
56. Caso Fermín Ramírez	Guatemala	2004	Archivadas
57. Caso de la "Masacre de Mapiripán"	Colombia	2005	Activas
58. Caso Gutierrez Soler y otros	Colombia	2005	Activas
59. Ramírez Hinestrosa y otros	Perú	2005	Activas
60. López Alvarez y otros	Honduras	2005	Activas
61. Niños Privados de Libertad en el "Complexo do Tataupé de FEBEM"	Brasil	2005	Activas

IX.- PROPUESTA DE SOLUCIÓN

34. Ha quedado demostrado que como consecuencia de la ausencia de una norma convencional que permite implementar el artículo 65 de la Convención y de la manera como se tramita y se considera el informe anual de labores de la Corte por las instancias pertinentes de la OEA, los informes de no cumplimiento de una sentencia de la Corte no son directamente conocidos o debatidos por la Asamblea General de la OEA, ni tampoco por el Consejo Permanente o su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Esta última se limita a debatir y a emitir un proyecto de resolución para el Consejo Permanente, que luego se somete a la Asamblea General, sobre el informe de labores de la Corte. Pero no se escucha y debate sobre el incumplimiento específico del caso en mención y, consecuentemente, el descargo respectivo del Estado.

35. No cabe la menor duda de que la solución óptima sería adoptar un protocolo de reformas a la parte procedimental de la Convención Americana, tal y como oportunamente lo propuso la Corte. Pero de momento y en ausencia de una solución a largo plazo, debe optarse por una que a corto plazo permita que se debatan, por los órganos respectivos de la OEA, los informes de incumplimiento de sentencias dictadas por la Corte, lo que podría facilitar en muchos casos el pronto y total cumplimiento de los mismos y su cierre definitivo por la Corte. Esto fortalecería el sistema interamericano de derechos humanos que erróneamente parece inefectivo como consecuencia de los datos que se transcribieron anteriormente (*supra párr. 29*).

36. Aunque en reiteradas ocasiones la Corte ha comunicado a la Asamblea General que no ha recibido información de un Estado sobre el cumplimiento de una sentencia o de medidas provisionales (43), solamente en el año 1995 la Asamblea General exhortó a un Estado, en el caso concreto Suriname, a informar a la Corte sobre el cumplimiento de las sentencias sobre los casos *Aloeboetoe y Gangaram Panday (supra párr. 9)*, lo que es una prueba irrefutable de lo afirmado en este estudio y que debe merecer toda la atención del caso por los Estados Partes en la Convención Americana.

37. Para evitar que esto continúe sucediendo, la solución más inmediata sería que la CAJP creara un grupo de trabajo -con carácter permanente- para que en su seno se consideraran los informes de incumplimiento emitidos por la Corte y los miembros de la misma recibieran informes escritos y verbales de la Corte, la Comisión y los representantes de las víctimas, así como los descargos o explicaciones que pudieran dar los Estados Partes, con el fin de elevar las recomendaciones pertinentes a la CAJP, al Consejo Permanente y, finalmente, a la Asamblea General.

38. La OEA es una institución de naturaleza fundamentalmente política, pese a la cual, los grandes temas políticos han estado ausentes de su agenda diaria, aquellos temas relativos a los principios jurídicos y políticos que dieron vida a la organización y son su razón de ser. La Organización no puede ignorar y dejar de debatir temas relativos al incumplimiento por alguno de sus Estados Miembros del principio *pacta sunt servanda* y de incumplimiento de las reparaciones en una sentencia dictada por el órgano jurisdiccional de la Organización en materia de derechos humanos. La revitalización de la OEA pasa por el camino de enfrentar estos temas y no de convertirse simple y llanamente en una agencia de cooperación internacional. Lo ocurrido en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros* contra Trinidad y Tobago, en que un Estado Parte en un caso ante el Tribunal se niega a informar al mismo sobre cómo ha dado cumplimiento a una sentencia (artículo 68 de la Convención), y no haya una reacción de los órganos políticos de la Organización, es un mal precedente. Ojalá no hubieran otros nunca más y que el Estado mencionado en el informe de incumplimiento de una sentencia de la Corte, de acuerdo con el artículo 65 de la Convención, informe y cumpla prontamente con lo ordenado por el Tribunal.

(43) *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1990, OEA/Ser.L/V/III.23 doc.12, págs. 15 y 16; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1991, OEA/Ser.L/V/III.25 doc.7, pág. 9; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamerica-na de Derechos Humanos*, 1994, OEA/Ser.L/V/III.31 doc.9, págs. 18 y 19; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, OEA/Ser.L/V/III.35 doc.4, pág. 27; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la* Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997, OEA/Ser.L/V/III.39 doc.5, págs. 29 y 30; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1998, OEA/Ser.L/V/III.43 Doc.11, págs. 32-35; Corte Interamerica-na de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1999, OEA/Ser.L/V/III.47 Doc.6, págs. 37-45; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2000, OEA/Ser.L/V/III.50 Doc.4, págs. 39-44; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interameri-cana de Derechos Humanos*, 2001, OEA/Ser.L/V/III.54 Doc.4, págs. 46-55; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2002, OEA/Ser.L/V/III.57 Doc.5, págs. 21, 25, 26, 32, 35, 45 y 46; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2003, OEA/Ser.L/V/III.61 Doc.1, págs. 44-46; y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2004, OEA/Ser.L/V/III.65 Doc.1, págs. 24 y 25.

X.- CONCLUSIONES

39. La Organización de los Estados Americanos es un foro de naturaleza política, destinado fundamentalmente a promover la democracia y, consecuentemente, la dignidad del ser humano.

40. Con este fin se estableció el sistema interamericano de derechos humanos que cuenta entre sus órganos de protección a la Comisión y a la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, este último órgano jurisdiccional que dicta sentencias de acatamiento obligatorio para los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 68 de la Convención).

41. Pese a que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se fundamentó en el Convenio [Europeo] para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, no estableció como el Europeo un órgano como el Consejo de Ministros para supervisar el cumplimiento de las sentencias que dicta el Tribunal.

42. Consecuentemente, el artículo 65 de la Convención Americana tiene una laguna que debe ser subsanada, porque si bien obliga a la Corte debe informar a la OEA de los incumplimientos de sus sentencias, no

estableció un procedimiento institucional dentro de la OEA para hacerlo, y el que ha establecido la Organización no permite que la Asamblea General, máximo órgano político e la Organización, conozca y delibere sobre los incumplimientos de las sentencias emitidas por la Corte.

43. El alto grado de cumplimiento de las sentencias de la Corte, es uno de los grandes logros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (44). No obstante, el debatir en un foro permanente en la OEA los incumplimientos de las sentencias que dicta el Tribunal, que podría ser en un grupo de trabajo, vitalizaría la OEA, ya que el debate en un foro de esta naturaleza pondría de manifiesto ante los Estados Miembros las fortalezas, pero también las carencias y debilidades del sistema, con miras a su fortalecimiento y perfeccionamiento.

44. Lo ocurrido con la falta de información sobre el cumplimiento de la sentencia en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros* contra Trinidad y Tobago, me ha motivado a exponer en este estudio, las debilidades del sistema en este campo, con la esperanza de que situaciones como las aquí expuestas no se vuelvan a repetir y los Estados Miembros de la OEA, pero especialmente los Estados Partes en la Convención Americana, implementen el mecanismo necesario para que se cumplan cabalmente las sentencias que dicte la Corte Interamericana, porque como ya lo ha dicho reiteradamente este Tribunal, "en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros" (45).

San José, Costa Rica, febrero de 2006.

---

(44) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO: *La Jurisdicción Internacional. Derechos Humanos y la Justicia Penal,* Editorial Porrúa, México, 2003, págs. 126-130 y 557; y SAAVEDRA ALESSANDRI, PABLO: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las Reparaciones Ordenadas y el Acatamiento de los Estados;* en: "Los Instrumentos de Protección Regional e Internacional de los Derechos Humanos", Memorias del Seminario, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, págs. 185-220.

(45) Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 26; Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9. párr. 35; y Corte I.D.H., *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 31

COMUNICACIONES Y ESTUDIOS

NOTAS SOBRE A REFORMA DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS

Antônio Celso ALVES PEREIRA*
Associado do I.H.L.A.D.I.

SUMÁRIO:

1 .- INTRODUÇÃO.

2.- A CONFIGURAÇÃO DO PROCESSO DE REFORMA DAS NAÇÕES UNIDAS.

3.- O PROCESSO DE REFORMA EM ANDAMENTO.

4.- A REFORMA DO CONSELHO DE SEGURANÇA.

5.- CONSIDERAÇÕES FINAIS.

* Professor de Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj – e de Relações Internacionais na Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Brasil.
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

Resumen: La Organización de las Naciones Unidas pasa, desde los primeros tiempos de la Guerra Fría, por una grave crisis de legitimidad. Tal situación proviene del voluntarismo de las grandes potencias con asiento permanente del Consejo de Seguridad y de la obsolescencia de importantes dispositivos de su Carta, que tuvo vigencia el 24 de octubre de 1945 y que, por eso, reflejaba la realidad política, social, económica y estratégica de los años iniciales del posguerra.

La necesidad de emprenderse una amplia reforma de las Naciones Unidas está en la agenda internacional desde los días inmediatos al final de la Guerra Fría. Lo más difícil, sin embargo, será crear las condiciones políticas esenciales para promover los cambios en la Carta y, por consiguiente, en los principales órganos y agencias de la Institución.

Considerando la importancia del Consejo de Seguridad, su preeminencia entre los otros órganos de las Naciones Unidas, su reforma es urgente y absolutamente inaplazable para asegurar a la Organización mayor legitimidad y renovar la confianza de la opinión pública en sus acciones. En el contexto de la reforma proyectada en el Documento *Una Libertad más Amplia – Rumbo a la Seguridad, Desarrollo y Derechos Humanos para Todos*, presentado por el entonces Secretario General Kofi Annan a la Asamblea Conmemorativa de los 60 años de las Naciones Unidas, entre los temas más polémicos están la imprescindible ampliación del número de miembros y los posibles cambios en el sistema de votación en el Consejo de Seguridad, como, por ejemplo, la adopción del voto consensual. Difícilmente los actuales miembros permanentes aceptarán la supresión del sistema de votación en vigencia. Lo crearon en Yalta exactamente para proteger los intereses de los Grandes.

Hay una cuestión más que debería ser objeto de discusión en la pauta del proceso de cambios en la ONU. Se trata de la necesidad del establecimiento de mecanismos de control de la legalidad de los actos practicados por el Consejo de Seguridad. La doctrina discute esta cuestión desde los primeros tiempos de existencia de las Naciones Unidas. El tema es de la mayor importancia y debería formar parte de la agenda de cambios. En ninguna de las Comisiones que coadyuvaron el Secretario General en los estudios para la reforma, lamentablemente, este asunto fue objeto de discusión. En el presente artículo, se discute, por lo tanto, los temas más importantes para la necesaria y urgente reforma del Consejo de Seguridad, en el contexto de la reforma general de las Naciones Unidas.

Abstract: Since the beginning of the Cold War, the United Nations (UN) has been suffering from a serious legitimacy crisis. This situation results from the fact that the great powers are permanent members of the Security Council and that certain important mechanisms found within the Charter of the United Nations, which entered into effect on October 24, 1945, are obsolete. It is for these reasons that the UN reflected the political, social, economic, and strategic reality of the initial post world war years.

The reformation of the UN has been on the international agenda since the end of the Cold War. However, the most difficult part will be to create a conducive political atmosphere to enable changes within the UN Charter and, consequently, to the institution's main bodies and agencies.

Considering the importance of the Security Council and its prominence among the rest of the UN's organs, its reform is urgent and abolutely undelayable to promote legitimacy and to renew the public's trust in its actions. In the proposed reform elaborated in the document *A More General Freedon – Course to Security, Development, and Human Rights for All*, presented by Kofi Annan, former general-secretary of the UN, during the UN's 60th Anniversary commemoration, two of the more polemic topics were the unprecedented rise in membership and the possible modifications to the voting method of the Security Council. The doctrines concerned with the democratization of the UN advocatd for the suppression of the Security Council veto power, suggesting alternative models such as the adoption of a consensual vote. It is unlikely that the actual Security Counsil's permament members will accept the suspension of the current voting system. It was created in Yalta in order to protect the great powers' interests.

There is another relevant point which should be the object of discussion on the subject of the UN's reform process, which is that of the necessity of establishing control mechanism on the legality of actions taken by the permanent members of the Security Council. This subject has been discussed since de UN's creation and since it is of utmost importance, should be part of the reform agenda. Unfortunately, this subject has not been part of any discussions between the general-secretary and the commissions who have aided him on the analysis of any possible reform. This article will discuss the more important topics for the necessary and urgent reform of the Security Council, within the context of the general reform of the United Nations.

1. INTRODUÇÃO

Segurança, desenvolvimento, direitos humanos, educação, saúde, desarmamento e paz são temas indissociáveis e que dizem respeito diretamente aos Estados, aos indivíduos e à comunidade internacional em toda a sua extensão.

Na medida em que o nosso planeta transformou-se numa "densa rede de dependência mútua", (1) somente uma instituição universal como as Nações Unidas, uma vez dotada de instrumentos políticos, jurídicos, administrativos e financeiros adequados, poderá centralizar esforços coletivos para a construção de um mundo com maiores oportunidades de desenvolvimento sustentável, de respeito aos direitos humanos e de realização da paz.

Como é do conhecimento geral, a ONU vem, desde os primeiros tempos da Guerra Fria, passando por uma grave crise de legitimidade. Tal situação é decorrente do voluntarismo das potências com assento permanente no Conselho de Segurança e da obsolescência de importantes dispositivos de sua Carta, que entrou em vigor em 24 de outubro de 1945 e que, por isso mesmo, refletia a realidade política, social, econômica e estratégica dos primeiros anos do pós-guerra. (2)

Na Conferência de Ialta – 4 a 11 de fevereiro de 1945 – Stalin, Churchill e Roosevelt acertaram os detalhes finais da futura organização internacional, que seria criada, não para revigorar a então moribunda Sociedade das Nações, mas para substituí-la totalmente, estabelecendo, assim, um sistema de segurança coletiva cujo funcionamento só poderia se dar sob o acordo das grandes potências da época. Passaram-se sessenta anos, desde então. Atualmente, a realidade política, econômica, social e estratégica é completamente diversa. As preocupações com a segurança mundial estão hoje centradas em outros parâmetros. Sob os aspectos qualitativo e quantitativo, são profundas as transformações operadas no mundo nesse período. Em razão disso, urge a construção de um sistema multilateral efetivo, com as Nações Unidas em sua centralidade, instrumentalizado para promover soluções comuns para desafios que são globais.

(1) BAUMAN, Zigmunt. *Europa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, pág. 46.

(2) Desde a sua entrada em vigor, em 1945, a Carta da ONU sofreu apenas as emendas que foram aprovadas para os artigos 23, 27, 61 e 109.

O atual modelo de organização internacional expresso na Carta da ONU está ultrapassado, não sendo, portanto, adequado para fundamentar um projeto multilateral viável de paz e segurança para um mundo em acelerado processo de mudanças.

Vale ressaltar que nos dias imediatos ao fim da Guerra Fria, a pronta condenação russa à invasão do Kuwait pelas tropas do Iraque, em agosto de 1990, propiciou a formação da ampla coalizão que, sob a égide do Conselho de Segurança, restabeleceria a soberania kuwaitiana. O recurso às Nações Unidas expressava, naquele momento, o reconhecimento, por parte das grandes potências e de seus aliados, da primazia e da legitimidade dessa Organização como o principal mecanismo de solução dos conflitos internacionais. Esperava-se que, finalmente, a ONU pudesse participar de forma ativa do processo de reconstrução da ordem internacional. Lamentavelmente, nada disso aconteceu. Embora propondo um *multilateralismo afirmativo*, a administração Bill Clinton, sucessora do governo de George Bush (pai), não avançou nesse processo. Confrontado pelos atentados terroristas ao Pentágono e ao *World Trade Center*, o governo Bush (filho), após 11 de setembro de 2001, radicalizou sua ação externa unilateral, ocupou o Iraque em frontal violação da Carta da ONU, fato que representa um lamentável retrocesso jurídico e civilizacional, um retorno à liberdade do modelo vestfaliano de recurso à força pelos Estados.

A necessidade de se empreender uma ampla reforma das Nações Unidas está na agenda internacional desde os dias imediatos ao fim da Guerra Fria. A ordem internacional montada em Ialta fora-se com o fim do Império Soviético. A complexidade do mundo contemporâneo, a velocidade com que os acontecimentos se sucedem, o dinamismo dos fatos internacionais impulsionados pelas tecnologias da informação desencadearam o processo que o geógrafo inglês David Harvey, chamou de *encolhimento do mundo*. Ao contrário do que aconteceu por ocasião da segunda onda de globalização, no século XVI, com as grandes descobertas marítimas, que alargaram os horizontes político-econômicos da Europa, a atual globalização, ao fundamentar-se, entre outros fatores, no efeito da compressão espaço-tempo, promove um encolhimento desses horizontes por meio das redes virtuais transnacionais e pela dinâmica determinada pela simultaneidade.

De modo efetivo, as discussões sobre a necessidade de uma ampla reforma das Nações Unidas tiveram início na gestão do antigo Secretário-

Geral Boutros Boutros-Ghali, em 1992. (3) Naquele momento a preocupação era empreender esforços para dotar a ONU de condições para que ela pudesse cumprir os mandamentos de sua própria Carta, criar mecanismos para manter o necessário equilíbrio entre seus diversos órgãos, consolidar e simplificar suas atividades, definindo, de forma clara, as funções de cada uma de suas agências. Desde então, não paira qualquer dúvida sobre a urgência da reforma das Nações Unidas. O mais difícil, contudo, será criar as condições políticas essenciais para promover as mudanças na Carta e, consequentemente, nos principais órgãos e agências da Instituição.

2 . A CONFIGURAÇÃO DO PROCESSO DE REFORMA DAS NAÇÕES UNIDAS

Dois importantes documentos lançados por Boutros-Ghali formavam a estrutura de sua proposta de reforma: a Agenda para a Paz e a *Agência para o Desenvolvimento*. Sob forte oposição dos Estados Unidos, ele não conseguiu renovar seu mandato à frente da Secretaria-Geral da ONU. Seu substituto, Kofi Annan, no primeiro ano de sua administração, em 1997, retomou a questão das mudanças na estrutura da ONU, ao dar publicidade ao documento *Renovação das Nações Unidas: um Programa de Reforma*, texto no qual apontava as propostas de mudanças até então apresentadas por seus antecessores, afirmando que o processo de reforma deveria ser amplo e permanente. O documento de Kofi Annan destacava a necessidade de reestruturação dos órgãos de direção e gestão da ONU, reduzindo a sua burocracia por meio da eliminação cargos e, nessa mesma linha, chamava a atenção para a penúria orçamentária e as dificuldades financeiras da Organização. Além disso, propunha, prioritariamente, o fortalecimento da Assembléia Geral e do Secretariado, uma melhor interface da ONU com as organizações não-governamentais, a criação de

(3) Deve-se assinalar que, em 1979, no 34ª período de sessões da Assembléia Geral, diante do aumento do número de Estados membros das Nações Unidas, a questão de uma reforma parcial da Carta entrou na Agenda da Organização, com o objetivo de estabelecer uma representação eqüitativa no Conselho de Segurança.

mecanismos para dar maior rapidez e efetividade às operações de manutenção da paz e à promoção do desenvolvimento sustentável, ao combate ao crime, ao tráfico de drogas e ao terrorismo internacionais. Para dar seqüência ao projeto, Kofi Anann, em dezembro de 2003, instalou, em Nova Iorque, uma Comissão Mundial, presidida por Anand Panyarachum, antigo primeiro-ministro da Tailândia, composta por 16 personalidades (4) de alto prestígio internacional, oriundas de diversos Estados, para coadjuvá-lo na elaboração do projeto de reforma das Nações Unidas.

Tal expediente propiciou a formação do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças,(5) que, durante todo o ano de 2004, ouviu, em consultas regionais, seminários e *workshops*, representantes dos diversos setores dos países-membros das Nações Unidas. Dessas atividades resultou o relatório *Um mundo mais seguro: nossa responsabilidade comum*, em 129 páginas, contendo 101 recomendações, e que foi entregue ao secretário-geral Kofi Annan no dia 2 de dezembro de 2004.

O "Painel" identifica, ao lado de antigos e persistentes conflitos, as novas situações e as novas ameaças que flagelam os indivíduos e as nações neste século XXI, protestando, entre outras coisas, por ações multilaterais que favoreçam a segurança biológica. O relatório reafirma o conceito de que "pobreza é também questão de segurança, além do problema do desenvolvimento". Mostra, por exemplo, como a epidemia da AIDS, que incide sobre o continente africano com maior intensidade do que em outras partes do mundo, constitui mais uma ameaça global. Além disso, sugere a criação de um novo organismo intergovernamental, a Comissão para a Construção da Paz, cuja finalidade será prestar assistência aos Estados na fase posterior aos conflitos em que se envolverem, para ajudá-los em todos os aspectos relativos à sua reconstrução e estabilidade.

(4) Membros do Painel de Alto Nível das Nações Unidas sobre Ameaças, Desafios e Mudanças.

Anand Panyarachum (TAILÂNDIA) Presidente do Painel; Roberto Badinter (FRANÇA); João Clemente Baena Soares (BRASIL); Gro Harlen Brundtland (NORUEGA); Mary Chinery-Hesse (GANA); Gareth Evans (AUSTRÁLIA); David Hannay (REINO UNIDO); Enrique Iglesias (URUGUAI); Amre Moussa (EGITO); Satish Nambiar (ÍNDIA); Sadako Ogata (JAPÃO); Yevgeny Primakov (RÚSSIA); Qian Qichen (CHINA); Nafis Sadik (PAQUISTÃO); Salim Ahmed Salim (TANZÂNIA); Brent Scowcroft (ESTADOS UNIDOS).

(5) Ver SOARES, João Clemente Baena. *As Nações Unidas Diante das Ameaças, dos*

No contexto do processo de reforma das Nações Unidas, algumas das sugestões do "Painel" vão se tornando realidades. O Conselho de Segurança e Assembléia Geral criaram a citada Comissão de Construção da Paz, que será composta por 31 membros, eleitos por dois anos, sendo permitida a reeleição. A Comissão de Construção da Paz, cujas decisões serão tomadas por consenso, terá como função primordial reunir todos os interessados para que estes mobilizem recursos e proponham estratégias integradas destinadas ao fortalecimento das instituições, à promoção do desenvolvimento sustentável, enfim, à consolidação da paz e à recuperação de um Estado em situação de pós-conflito.

Além do Painel de Alto Nível, o então secretário-geral Kofi Anann instituiu duas outras importantes comissões internacionais para auxiliá-lo na preparação do projeto definitivo de reforma das Nações Unidas: o "Grupo Cardoso", criado em fevereiro de 2003, sob a presidência do ex-presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, composto por 12 personalidades (6) de destaque em suas áreas de atuação, com a missão de estudar e fazer recomendações sobre formas de melhorar a interação entre a sociedade civil e as Nações Unidas. A outra Comissão criada por Kofi Annan foi chefiada pelo professor Jeffrey D. Sachs e composta por 265 especialistas em questões relacionadas com o desenvolvimento. O relatório final elaborado por esse último "Grupo", intitulado *Projeto do Milênio da ONU: Investir no Desenvolvimento*, propõe um conjunto de medidas concretas para reduzir em 50%, até 2015, a pobreza extrema no mundo e melhorar, radicalmente, as condições de vida de, pelo menos, 1 bilhão de pessoas nos países em desenvolvimento. O relatório, contudo, não menciona a possibilidade de suspensão do pagamento das dívidas dos países mais pobres. O trabalho do grupo chefiado por Jeffrey Sachs teve como objetivo avaliar e sugerir formas de cumprir as Metas do Milênio constantes da Declaração do Milênio das Nações Unidas, documento que foi aprovado na "Cúpula do Milênio", realizada entre 6 e 8 de setembro de 2000, em Nova Iorque. Nessa reunião, 147 chefes de Estado e de Governo, além de 44 outros representantes de Estados-membros das Nações Unidas, aprovaram as seguintes metas que deveriam ser cumpridas até 2015: 1) erradicar a extrema pobreza e a fome; 2) expandir o ensino básico universal; 3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde materna; 6) combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7) garantir a sustentabilidade ambiental; 8) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

(6) Composição do "Grupo Cardoso": embaixador Bagher Asadi (Irã); sociólogo Manuel Castells (Espanha); sra. Birgitta Dahl (Suécia); sra. Peggy Dulany (EUA.); embaixador André Erdos (Hungria); sra. Asma Khader (Jordânia); sr. Juan Mayr (Colômbia); sra. Malini Mehra (Índia); sr. Kumi Naidoo (África do Sul); Sra. Mary Racelis (Filipinas); sr. Prakash Ratilal (Moçambique) e sra. Aminata Traore (Mali).

O Relatório Sachs aponta as razões pelas quais pouco se avançou no cumprimento dessas metas, concluindo que os recursos necessários para atingi-las poderiam, sem maiores dificuldades, ser cobertos pelos países ricos.

Com base nas recomendações do referido Painel de Alto Nível, e nas sugestões dos Relatórios Cardoso e Sachs, Kofi Annan encaminhou à Assembléia Especial Comemorativa dos 60 anos das Nações Unidas o projeto de reestruturação do organismo, condensado no relatório *Uma Liberdade mais Ampla – Rumo à Segurança, Desenvolvimento e Direitos Humanos para Todos*. Desse documento constam, entre outras propostas, a reforma do Conselho de Segurança e dos demais órgãos principais da ONU, bem como a criação do Conselho de Direitos Humanos e as sugestões para tornar efetivo o cumprimento dos "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio".

Além das contribuições do Painel e dos dois citados "Grupos", o secretário-geral incluiu em seu projeto de reforma as recomendações do "Grupo Brahimi" sobre as mudanças que a ONU precisa operacionalizar para tornar mais eficientes suas operações de paz. Este "Grupo" foi composto por nove especialistas, oriundos de todos os continentes, com ampla experiência em assuntos humanitários, em desenvolvimento e em atividades policiais e militares voltadas à manutenção da paz. Lakhdar Brahimi, ministro das Relações Exteriores da Argélia, presidiu este "Grupo" que leva seu nome (7).

(7) "O Relatório Brahimi identificou as falhas da Organização ao lidar com as operações de paz, projetou os cenários das futuras missões, conclamou a ONU e os estados-membros ao fim das "meias-medidas" e à adoção de mandatos claros e exeqüíveis. Advertiu sobre critérios de análise mais objetiva dos conflitos, estabeleceu processos de planejamento integrado, sugeriu a melhoria das estruturas operacionais e logísticas, bem como recomendou o aperfeiçoamento das metodologias de treinamento padronizado para todos os componentes das missões de paz. Dessa forma, traçou estratégias mais seguras e eficientes para as futuras missões, coordenando cada passo ou decisão com os países contribuintes, que assim se tornam co-responsáveis pelo processo". Ver site http://www.exercito.gov.br/VO/187/ebpaz.htm. Consulta em 20/06/2006.

É oportuno salientar que o "Relatório Brahimi" não recomenda a formação de uma força permanente das Nações Unidas para a manutenção da paz. Reconhece que as Nações Unidas, em muitos casos, fracassaram em sua precípua função de manter a paz e a segurança internacionais. Aponta situações em que as operações de paz foram bem sucedidas, como no Timor-Leste, e propõe soluções para questões como financiamento das operações de paz, ação preventiva das Nações Unidas em situações de provável conflito e oferece sugestões sobre a composição das forças de paz (8).

3 . O PROCESSO DE REFORMA EM ANDAMENTO

A Carta das Nações Unidas é um tratado internacional de categoria especial. Não é uma convenção multilateral como outra qualquer, que cria direitos e obrigações somente para seus signatários. Embora possua características constitucionais, uma vez que hierarquicamente seus dispositivos se sobrepõem aos de qualquer outro tratado internacional que estiver em conflito com a mesma, a Carta não é uma Constituição mundial; trata-se, isto sim, de um tratado *sui generis,* que confere à Organização vida própria e personalidade jurídica distinta da que é reconhecida aos Estados-membros. "Esse elemento orgânico-constitutivo – destaca Antônio Augusto Cançado Trindade – serve não apenas para distinguir tais instrumentos de outros tratados multilaterais, mas é um fator básico na apreciação de qualquer aspecto particular da operação desses instrumentos" (9). A universalidade da ONU sustenta-se na alínea 6 do artigo

(8) A primeira força de paz das Nações Unidas foi organizada, em junho de 1948 (UN Truce Supervision Organization -UNTSO), com o objetivo de monitorar o cessar-fogo árabe-israelense. Atualmente as Nações Unidas têm 50 mil militares sob seu comando em 17 missões de paz. A natureza das operações de paz modificou-se com o tempo. Vistas inicialmente como instrumentos de manutenção de acordos de paz, *peacekeeping*, passaram, em seguida, à imposição de paz com base em acordos existentes entre as partes, *peaceenforcing*, e agora podem ser apontadas como instrumentos para a reconstrução de países destroçados por conflitos, *peacebuilding*. A Minustah, Missão da ONU de Estabilização do Haiti, comandada pelo Brasil, é um claro exemplo desta mudança. A Minustah trabalha para estabilizar o pais, promover o diálogo entre os grupos políticos haitianos, e coopera de forma efetiva na reconstrução institucional do país.

(9) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, págs. 27/28.

2° de sua Carta. Este dispositivo obriga os Estados que não são membros das Nações Unidas a cumprirem todos os princípios enumerados no referido art. 2°. Na medida em que a Carta da ONU foi discutida, votada, e entrou em vigor há sessenta anos, é natural que muitos dos seus mandamentos estejam hoje superados; muitos deles esperam, há tempos, por reforma ou emendas, outros devem ser sumariamente suprimidos, por obsolescência total. É o caso, por exemplo, dos artigos 26, 45, 46 e 47, que dispõem sobre o estabelecimento, nunca concretizado, de uma "Comissão de Estado-Maior" destinada a orientar e assistir o Conselho de Segurança em todas as questões relativas às exigências militares do próprio Conselho". Da mesma forma, dos artigos 53 e 107, na medida em que fazem menção a "Estado que durante a Segunda Guerra Mundial foi inimigo de qualquer signatário da Carta". O capítulo XIII da Carta, que instituiu o Conselho de Tutela, está completamente superado. Em 1994, o Conselho de Segurança pôs fim ao acordo de administração do último território sob tutela, as Ilhas Palau, que estavam sob a administração dos Estados Unidos (10).

Os fundadores da ONU, quando elaboraram a sua Carta, se preocuparam em não repetir os erros que levaram a Sociedade das Nações ao fracasso (11). Consideraram, na devida conta, que "os fatos da realidade

(10) Discutindo a origem e a natureza da Carta das Nações Unidas, Adriano Moreira destaca que seus idealizadores buscaram estabelecer em seu texto a convergência de dois legados do Ocidente: por um lado, o *legado maquiavélico,* centrado na crueza do realismo político, na redução da política às relações de poder e à hierarquia entre os Estados, que se expressa na composição autocrática do Conselho de Segurança e no direito de veto atribuído exclusivamente aos membros permanentes; por outro, o *legado humanista* voltado à perspectiva de construção de uma ordem internacional fundamentada na igualdade jurídica dos Estados e em normas legais que sustentariam uma associação de Estados, e, nessa linha, colocariam a força e o poder político destes a serviço de um normativismo justo. Esse *legado humanista* está consagrado no estatuto e na horizontalidade da Assembléia Geral, onde a ficção da igualdade jurídica se expressa no democrático sistema de votação, ou seja, cada Estado um voto. Esses dois legados culturais, por natureza, são obviamente contraditórios; entretanto, segundo Adriano Moreira, eles não seriam de todo incompatíveis, uma vez que "andam aparentemente reunidos na definição da regra de direito: uma norma justa cuja observância é garantida pela força ou poder do Estado. De fato, neste último caso, trata-se de supor que a força ou poder político respeitará e se porá ao serviço de apenas um normativismo justo, decorrente de valores ou de um direito que o transcende". Ver, MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 569/570.

(11) A Sociedade das Nações, durante sua existência, examinou 66 disputas entre os Estados-membros, das quais conseguiu solucionar apenas 35. Entre 1925 e 1932, a Organização conseguiu seus maiores êxitos. Em 1927, com a assinatura do Pacto Briand-Kellog, os Estados Unidos ensaiaram uma aproximação com a Instituição. Contudo, os anos 1935/1939 foram decisivos para

internacional são as rivalidades de poder, as contradições de interesses e as incompatibilidades ideológicas" (12). Assim, o modelo adotado para nortear o sistema decisório do Conselho de Segurança, ao instituir o direito de veto para os membros permanentes, teve como objetivo evitar que a ONU viesse a perder, no que respeita à sua abrangência, o caráter verdadeiramente universal, isto é, que Estados de peso e importância real no sistema internacional pudessem ser expulsos, como acontecera, em 1939, com a União Soviética, excluída da SDN em razão de sua agressão a Finlândia.

As reformas propostas para a Assembléia Geral direcionam-se no sentido de revitalizá-la como foro universal e democrático, onde as questões que afetam a humanidade possam ser discutidas e encontradas as soluções pertinentes para solucioná-las. Para tal, existem sugestões no sentido de ampliar o apoio institucional e financeiro ao órgão, dotá-lo de pessoal adequado para que possa estender seu calendário por todo o ano. A reforma da Assembléia Geral deve proporcionar-lhe condições para o exercício de uma efetiva autoridade orçamentária (13) e para a modernização de sua agenda e de seus procedimentos.

O Painel de Alto Nível recomenda que as mudanças na Assembléia Geral devam levar à formação de um consenso em torno de uma visão mais ampla e eficaz da segurança coletiva; da mesma forma, buscar a simplificação de sua carga temática, de forma a refletir os principais desafios contemporâneos; deverá criar condições para "evitar os projetos de resoluções repetitivos, obscuros ou inaplicáveis" e, a exemplo do "Relatório Cardoso", sugere a criação de um mecanismo eficiente para o diálogo com as organizações da sociedade civil.

---

o futuro da SDN. São deste período os seus maiores fracassos. Não conseguiu impedir a ingerência da Alemanha e da Itália na Guerra Civil Espanhola (1936/1938), assim como nada pôde fazer, anteriormente, diante da invasão da China pelo Japão (1931), e da Etiópia pela Itália (1935/1936). A SDN reagiu à invasão da Finlândia pela URSS expulsando a potência comunista dos seus quadros. Como observa Karl Deutch, essa expulsão foi um gesto sem efeitos, pois a força moral da SDN fora destruída por sua própria passividade diante das violações do Direito Internacional perpetradas pelas potências do Eixo. Ver DEUTCH, Karl. *Análise das Relações Internacionais*. Brasília: Editora UnB, 1978, págs. 221/223.

(12) Ver, ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB , 1979, pág. 671.

(13) O artigo 17 da Carta da ONU estabelece que a Assembléia Geral é o órgão competente para considerar e aprovar o orçamento da Organização.

O "Grupo Cardoso" recomenda que a Assembléia Geral, antes de suas reuniões principais, ofereça às organizações não-governamentais audiências interativas e, além disso, construa canais permanentes de interface com essas mesmas instituições.

As resoluções 58/126 e 58/316, adotadas pela Assembléia Geral em 19 de Dezembro de 2003 e 1º de julho de 2004, respectivamente, conformam medidas concretas para a reorganizar o trabalho e racionalizar as práticas das seis principais Comissões da Assembléia Geral e reforçar o papel da mesa diretora do órgão.

Pela importância dos Estados Unidos no contexto da reforma das Nações Unidas, é importante registrar que a então representante em exercício desse país na Organização, embaixadora Anne W. Patterson, em pronunciamento na Assembléia Geral, em 23 de junho de 2005, trouxe à luz a posição de seu governo em relação ao assunto. Em seu discurso a embaixadora listou os temas que interessam aos Estados Unidos nas projetadas mudanças estruturais das Nações Unidas: reforma do Conselho de Segurança; prevenção da proliferação de armas de destruição em massa; responsabilidade de proteger; criação de um Fundo para a Democracia; terrorismo; comissão de construção da paz; direitos humanos; administração e desenvolvimento econômico. Pelo que se vê, nem uma palavra sobre a Assembléia Geral.

O Conselho Econômico e Social – ECOSOC –, desde a aprovação da Carta das Nações Unidas, passou por duas importantes modificações em sua estrutura. Em 31 de agosto de 1965 entrou em vigor uma emenda à Carta aumentando, de 18 para 27, o número de assentos no Órgão. Em 24 de setembro de 1973, outra emenda alterou esse número para 54.

O Painel de Alto Nível sugere que o Conselho Econômico e Social se concentre nos temas mais importantes da "Declaração do Milênio" e se transforme em órgão realmente eficaz na liderança normativa e na capacidade analítica dos temas econômicos e sociais. Nessa mesma linha, recomenda que seja oferecida ao ECOSOC a possibilidade de transformar-se num fórum para o acompanhamento aberto e transparente da realização das metas de desenvolvimento pelos Estados.

O relatório do Painel de Alto Nível recomenda também a criação, no âmbito Conselho Econômico e Social, de um foro negociador para tratar

dos desafios da pobreza, da saúde e do meio-ambiente, e dos problemas em áreas como ajuda externa, tecnologia e comércio exterior.

Um importante avanço no processo de reforma das Nações Unidas foi concretizado em 15 de março de 2006. Em expressiva votação – 170 votos a favor, 4 contrários e 3 abstenções, a Assembléia Geral, pela Resolução A/RES/60/251, aprovou a criação do Conselho de Direitos Humanos. A idéia de sua instituição foi lançada por Kofi Annan, em discurso pronunciado, em 7 de abril de 2005, perante a Comissão de Direitos Humanos, em Genebra, e reafirmada no documento que ele encaminhou à Cúpula das Nações Unidas sobre as Metas de Desenvolvimento do Milênio, que se reuniu em setembro de 2005. A Cúpula de setembro de 2005 apenas aprovou a criação de um Conselho de Direitos Humanos para substituir a contestada e polêmica Comissão de Direitos Humanos do ECOSOC. A composição do Conselho, suas finalidades, os critérios para a eleição dos membros e demais dispositivos e procedimentos que fundamentaram a resolução A/RES/60/251 resultaram de negociações entabuladas durantes cinco meses entre os países-membros com o objetivo de se conseguir um texto amplo o suficiente para se obter o apoio de todos. Essas negociações foram conduzidas pelo presidente da Assembléia Geral, Embaixador Jean Eliasson, coadjuvado pelos *co-chairs* embaixadores Ricardo Alberto Arias, do Panamá, e Dumisani S. Kumalo, da África do Sul.

O Conselho de Direitos Humanos, já em pleno funcionamento, compõe-se de 47 membros (eram 53 na extinta Comissão), eleitos em votação secreta, por maioria absoluta (96 votos), ou seja, metade mais um do total dos Estados-membros das Nações Unidas (191), fato que confere maior legitimidade ao novo Conselho. Vale lembrar que os membros da Comissão de Direitos Humanos eram escolhidos por um colégio eleitoral restrito aos 54 membros do ECOSOC.

As 47 cadeiras do Conselho de Direitos Humanos estão, atualmente, ocupadas mediante o seguinte critério geográfico: África, 13; Ásia, 13; Europa do Leste 6; América Latina e Caribe, 8; Europa Ocidental e outros Estados, aqui incluídos os Estados Unidos e o Canadá, 7.

O governo norte-americano resolveu não pleitear uma das 47 vagas. Votaram contra o projeto de criação do Conselho os Estados Unidos, Israel, Ilhas Marshall e Palau, e as abstenções correram por conta de

Venezuela, Bielorrússia e Irã. Os Estados-membros do Conselho de Direitos Humanos poderão ser suspensos, se ficar comprovado que são responsáveis por violações graves ou sistemáticas de direitos humanos nos seus territórios. Os membros eleitos disporão de um mandato de três anos e não poderão pleitear a reeleição após dois mandatos consecutivos.

Ao justificar seu voto contrário à criação do Conselho, nos termos propostos pelo projeto de resolução, o embaixador dos Estados Unidos na ONU, John Bolton, afirmou que não tinha suficiente confiança de que o novo Conselho seria mais eficiente do que a antiga Comissão.

Há hoje um consenso sobre a inquestionável interface entre direitos humanos, segurança e desenvolvimento. O próprio Kofi Annan, em todas as oportunidades, tem insistido nessa assertiva. Pretende-se, com a criação do Conselho, dotar as Nações Unidas de um mecanismo mais ágil, mais eficiente, sem a politização da antiga Comissão de Direitos Humanos e que dispense aos direitos humanos a mesma atenção que é dada, no âmbito da ONU, às questões relativas à segurança internacional.

Conforme dispõe a Resolução A/RES/60/251, o Conselho de Direitos Humanos, que entrou em funcionamento no dia 19 de junho de 2006, atuará como órgão subsidiário da Assembléia Geral e suas atividades serão avaliadas pela mesma Assembléia após cinco anos de sua instalação (14).

As propostas para modernizar o Secretariado voltam-se todas para a necessária racionalização administrativa e financeira do órgão. Os problemas decorrentes da inadequada administração do Programa Petróleo por Alimentos no Iraque trouxeram à tona uma série de questões que apontam a ineficácia gerencial e administrativa de estruturas da Secretaria Geral da ONU.

Há uma outra questão importante que a reforma deveria considerar. Trata-se de emendar o artigo 96 da Carta da ONU para incluir, de forma expressa e clara, o Secretariado entre os órgãos das Nações Unidas que podem solicitar opinião consultiva à Corte Internacional de Justiça, considerando a relação complementar existente entre o Conselho de Segurança, a Assembléia Geral e o Secretariado.

(14) A Comissão de Direitos Humanos encerrou suas atividades no dia 16 de junho de 2006. O novo Conselho se reunirá três vezes ao ano durante um período total de dez semanas. A Comissão se reunia uma só vez ao ano durante seis semanas.

4 . A REFORMA DO CONSELHO DE SEGURANÇA

A reforma do Conselho de Segurança é urgente e absolutamente necessária para assegurar-lhe maior legitimidade e renovar a confiança da opinião pública mundial nas Nações Unidas. Trata-se, portanto, da reforma central. A composição e as funções atribuídas pela Carta da ONU ao Conselho de Segurança estão consagradas nos Capítulos V, VI, VII, VIII, XII e XIV. Em conjunto com a Assembléia Geral, o Conselho possui as competências que lhes são reservadas pelos artigos 23 e 96 da Carta, e 4° do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Nestas notas sobre a reforma do Conselho de Segurança, é importante salientar, que a composição do Conselho de Segurança, bem como a sua instalação nos primeiros dias do pós-guerra, foi determinada por acontecimentos políticos que hoje estão amplamente superados. Como escreve Carrillo Salcedo,

> não se pode ignorar que as Nações Unidas surgiram originariamente como uma coalizão para a guerra (Declaração das Nações Unidas de 1° de janeiro de 1942); que a Conferência de São Francisco se iniciou no mesmo dia em que os soviéticos entraram em Berlin; que a ONU sempre esteve dominada pelo clima de guerra, cujo esforço gravitava fundamentalmente sobre as Grandes Potências; e que, finalmente, a sua criação se deu em um tempo em que a desconfiança entre ocidentais e soviéticos era já manifesta (15).

Há hoje uma nova realidade política, estratégica e econômica no mundo. A nova ordem internacional, por estar ainda em estado difuso, não permite que se possa defini-la com clareza, como acontecia com a ordem ialtiana. A política de segurança que, antes, centrava-se no equilíbrio do terror e na não-proliferação nuclear, hoje tem seu eixo principal na luta contra o terrorismo internacional, o crime organizado em termos planetários, o combate às pandemias, o enfrentamento às possibilidades de proliferação de artefatos nucleares e de seus vetores, e de outras armas de destruição em massa.

Ao tempo em que se constituiu, o Conselho de Segurança era composto por 11 Estados-membros – 5 permanentes e 6 não-permanentes –

(15) CARRILLO SALCEDO. Juan Antonio. *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1991, pág. 77.

números que correspondiam a 21,56% dos 51 membros originários da ONU. Como atualmente as Nações Unidas congregam 192 Estados, e são 15 os assentos no Conselho de Segurança – 10 não-permanentes e 5 permanentes –, dessa situação resulta uma representatividade de apenas 7,85% do total de membros das Nações Unidas.

A atual composição do Conselho de Segurança não reflete, portanto, a realidade política, econômica e estratégica dos tempos atuais. Além disso, como ficou anteriormente assinalado, tal situação não lhe confere representatividade nem legitimidade. Estados como o Japão e a Alemanha, cujo peso econômico e tecnológico é incontestável, potências regionais como o Brasil e a Índia, com presenças destacadas na vida internacional, em nome do próprio realismo que norteou a formação inicial do Conselho, não podem ficar à margem das grandes decisões políticas que devem ser tomadas pelo Conselho de Segurança.

Foi na 34ª Assembléia Geral, celebrada em 1979, que o tema de uma nova reforma para ampliação do número de membros do Conselho de Segurança entrou em discussão. Antes, em 1963, em razão do processo de descolonização e da conseqüente entrada nas Nações Unidas de dezenas de novos Estados, ampliou-se o número de cadeiras no órgão em decorrência da aprovação pela Assembléia Geral de emenda ao artigo 23 da Carta. Tal modificação, que entrou em vigor em 31 de agosto de 1965, incorporou mais quatro membros não-permanentes, passando de 11 para 15 os assentos no referido Conselho. Em razão dessa ampliação, emendou-se, também, o artigo 27 da Carta, para ajustar o sistema de votação. Assim, as decisões do Conselho de Segurança sobre questões processuais, para serem aprovadas, passaram a exigir o voto afirmativo de nove membros – anteriormente sete – e, sobre todas as demais questões, pelo voto afirmativo de nove membros - anteriormente eram necessários sete votos afirmativos –, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes.

Como já foi mencionado, em 1979, no 34ª período de sessões da Assembléia Geral, diante do aumento do número de Estados membros das Nações Unidas, a necessidade de dotar o Conselho de Segurança de um composição mais eqüitativa entrou na agenda da Organização. Assim, uma proposta formulada pela Argélia, em conjunto com Argentina, Bangladesh, Butã, Guiana, Índia, Maldivas, Nepal, Nigéria e Sri Lanka,

dava início à discussão sobre o tema, fato que repercutiria nas reuniões da Assembléia nos anos seguintes. Em razão disso, a Assembléia Geral aprovou as resoluções 47/62 (1992) e 48/26 (1993). Esta última criou um grupo de trabalho, de composição aberta, para examinar as possibilidades de aumento do número de membros do Conselho de Segurança, bem como analisar seus métodos de trabalho. Questões polêmicas, como o direito de veto, foram objeto de discussão no âmbito desse grupo de trabalho, mas, ao final, não se conseguiu chegar a um acordo. Na 51ª sessão da Assembléia Geral o embaixador malásio Razali apresentou uma proposta concreta de reforma do Conselho de Segurança. O "Plano Razali", como ficou conhecido, propugnava pela criação de cinco novas cadeiras permanentes que seriam assim distribuídas: duas a serem preenchidas por países desenvolvidos, e as outras três obedeceriam ao critério regional, isto é, seriam destinadas uma para cada grande região: África, América Latina e Ásia. Além desses cinco postos permanentes o "Plano Razali" sugeria ainda a distribuição de mais três assentos não-permanentes às mesmas regiões e mais um não-permanente a ser ocupado por um Estado da Europa Oriental. Este projeto de ampliação do Conselho não chegou a ser votado. Os Estados Unidos ofereceram forte resistência ao "Plano Razali", uma vez que não concordavam em passar para 24 o número de membros do Conselho de Segurança.

Na tentativa de se construir as condições políticas para efetivar a reforma, em 23 de novembro de 1998, a Assembléia Geral aprovou a resolução 53/30, estabelecendo medidas imprescindíveis a serem adotas no processo de reforma do Conselho de Segurança.

Na seqüência dessas ações, em 8 de setembro de 2000, os Chefes de Estado e de Governos presentes na Cúpula do Milênio aprovaram a *Declaração do Milênio,* cujo parágrafo 30 dispõe que os Estados membros da ONU devem redobrar esforços no sentido de reformar amplamente o Conselho de Segurança, em todos os seus aspectos.

Após a invasão do Iraque pela coalizão comandada pelos Estados Unidos, em março de 2003, e com o recrudescimento do terrorismo internacional e de outras ameaças e desafios, a reforma do Conselho de Segurança entrou definitivamente na ordem do dia. Mesmo os Estados, que antes se negavam a apoiar qualquer mudança no órgão, hoje já não se opõem, discutem agora a forma e a amplitude das modificações. Segundo

o ex-secretário-geral Kofi Anann, "todo membro da ONU concorda que o Conselho tem que ser reformado porque não reflete mais a realidade política de hoje. Sobre o que falta entendimento é como reformar" (16).

Ainda com referência às conclusões do Painel de Alto Nível, é conveniente chamar a atenção para o fato de que no relatório final apresentado ao secretário-geral aparece entre as 101 recomendações a que chegaram seus ilustres membros, a necessidade de que sejam atribuídas "responsabilidades adicionais" ao Conselho de Segurança, tais como: a) examinar relatórios semestrais dos diretores-gerais da Agência Internacional de Energia Atômica – AIEA – e da Organização para a Proscrição das Armas Químicas – OPAQ ; b) em casos de suspeita ou de graves irrupções de epidemias, enfim, de segurança sanitária, o Conselho de Segurança se obriga a consultar o diretor-geral da OMS; c) "adotar uma tabela de sanções predeterminadas contra Estados que não cumpram as resoluções contra o terrorismo"; e d) criar uma Comissão de Construção da Paz, em consulta com o ECOSOC (17).

Como já foi mencionado, a Comissão de Construção da Paz já está estabelecida. Criada em dezembro de 2005, pelas Resoluções 60/180, da Assembléia Geral, e 1645 do Conselho de Segurança, esta importante Comissão tem como objetivo auxiliar os países recém-saídos de conflitos armados a alcançarem estabilidade política e econômica. A Comissão de Construção da Paz está composta por 31 membros, eleitos em 12 de maio de 2006 e recrutados da seguinte forma: 7 oriundos do Conselho Econômico e Social (ECOSOC); 7 da Assembléia Geral; 7 do Conselho de Segurança (os cinco permanentes e, para o primeiro mandato, Dinamarca e Tanzânia); 5 maiores contribuintes financeiros da Organização e 5 maiores contribuintes de tropas para operações de paz (18).

Por sua importância, os temas que têm centralizado as atenções gerais em relação à reforma do Conselho de Segurança compreendem a questão

---

(16) Entrevista ao *Jornal do Brasil,* Caderno "Mundo" edição de 14 de outubro de 2005, pág. 28.

(17) SOARES, João Clemente Baena. O Caminho das Nações Unidas. *In: Carta Mensal.* Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, nº 607, volume 51, Outubro de 2005, pág. 43.

(18) A criação da Comissão de Construção da Paz na estrutura das Nações Unidas concretiza antiga aspiração dos países em desenvolvimento. Na década de noventa o Brasil apresentara proposta nesse sentido.

básica do número de seus componentes, especialmente o quadro de membros permanentes, e, ao lado disso, o sistema de veto.

Atualmente são quinze assentos no Conselho de Segurança: cinco permanentes e dez não permanentes. As propostas de reforma do Conselho são variadas. O Painel de Alto Nível, por exemplo, propõe: a) criação de seis novos membros permanentes, sem direito a veto e mais três novos membros não-permanentes com mandato de dois anos; b) não seriam criados novos postos permanentes; entretanto seria instituída uma nova categoria de membros não-permanentes, em número de oito, que teriam mandato de quatro anos renováveis, e mais um novo assento com mandato de dois anos, não renovável. Em qualquer das opções, o Conselho de Segurança passaria a conter 24 cadeiras. A proposta apresentada por Kofi Annan é bem simples: ampliar o Conselho de Segurança para 21 membros, sugerindo duas opções: criação de seis novos postos permanentes, sem direito de veto; ou criação de seis novos assentos não-permanentes.

A proposta apresentada por Brasil, Índia e Alemanha inicialmente contava com o apoio do Japão. Este país formava com os outros três o Grupo dos 4. Contudo, no início de janeiro de 2006, o governo japonês, embora reafirmando que sua atitude não acarretaria o fim do G-4, retirou-se do Grupo, por considerar prematura a iniciativa de uma resolução perante a Assembléia Geral sobre a ampliação o Conselho. Os japoneses, contudo, não desistiram de pleitear um posto permanente no Conselho de Segurança; prosseguem trabalhando para contornar a oposição chinesa e conseguir o apoio dos Estados Unidos à reforma. A proposta de emenda apresentada por Brasil, Índia e Alemanha indica que o Conselho de Segurança passaria das 15 cadeiras atuais para 25, compreendendo, assim, mais seis permanentes e quatro não-permanentes. Os novos membros permanentes não teriam poder de veto. As cadeiras permanentes seriam ocupadas pelos membros do agora G-3, pelo Japão e por dois Estados africanos. A questão do direito de veto ficaria para posterior discussão, ou seja, 15 anos após a eleição dos Estados que entrarem para o Conselho de Segurança em decorrência dessa projetada mudança. Os países-membros do então G-4, no primeiro momento, defendiam a criação de novos postos permanentes com direito de veto. Posteriormente, para não inviabilizar a reforma, passaram a aceitar a possível situação de membro permanente, sem poder de veto. A China, porque não admite a entrada do Japão no Conselho, é contra essa proposta.

Um grupo de Estados, denominado "Unidos pelo Consenso", reunindo Paquistão, Argentina, Canadá, Itália e México, é apenas favorável à criação de dez novas cadeiras não-permanentes.

A União Africana (UA), representando 53 Estados da região, encaminhou uma proposta de resolução na qual propõe aumentar para 26 o número de membros do Conselho de Segurança, dos quais seis teriam assentos permanentes com direito a veto.

Existem outras propostas, classificadas como obstrucionistas, patrocinadas por Estados que não teriam condições de ingressar no Conselho como membros permanentes. Estes defendem que o ideal seria a inclusão apenas do Japão e da Alemanha como membros permanentes plenos, portanto com direito a veto, e, ao lado disso, a criação de assentos regionais rotativos, o aumento do número de membros não-permanentes e, por fim, a criação de uma outra categoria de membros: os permanentes sem direito de veto.

A reforma do Conselho de Segurança é urgente para trazê-lo à realidade do nosso tempo, para que as Nações Unidas possam atuar de forma mais harmoniosa e efetiva em suas duas vertentes de ação: manter a paz e a segurança internacionais, e realizar ações humanitárias, sociais e culturais em todo o mundo.

Em recente pronunciamento sobre a necessidade de fortalecer as Nações Unidas e o multilateralismo o ex-presidente dos Estados Unidos Bill Clinton (1993-2001), com a autoridade de quem comandou o mais importante Estado membro da ONU, declarou o seguinte: "Nós temos que construir as organizações internacionais e, se elas não funcionam bem, temos que melhorá-las. Eu acho que o Conselho (de Segurança) deveria ser ampliado, dando uma cadeira para o Japão, outra para a Europa, outra para a Índia e outra para o Brasil, na América Latina" (19)

Existem outras propostas, classificadas como obstrucionistas, patrocinadas por Estados que não teriam condições de ingressar no Conselho como membros permanentes. Estes defendem que o ideal seria a inclusão apenas do Japão e da Alemanha como membros permanentes plenos, portanto com direito a veto, e, ao lado disso, a criação de assentos regionais

(19) *Clinton defende vaga para o Brasil no CS da ONU. In:* Folha de São Paulo, edição do dia 1º de maio de 2007, Caderno A, pág. 9.

rotativos, o aumento do número de membros não-permanentes e, por fim, a criação de uma outra categoria de membros: os permanentes sem direito de veto.

A reforma do Conselho de Segurança é urgente para trazê-lo à realidade do nosso tempo, para que as Nações Unidas possam atuar de forma mais efetiva em suas duas vertentes de ação: manter a paz e a segurança internacionais e realizar ações humanitárias, sociais e culturais em todo o mundo.

O governo dos Estados Unidos, ainda indefinido sobre a extensão da ampliação do Conselho, defende a criação de uma ou duas cadeiras permanentes, sem direito de veto, e mais duas ou três não-permanentes. Ao que parece, os norte-americanos gostariam de patrocinar apenas a entrada do Japão como membro permanente. Aceitam um Conselho de Segurança composto, no máximo, por 20 membros. Além disso, exigem que os novos membros do Conselho de Segurança sejam escolhidos levando em conta o PIB do país, seu compromisso com a democracia e os direitos humanos e sua participação no financiamento das Nações Unidas. Outros critérios são também sugeridos pelos norte-americanos: capacidade militar, histórico de não-proliferação, engajamento na luta contra o terrorismo e contribuição e participação em forças de paz.

A polêmica questão do veto suscita as mais variadas sugestões. Embora reconhecendo o caráter anacrônico do atual sistema de votação no Conselho de Segurança, o "Painel" não propôs modificações nessa matéria. Por faltar condições políticas para o sucesso de qualquer proposta suprimindo o veto, o "Painel" propõe que seu emprego deva se limitar às questões realmente vitais. Ainda nessa linha, sugere aos membros permanentes que evitem recorrer de forma excessiva ao veto para não paralisar o Conselho, registrando, ainda, que a partir de 1946 foram apostos 257 vetos, sendo 80 por iniciativa dos Estados Unidos, 122 pela União Soviética/Rússia, e os restantes pelos outros membros permanentes (20). São inúmeras as manifestações pela total supressão do veto. Algumas propostas aparecem indicando que o veto só se aplicaria em questões que deveriam ficar claramente tipificadas no capitulo VII da Carta, outras apontam que da reforma da Carta deveria constar um artigo esclarecendo quais seriam as matérias classificadas como processuais.

(20) Ver SOARES, João Clemente Baena. *O Caminho das Nações Unidas*, pág. 45.

Vale ressaltar que, ainda no campo das sugestões, circulam propostas no sentido de exigir do membro permanente que vetar uma matéria o faça por escrito, esclarecendo as razões que o levaram a tomar tal atitude.

No contexto da projetada reforma do Conselho de Segurança, há outra questão relevante, que deveria ser objeto de discussão e ser destaque na pauta do processo de mudanças. Trata-se da necessidade do estabelecimento de mecanismos de controle da legalidade dos atos praticados pelo Conselho de Segurança.

Essa questão vem sendo discutida pela doutrina desde os primeiros tempos de existência da ONU. Não há, entretanto, um órgão jurídico internacional competente para exercer tal controle. O tema é da maior importância e deveria fazer parte da agenda de reforma das Nações Unidas. Em nenhuma das Comissões que coadjuvaram o secretário-geral nos estudos para a reforma esse assunto foi tratado. Como bem assinala Antônio Augusto Cançado Trindade, "com o passar dos anos, a necessidade desse controle de legalidade tem se tornado manifesta, sobretudo à medida em que as Nações Unidas ocupam um espaço cada vez maior em um cenário internacional marcado por novos e intensos conflitos, inclusive internos. Urge estabelecer um regime jurídico de controle da legalidade dos atos dos órgãos políticos internacionais, no âmbito das reformas da Carta das Nações Unidas" (21).

Em razão disso, entendo que a sugestão mais adequada seria ampliar a competência da Corte Internacional de Justiça e encarregá-la do exercício dessa necessária atividade. Os adversários dessa posição afirmam que sujeitar as decisões do Conselho de Segurança a qualquer tipo de controle externo o enfraqueceria de forma inquestionável (22).

Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar que o problema esteve em pauta na Corte Internacional de Justiça no caso *Lockerbie*, ocasião

(21) *Direito das Organizações Internacionais*, pág. 841.

(22) "Não há órgão específico encarregado de controlar a legalidade dos atos da ONU. O não controle dos atos do CS prende-se à sua importância e o controle pela CIJ o enfraqueceria. Um controle *a priori* seria um entrave à sua rápida atuação. Poderia existir um controle *a posteriori* se a ação fosse ilegal daria margem a uma reparação. Acresce que a Corte tem afastado as denominadas questões políticas que não podem ser solucionadas pelo direito. No caso 'O Incidente Aéreo de *Lockerbie* (1992)' a CIJ afirmou que as obrigações decorrentes de uma resolução do CS são superiores a qualquer outro tratado". Ver Mello, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, págs. 647/648.

em que este Tribunal entendeu que as decisões do Conselho de Segurança, tomadas com fundamento no capítulo VII da Carta, não podem ser reformadas por nenhuma instância internacional, por expressarem obrigações decorrentes de resoluções obrigatórias do mesmo Conselho. Em razão do que estabelece o artigo 103 da Carta da ONU, são superiores a qualquer tratado firmado pelos Estados. Esta referência ao artigo 103 se deu em razão da invocação pela Líbia, perante a Corte Internacional de Justiça, da Convenção de Montreal de 1971 sobre a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil. O governo líbio apontava a Convenção de Montreal para sustentar o pedido de medidas conservatórias que lhe garantissem o direito de julgar em seu território os indiciados no caso da explosão do avião da *Pan Am* quando sobrevoava *Lockerbie*, na Escócia, no dia 21 de dezembro de 1988. Em 1991, a Grã-Bretanha e os Estados Unidos solicitaram a extradição dos responsáveis pelo crime – dois indivíduos de nacionalidade líbia – para serem processados. O governo líbio silenciou-se diante do pedido. Os interessados na extradição recorreram ao Conselho de Segurança e este, mediante resolução com base no capítulo VI da Carta – Resolução 731 de 21 de janeiro de 1992 – ordenou ao governo Khadafi que se manifestasse sobre o pedido de extradição. Diante disso, a Líbia, com base na citada Convenção de Montreal, recorreu à Corte solicitando as medidas conservatórias já mencionadas, uma vez que dispositivos dessa Convenção facultam ao Estado julgar ou extraditar os indiciados. Contudo, em 31 de março de 1992, o Conselho de Segurança aprovou uma nova resolução – Resolução 748 de 31 de março de 1992 –, (23) sobre o assunto, desta feita com fundamento no capítulo VII da Carta, ordenando à Líbia que concedesse a extradição dos dois acusados. A CIJ, em 14 de abril de 1992, negou o pedido líbio., alegando faltar-lhe competência para revisar atos do Conselho de Segurança praticados de conformidade com o capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Esta questão acabou sendo resolvida por acordo entre os Estados Unidos, a Grã-Bretanha e a Líbia (24).

(23) Sobre o tema ver TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*, págs. 823/853.

(24) Ver BEDJAOUI, Mohammed. *Nuevo Orden Mundial y Control de Legalidad de los Actos del Consejo de Seguridad*: Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995. Ver também, do mesmo autor, *Les Relations entre la Cour Internationale de Justice et les Autres Organes Principaux des Nations Unies. In:* BOUTROS Boutros-Ghali – *Amicorum Discipulorumque Liber*. Bruxelles: Bruylant, 1999, págs. 175/226.

Sobre o poder discricionário do Conselho de Segurança em relação ao uso da força, o Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças das Nações Unidas propõe o estabelecimento de critérios que, fixados em resoluções do próprio Conselho e da Assembléia Geral, disciplinem e assegurem legitimidade a essa competência que é atribuída ao Conselho pela Carta da ONU. Para tanto, sugere que o recurso à força deverá, preliminarmente, levar em conta o seguinte: a gravidade da ameaça; verificar se, de fato, foram esgotadas todas medidas não-militares; considerar se a ação terá como objetivo prevenir ou impedir uma ameaça à paz e à segurança internacionais; atentar para a proporcionalidade dos meios militares a serem empregados; e, por fim, antes de decidir usar a força, avaliar, com muito cuidado, as conseqüências da provável ação do Conselho (25).

5 . CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma das Nações Unidas é imprescindível para a continuidade desta importantíssima Instituição. Os problemas que afligem a humanidade são por demais graves e as soluções que exigem são inadiáveis.

Considerando que o Conselho de Segurança é o principal órgão das Nações Unidas, as atenções estão voltadas para a polêmica da ampliação do número de seus membros, sobretudo daqueles com assentos permanentes. A atual composição do Conselho de Segurança configura uma estrutura anacrônica e oligárquica, que está longe de refletir a realidade política do mundo atual. Correntes preocupadas em democratizar as Nações Unidas advogam a supressão do veto e sugerem várias modalidades de votação para o Conselho de Segurança, como, por exemplo, a adoção do voto consensual. Dificilmente os atuais membros permanentes aceitarão a supressão do sistema de votação em vigor. Ele foi criado em Ialta exatamente para proteger os interesses dos Grandes. Contudo, diante do que se passa no mundo atualmente, as Nações Unidas devem ser dotadas de mecanismos modernos que lhe permitam atender com eficiência e legitimidade todas as questões que lhe forem postas pelas entidades

(25) Ver SOARES, João Clemente Baena. *O Caminho das Nações Unidas*, pág. 41.

que compõem a atual sociedade internacional. Nessa direção, a reforma deve levar na devida conta a crescente capacidade da sociedade civil internacional de contribuir para a governança mundial.

As emendas à Carta, para serem aprovadas, devem obedecer ao que dispõe o artigo 108. Embora o texto deste artigo não confira aos membros permanentes o direito de vetar propostas de emendas, estas só entram em vigor se aprovadas por dois terços da Assembléia Geral e ratificadas por dois terços dos membros das Nações Unidas, inclusive todos os membros permanentes do Conselho de Segurança.

As propostas para mudanças no Conselho de Segurança, que estão em pauta, indicam apenas uma ampliação do órgão, uma tentativa de aproximação às realidades da atual distribuição do poder mundial. A ficar assim, sem alteração no sistema de votação, sem uma quebra da estrutura oligárquica implantada em 1945, não haverá, de fato, uma reforma do principal órgão das Nações Unidas.

LA ACUMULACIÓN DE CONDENAS POR LA COMISIÓN DE DIVERSOS CRÍMENES INTERNACIONALES

Valentín BOU FRANCH *
Asociado del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN
II. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA Y PARA RUANDA.
1. Las acusaciones múltiples basadas en los mismos actos.
2. Las condenas acumuladas por crímenes diversos resultantes de los mismos actos.
III. LA COMPLEJIDAD Y LAS DIFICULTADES DE APLICACIÓN DE ESTA JURISPRUDENCIA AL CASO CONCRETO: EL ASUNTO SEMANZA.
1. La Sentencia de la Sala Tercera de Primera Instancia del Tribunal de Ruanda.
A) Los crímenes internacionales por los que se le condenó.
B) Las distintas situaciones de acumulación de condenas.
2. La Sentencia de la Sala de Apelaciones.
A) Las acusaciones múltiples basadas en los mismos actos.
B) La alteración en la calificación de los crímenes cometidos.
C) La acumulación de condenas; IV. Repercusiones para la Corte Penal Internacional.

* Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, España.

Resumen: La práctica judicial internacional demuestra que es muy frecuente que una misma conducta ilícita puede calificarse como constitutiva de dos o más crímenes internacionales del individuo. Sin embargo, en los Estatutos de los tribunales internacionales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda no se ha incluido ninguna disposición que regule si se puede o no, y en qué circunstancias, proceder a la acumulación de condenas por diversos crímenes internacionales resultantes de una misma conducta ilícita.

Ante el silencio estatutario, la jurisprudencia de los tribunales internacionales penales *ad hoc* ha consolidado una importante doctrina judicial, que comprende tanto la respuesta a si es lícito proceder o no a una acumulación de acusaciones, como en qué casos está permitido realizar una acumulación de condenas. Según esta doctrina judicial, razones de justicia para con el acusado y la consideración de que sólo crímenes distintos pueden justificar la imposición de condenas múltiples, llevan a la conclusión de que las condenas penales múltiples impuestas de conformidad con distintas disposiciones estatutarias pero basadas en la misma conducta sólo están permitidas si cada disposición estatutaria tiene un elemento distinto materialmente que no se contiene en la otra. Un elemento es distinto materialmente de otro si requiere la prueba de un hecho que no se requiere por el otro. Si este criterio no se cumple, entonces el Tribunal deberá decidir respecto de qué crimen impondrá una condena. Esto deberá hacerse basándose en el principio de que deberá prevalecer la condena impuesta conforme a la disposición estatutaria que sea más específica. En consecuencia, si una serie de actos se regula en dos disposiciones estatutarias y sólo una de ellas contiene un elemento adicional que es materialmente distinto, entonces sólo se deberá imponer condena conforme a esta disposición.

Aunque esta jurisprudencia es firme y clara, no está exenta de dificultades en su aplicación al caso concreto, como se demuestra con el análisis del asunto *Semanza*, tanto ante la Sala Tercera de Primera Instancia como ante la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para Ruanda.

Finalmente, se examinan las posibilidades de aplicación de esta jurisprudencia en la inminente actividad judicial de la Corte Penal Internacional. En este caso, tampoco el Estatuto de Roma contiene disposición alguna sobre la acumulación de condenas, por lo que ante el mismo problema práctico es muy probable que la Corte Penal Internacional aplique la doctrina judicial firme de los tribunales internacionales penales *ad hoc*. La regulación de los distintos crímenes internacionales del individuo que se contiene en el Estatuto de Roma, caracterizada por contener listas cerradas de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, así como la técnica seguida en la redacción del documento titulado "Elementos de los crímenes", favorecen la recepción de esta doctrina judicial. Además, la práctica incipiente de la Corte Penal Internacional está confirmando que el problema práctico de una eventual acumulación de condenas ya está presente en el primer caso planteado ante la Corte.

Abstract: The international case law shows that the usual practice is that the same illicit conduct may be qualified as constituting two or more international crimes of an individual. However, in the Statutes of the *ad hoc* International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda there is no stipulation providing for whether it is allowed or not, and in what circumstances cumulative convictions are permissible.

Due to this legal lagoon, the jurisprudence of the *ad hoc* International Criminal Tribunals has consolidated an important judicial doctrine. This doctrine includes both the answer to whether cumulative charging is legal or not, as well as in what cases cumulative convictions is permissible. According to this judicial doctrine, reasons of fairness to the accused and the consideration that only distinct crimes may justify multiple convictions, lead to the conclusion that multiple criminal convictions entered under different statutory provisions but based on the same conduct are permissible only if each statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other. Where this test is not met, the Tribunal must decide in relation to which offence it will enter a conviction. This should be done on the basis of the principle that the conviction under the more specific provision should be upheld. Thus, if a set of facts is regulated by two provisions, one of which contains an additional materially distinct element, then a conviction should be entered only under that provision.

Although this jurisprudence is settled, it is not exempt of difficulties in its application to a particular case, as it is shown by the analysis of the *Semanza* case, both before Trial Chamber Three and before the Appeals Chamber of International Criminal Tribunal for Rwanda.

Finally, these paper exams the chances of the application of this jurisprudence in the imminent beginning of the judicial activity of the International Criminal Court. Neither in this case has the Rome Statute contained provisions for cumulative convictions. Hence, when the same practical problem arises, it will be very probable that the International Criminal Court will apply the settled jurisprudence of the *ad hoc* International Criminal Tribunals. The regulation of the different international crimes of the individual in the Rome Statute, characterised by closed lists of the crimes of genocide, against humanity and war crimes, as well as the technique followed in the drawing of the document entitled "Elements of the Crimes" pave the way to the reception of this judicial doctrine. Moreover, the initial practice of the International Criminal Court is confirming that the practical problem of eventual cumulative convictions is already present in the first case opened before the Court.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los puntos más débiles de la justicia internacional penal es el carácter sumamente genérico de las disposiciones contenidas en los Estatutos del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (TIPY)(1), del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR)(2) y de la propia Corte Penal Internacional (CPI) (3) relativas a la determinación de las penas a imponer para cada crimen concreto que se cometa. Este

(1) Resolución 827 (1993), de 5-V-1993, del Consejo de Seguridad, enmendada por las Resoluciones 1166 (1998), de 13-V-1998; 1329 (2000), de 30-XI-2000; 1411 (2002), de 17-V-2002; 1431 (2002), de 14-VIII-20002; 1481 (2003), de 19-V-2003; 1597 (2005), de 20-IV-2005; y 1660 (2006), de 28-II-2006.

(2) Resolución 955 (1994), de 8-XI-1994, del Consejo de Seguridad, enmendada por las Resoluciones 1165 (1998), de 30-IV-1998; 1329 (2000), de 30-XI-2000; 1411 (2002), de 17-V-2002; 1431 (2002), de 14-VIII-2002; y 1512 (2003), de 27-X-2003.

(3) El texto del Estatuto de Roma de la CPI, que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17-VII-1998, fue enmendado por los *procès-verbaux* de 10-XI-1998, 12-VII-1999, 30-XI-1999, 8-V-2000, 17-I-2001 y 16-I-2002. El Estatuto entró en vigor el 1-VII-2002.

problema se agrava aún más en los supuestos en los que un comportamiento criminal es susceptible de configurarse como constitutivo de dos o más crímenes internacionales distintos. Frente a este problema, los tres Estatutos guardan el más absoluto silencio acerca de si está permitido o no en Derecho proceder a una acumulación de condenas por todos los crímenes resultantes de un mismo comportamiento ilícito.

A este problema se han enfrentado con un planteamiento muy innovador tanto la jurisprudencia del TIPY como del TIPR, llegando a consolidar una importante doctrina judicial. En la respuesta alcanzada por la jurisprudencia internacional late el deseo de lograr un equilibrio delicado entre la exigencia de que la pena que se imponga refleje la totalidad de la conducta criminal de un acusado, con la garantía esencial de que al acusado no se le castigue dos o más veces por el mismo comportamiento ilícito (non bis in idem).

Prácticamente en todos los asuntos planteados ante el TIPY y ante el TIPR ha surgido siempre la cuestión de si un acusado puede o no ser condenado por múltiples crímenes basados en los mismos actos (4). De ahí que, al abordar el problema de cuándo está permitida una acumulación de condenas, la respuesta judicial ha consistido en solucionar dos interrogantes distintos. El primero es si la Oficina del Fiscal puede presentar múltiples acusaciones basadas en los mismos actos y, el segundo, consiste en la posibilidad de que los tribunales internacionales dicten condenas acumuladas por distintos crímenes resultantes de unos mismos actos.

II. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA Y PARA RUANDA

1. Las acusaciones múltiples basadas en los mismos actos.

Por lo que se refiere al primer problema, es decir, sobre si es correcta o no la actitud adoptada por la Oficina del Fiscal de presentar múltiples acusaciones contra uno o varios procesados basadas en los mismos actos, esta cuestión fue abordada en primer lugar por la Sala de Apelaciones del

(4) Trial Chamber II of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 1 December 2003. *The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, pár. 745.

TIPY en su Sentencia en el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"*, al sostener que:

> *"Cumulative charging is to be allowed in light of the fact that, prior to the presentation of all of the evidence, it is not possible to determine to a certainty which of the charges brought against an accused will be proven. The Trial Chamber is better poised, after the parties' presentation of the evidence, to evaluate which of the charges may be retained, based upon the sufficiency of the evidence. In addition, cumulative charging constitutes the usual practice of both this Tribunal and the ICTR"* (5).

La confirmación por la Sala de Apelaciones del TIPY de la pertinencia de la actitud de la Oficina del Fiscal de presentar acusaciones múltiples contra uno o varios procesados basadas en los mismos actos fue inmediatamente seguida por sus diversas Salas de Primera Instancia, consolidándose de esta manera esta doctrina judicial.

En el caso del TIPR, cabe recordar que la Sala de Apelaciones, en su Sentencia en el asunto *Musema*, citando la jurisprudencia previa del TIPY, afirmó que el párrafo apenas reproducido *"reflects a general principle and is equally applicable to ICTR"*, confirmando en consecuencia que las acusaciones acumuladas están permitidas en general (6). También en este caso, esta doctrina judicial fue asumida inmediata y constantemente por las diversas Salas de Primera Instancia del TIPR. Así, siempre que los Abogados de la Defensa cuestionaron la legalidad de que la Oficina del Fiscal presentara acusaciones múltiples contra uno o varios procesados basadas en las mismas conductas, esta alegación fue siempre desestimada (7).

(5) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 20 February 2001. *Prosecutor v. Zejnil Delali_, Zdravko Muci_ (aka "Pavo"), Hazim Deli_* and *Esad Land_o (aka "Zenga"), alias "_elebi_i"*, pár. 400.

(6) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 16 November 2001. *Alfred Musema v. the Prosecutor*, pár. 369.

(7) Véanse, entre otras, las siguientes Sentencias: Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, pár. 408; Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 3 December 2003. *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza* and *Hassan Ngeze*, pár. 1089; etc. Téngase igualmente en cuenta que, incluso antes de que la Sala de Apelaciones del TIPR se pronunciara sobre este particular, su Sala Primera de Primera Instancia ya había aplicado esta doctrina judicial en: Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of 7 June 2001. *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, págs. 108-109.

2. Las condenas acumuladas por crímenes diversos resultantes de los mismos actos.

Más compleja es la respuesta al segundo interrogante planteado. En el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"*, la doctrina judicial que consideramos relevante a este respecto fue enunciada por la Sala de Apelaciones del TIPY de la siguiente forma:

> *"Having considered the different approaches expressed on this issue both within this Tribunal and other jurisdictions, this Appeals Chamber holds that reasons of fairness to the accused and the consideration that only distinct crimes may justify multiple convictions, lead to the conclusion that multiple criminal convictions entered under different statutory provisions but based on the same conduct are permissible only if each statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other.*
>
> *Where this test is not met, the Chamber must decide in relation to which offence it will enter a conviction. This should be done on the basis of the principle that the conviction under the more specific provision should be upheld. Thus, if a set of facts is regulated by two provisions, one of which contains an additional materially distinct element, then a conviction should be entered only under that provision"* (8).

Aplicando esta doctrina judicial al caso concreto que se le planteó en el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"*, la Sala de Apelaciones del TIPY concluyó afirmando que entre los crímenes previstos en el artículo 2 del Estatuto del TIPY ("violaciones graves de los Convenios de Ginebra

(8) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 20 February 2001. *Prosecutor v. Zejnil Delali_, Zdravko Muci_ (aka "Pavo"), Hazim Deli_* and *Esad Land_o (aka "Zenga"), alias "_elebi_i"*, cit., págs. 412-413. Esta doctrina judicial de la Sala de Apelaciones del TIPY fue aplicada inmediatamente por sus Salas de Primera Instancia, entre otros, en los siguientes asuntos: Trial Chamber II of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 22 February 2001. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kova_* and *Zoran Vukovi_*, págs. 547 y 549-551; Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 26 February 2001. *Prosecutor v. Dario Kordi_* and *Mario _erkez*, págs. 814-826; y Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 2 August 2001. *Prosecutor v. Radislav Krsti_*, págs. 656-688; etc.

de 1949") y los crímenes previstos en el artículo 3 de su Estatuto ("violaciones de las leyes o usos de la guerra") (9), no se podían mantener las condenas múltiples impuestas en la Sentencia de su Sala de Primera Instancia de fecha 16-XI-1998. La Sala de Apelaciones sostuvo esta afirmación al considerar que es cierto que los crímenes previstos en el artículo 2 de su Estatuto contienen un elemento material distinto que no se contiene en los crímenes previstos en el artículo 3 de su Estatuto, pero comprobó que este criterio no se da a la inversa. Conforme a la doctrina judicial que se contiene en el párrafo segundo apenas reproducido, la Sala de Apelaciones del TIPY mantuvo las condenas impuestas en virtud del artículo 2, pero anuló las condenas impuestas por infracción del artículo 3 de su Estatuto.

En su Sentencia en el asunto *Musema*, la Sala de Apelaciones del TIPR finalmente tuvo la oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre esta cuestión (10). El tema, tal y como se planteó en este asunto, fue si estaba permitido condenar al acusado tanto por un crimen de genocidio como por un crimen de lesa humanidad de exterminio, basados ambos en los mismos actos. En esta ocasión, la Sala de Apelaciones del TIPR, aprobando y aplicando la doctrina judicial que fue enunciada por la Sala de Apelaciones del TIPY en el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"*, sostuvo que sí estaba permitido condenar de esta forma al acusado (11). En su Sentencia en el asunto Musema, la Sala de Apelaciones del TIPR también observó lo siguiente:

> *"In the Jelisi_ Appeal Judgment, ICTY Appeals Chamber adopted the reasoning it had followed in the _elebi_i case, and held that the multiple convictions entered under Article 3 and Article 5 of ICTY Statute are permissible because each Article contained a distinct element requiring proof of a fact not required by the other Article"* (12).

(9) En este asunto, se plantearon hasta cuatro supuestos de condenas múltiples entre los siguientes binomios de crímenes de guerra: (1) homicidios intencionales conforme al artículo 2.a) del Estatuto del TIPY y homicidios conforme al artículo 3 (art. 3 común); (2) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud conforme al artículo 2.c) y tratos crueles conforme al artículo 3 (art. 3 común); (3) tortura conforme al artículo 2.b) y tortura conforme al artículo 3 (art. 3 común); y (4) tratos inhumanos conforme al artículo 2.b) y tratos crueles conforme al artículo 3 (art. 3 común). *Ibíd.*, pár. 414.

(10) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 16 November 2001. *Alfred Musema v. the Prosecutor, cit.*, págs. 346-368.

(11) *Ibíd.*, pár. 370.

(12) *Ibíd.*, pár. 362.

La acumulación de condenas por crímenes distintos pero basados en los mismos actos que se planteó a la Sala de Apelaciones del TIPY en el asunto *Jelisi_* afectaba a crímenes distintos de los que se habían discutido en el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"*. En el asunto *Jelisi_*, la acumulación de condenas afectaba a crímenes previstos en el artículo 3 del Estatuto del TIPY ("Violación de las leyes o usos de la guerra") y a crímenes previstos en el artículo 5 de su Estatuto ("Crímenes de lesa humanidad"). Ante esta situación distinta, la conclusión que alcanzó la Sala de Apelaciones del TIPY, en su Sentencia en el asunto *Jelisi_*, aplicando la doctrina judicial formulada en el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"*, fue la siguiente:

> *"(...) Article 3 requires a close link between the acts of the accused and the armed conflict; this element is not required under Article 5. On the other hand, Article 5 requires proof that the act occurred as part of a widespread or systematic attack against a civilian population; that element is not required by Article 3. Thus each Article has an element requiring proof of a fact not required by the other. As a result, cumulative convictions under both Article 3 and Article 5 are permissible"* (13).

Después de revisar las Sentencias de la Sala de Apelaciones del TIPY en estos dos asuntos, la Sala de Apelaciones del TIPR, en su Sentencia en el asunto *Musema*, aprobó la doctrina judicial asentada en ellas, indicando que la misma *"reflects general, objective criteria enabling a Chamber to determine when it may enter or affirm multiple convictions based on the same acts"* y confirmó esta doctrina judicial como *"the test to be applied with respect to multiple convictions arising under ICTR Statute" (14)*.

Cabe señalar, lo que calificamos como altamente relevante, que tanto la Sala de Apelaciones del TIPY como la del TIPR especificaron, además, qué elementos de los crímenes deben tomarse en consideración al aplicar esta doctrina judicial. En este sentido, en su Sentencia en el asunto *Musema*, la Sala de Apelaciones del TIPR sostuvo que:

(13) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 5 July 2001. *Prosecutor v. Goran Jelisi_*, pár. 82.

(14) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 16 November 2001. *Alfred Musema v. the Prosecutor, cit.*, pár. 363.

"The Appeals Chamber further endorses the approach of the _elebi_i Appeal Judgment, with regard to the elements of the offences to be taken into consideration in the application of this test. In applying this test, all the legal elements of the offences, including those contained in the provisions' introductory paragraph, must be taken into account" (15).

Aplicando esta doctrina judicial al caso concreto que se le planteaba en el asunto *Musema*, la Sala de Apelaciones del TIPR sostuvo que:

"Applying the provisions of the test articulated above, the first issue is whether a given statutory provision has a materially distinct element not contained in the other provision, an element being regarded as materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other.

Genocide requires proof of an intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group; this is not required by extermination as a crime against humanity. Extermination as a crime against humanity requires proof that the crime was committed as a part of a widespread or systematic attack against a civilian population, which proof is not required in the case of genocide.

As a result, the applicable test with respect to double convictions for genocide and extermination as a crime against humanity is satisfied; these convictions are permissible. Accordingly, Musema's ground of appeal on this point is dismissed" (16).

Ahora bien, al decidir este punto, la Sala de Apelaciones del TIPR declinó expresamente el pronunciarse, como le requería la Oficina del Fiscal, sobre la cuestión más genérica acerca de si las condenas múltiples conforme a distintos artículos del Estatuto del TIPR, pero basadas en los mismos actos, están siempre permitidas o no (17). Pese a que es altamente comprensible la reticencia de los tribunales internacionales a pronunciarse sobre cuestiones que no son necesarias para solucionar el caso concreto que se les plantea en cada ocasión, al menos doctrinalmente sí se debe intentar dar respuesta a este interrogante. Para ello, considero que resulta sumamente útil tener en cuenta dos datos. El primer elemento que considero relevante es la aplicación que, en su Sentencia en el asunto *Rutaganda*, realizó la Sala de Apelaciones del TIPR de esta doctrina judicial. En este asunto, la Sala de Apelaciones del TIPR se enfrentó a una acumulación de condenas en las que los mismos actos se declararon constitutivos de un crimen de genocidio por matanza de miembros del grupo, regulado en el artículo 2.2.a) del Estatuto del TIPR (cargo incriminador 1); de un crimen de lesa humanidad de exterminio, regulado en el artículo 3.b) (cargo incriminador 2); y de crímenes de guerra de homicidios intencionales por violación del artículo 3 común, regulados en el artículo 4.a) del Estatuto del TIPR (cargos incriminadores 4 y 6). Ante esta situación, la Sala afirmó lo siguiente:

"The Appeals Chamber considers that each of the convictions against Rutaganda on Counts 4 and 6 (murders as violations of common Article 3 of the Geneva Conventions) has a materially distinct element not required for the convictions on Counts 1 and/or 2, namely the existence of a nexus between the alleged crimes and the armed conflict satisfying the requirements of common Article 3 of the Geneva Conventions and Article 1 of the Additional Protocol II. The conviction on Count 1 requires proof of a materially distinct element not required for the convictions on Counts 4 and 6, namely specific intent (dolus specialis). Finally, the conviction on Count 2 requires proof of a materially distinct element not required for the convictions on Counts 4 and 6, namely a widespread or systematic attack against a civilian population" (18).

En consecuencia, la Sala de Apelaciones del TIPR concluyó que sí que está permitida la acumulación de condenas cuando unos mismos actos se pueden calificar como crimen de genocidio, como crimen de lesa humanidad y como crímenes de guerra.

(15) *Ibíd.*, pár. 363. En la jurisprudencia de las Salas de Primera Instancia del TIPR, véase igualmente: Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 409.

(16) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 16 November 2001. *Alfred Musema v. the Prosecutor, cit.*, págs. 364-366.

(17) *Ibíd.*, pár. 368. También hizo lo mismo su Sala Segunda de Primera Instancia en: Trial Chamber II of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 1 December 2003. *The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli, cit.*, pár. 753.

(18) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 26 May 2003. *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda v. the Prosecutor*, pár. 583.

El segundo dato a tener en cuenta es la reglamentación concreta que de los diversos crímenes se contiene en los Estatutos del TIPY y del TIPR. En el caso de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, cabe observar que siempre se han regulado con carácter independiente o autónomo en un artículo único en los dos Estatutos (en el caso del crimen de genocidio, el art. 4 del Estatuto del TIPY y el art. 2 del Estatuto del TIPR. En el caso de los crímenes de lesa humanidad, el art. 5 del Estatuto del TIPY y el art. 3 del Estatuto del TIPR). Sin embargo, con los crímenes de guerra no se ha seguido esta técnica legal, pues aún cuando su reglamentación siempre ha sido autónoma o independiente de los demás crímenes en los dos Estatutos, no necesariamente se han regulado en un artículo único. En el caso del Estatuto del TIPY, ya se ha señalado que los crímenes de guerra están regulados en dos artículos distintos, el artículo 2, titulado "Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949", y el artículo 3, titulado "Violaciones de las leyes o usos de la guerra". Frente a ello, en el Estatuto del TIPR los crímenes de guerra están regulados en un artículo único (el art. 4).

Teniendo estos datos en cuenta, cabe inducir de la jurisprudencia internacional las tres siguientes conclusiones. En primer lugar, tal y como se demostró en la Sentencia de la Sala de Apelaciones del TIPR en el asunto *Rutaganda*, entre otras, siempre estará permitido el acumular condenas cuando los mismos actos se puedan calificar como crimen de guerra y como crimen de genocidio o crimen de lesa humanidad (o ambos a la vez). En segundo lugar, como demuestra, entre otras, la Sentencia de la Sala de Apelaciones del TIPR en el asunto *Musema*, también estará siempre permitido acumular condenas cuando unos mismos actos se califiquen como crimen de genocidio y como crimen de lesa humanidad (19). En tercer lugar, como demuestra la Sentencia de la Sala de Apelaciones del TIPY en el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"*, el único caso en el que no está permitido acumular condenas se produce cuando unos mismos actos se califican como constitutivos de un crimen previsto en el artículo 2 del Estatuto del TIPY y como un crimen previsto en el artículo 3 del mismo Estatuto.

(19) Véase en el mismo sentido Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 3 December 2003. *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza* and *Hassan Ngeze, cit.*, pár. 1090.

Esta última eventualidad resulta imposible en el caso del Estatuto del TIPR, al contenerse, como ya se ha señalado, la regulación de los crímenes de guerra en un artículo único. Por ello, cabe concluir que en el Estatuto del TIPR siempre y en todos los casos será posible acumular, con carácter general, condenas cuando unos mismos actos se puedan calificar como constitutivos de crímenes regulados en distintos artículos.

III. LA COMPLEJIDAD Y LAS DIFICULTADES DE APLICACIÓN DE ESTA JURISPRUDENCIA AL CASO CONCRETO: EL ASUNTO *SEMANZA*

Aunque la jurisprudencia apenas comentada tanto del TIPY como del TIPR es firme y clara, ello no obsta para que, en su concreción en un caso determinado, se hagan evidentes tanto su complejidad como las dificultades prácticas de su aplicación. Para comentarlas, he considerado oportuno analizarlas a partir de un caso concreto, habiendo elegido para ello el asunto del Fiscal contra *Laurent Semanza*, planteado ante el TIPR. En este asunto, tanto en el momento en el que la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR dictó su Sentencia, como cuando la Sala de Apelaciones resolvió en apelación, la jurisprudencia sobre la acumulación de condenas ya era firme y estaba bien consolidada.

1. La sentencia de la Sala tercera de Primera Instancia del Tribunal de Ruanda.

En su Sentencia de 15-V-2003 en el asunto *Semanza*, la Sala Tercera de Primera Instancia tuvo que abordar, en primer lugar, la alegación del Abogado de la Defensa acerca de la inadmisiblidad del Acta de acusación presentada por la Oficina del Fiscal contra su representado. El Abogado de la Defensa sostuvo que el Acta de la Oficina del Fiscal se debía declarar inadmisible por acusar acumuladamente con múltiples crímenes resultantes de un único comportamiento (20). La Defensa también argumentó que debería considerarse inadmisible en Derecho que en el Acta de acusación se imputaran los mismos actos como constitutivos de genocidio, de

(20) *Defence Closing Brief*, pp. 19-21, 73 y 74, en *The Prosecutor v. Laurent Semanza*.

crímenes de lesa humanidad y de violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II (21). La Defensa afirmó, además, que no debería permitirse que se acusara simultáneamente a un individuo por los mismos actos como autor y como cómplice de un mismo crimen de genocidio (22). Todas estas alegaciones fueron desestimadas en bloque, al afirmar la Sala de Primera Instancia que: *"The Chamber finds that these arguments lack merit and emphasises that the Appeals Chamber has confirmed the propriety of charging cumulative"* (23).

En realidad, la posibilidad de acumulación de acusaciones a quien obliga es a la Oficina del Fiscal. Es el Fiscal quien deberá presentar tantas acusaciones o cargos incriminadores como crímenes internacionales crea que se han cometido. La práctica unánime de la Oficina del Fiscal, tanto ante el TIPY como ante el TIPR, ha consistido en formular un cargo incriminador por cada crimen internacional del individuo respecto de los que considere que existen indicios de su comisión. Sin embargo, ya de entrada la Oficina del Fiscal se distanció de esta práctica en el asunto *Semanza*, al menos respecto de dos cargos incriminadores. El cargo incriminador 1 fue la alegación de que al Sr. Semanza se le debía de considerar autor principal de un crimen de genocidio (por las masacres cometidas en la Iglesia de *Musha* y en la Colina de *Mwulire*) "por matanzas de miembros del grupo y por lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo", mientras que en el cargo incriminador 3 se le imputaba el mismo crimen en condición de cómplice. Si se hubiese respetado la práctica de la propia Oficina del Fiscal, cada uno de estos cargos incriminadores debería haberse desdoblado y se debería haber acusado al Sr. *Semanza*, como autor principal y como cómplice, de cometer un crimen de genocidio previsto en el artículo 2.2.a) del Estatuto del TIPR (es decir, un crimen de genocidio mediante matanzas de miembros del grupo) y de un segundo crimen de genocidio previsto en el artículo 2.2.b) del Estatuto del TIPR (es decir, un crimen de genocidio por lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo). Frente a ello, la Oficina del Fiscal prefirió fusionar estas dos disposiciones estatutarias en un único crimen de genocidio "por matanzas de miembros del grupo y por lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo". Crimen de genocidio que, en realidad, no existe en el Estatuto del TIPR.

(21) *Defence Closing Brief*, p. 19, en *ibíd.*

(22) *Defence Closing Brief*, p. 73, en *ibíd.*

(23) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, págs. 60 y 408. Al realizar esta afirmación, la Sala tuvo expresamente en cuenta los siguientes antecedentes jurisprudenciales: Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 20 February 2001. *Prosecutor v. Zejnil Delali_, Zdravko Muci_ (aka "Pavo"), Hazim Deli_* and *Esad Land_o (aka "Zenga"), alias "_elebi_i", cit.*, pár. 400; Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of 7 June 2001. *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema, cit.*, págs. 108-109; Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 16 November 2001. *Alfred Musema v. the Prosecutor, cit.*, pár. 369; y Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 12 June 2002. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kova_ and Zoran Vukovi_*, pár. 167.

Por otra parte, en este asunto, antes de realizar sus determinaciones jurídicas acerca de qué crímenes concretos se habían cometido efectivamente, la Sala de Primera Instancia declaró que el Derecho aplicable a las eventuales acumulaciones de condenas era el siguiente:

> *"In Musema, the Appeals Chamber also held that multiple criminal convictions under different statutory provisions, but based on the same conduct, are permissible if each statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the other. The Appeals Chamber explained that an element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other"* (24).

En consecuencia, la jurisprudencia internacional sobre acumulación de condenas por diversos crímenes resultantes del mismo comportamiento no sólo estaba consolidada en el momento de dictarse la presente Sentencia, sino que estuvo expresamente reconocida como tal por la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR.

A) Los crímenes internacionales por los que se le condenó

En este asunto, la Sala condenó al Sr. *Laurent Semanza* como respon-

(24) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 409. Al realizar esta afirmación, la Sala tuvo específicamente en cuenta la siguiente jurisprudencia: Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 20 February 2001. *Prosecutor v. Zejnil Delali_, Zdravko Muci_ (aka "Pavo"), Hazim Deli_* and *Esad Land_o (aka "Zenga"), alias "_elebi_i", cit.*, págs. 412-413; y Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 16 November 2001. *Alfred Musema v. the Prosecutor, cit.*, págs. 361-365.

sable individual de nueve crímenes internacionales resultantes de tres comportamientos ilícitos distintos.

El primer comportamiento ilícito probado del Sr. *Semanza* consistió en reunir a los milicianos de la *Interahamwe* para ayudar en las matanzas de cientos de refugiados *Tutsis* que tuvieron lugar en la Iglesia de *Musha* el 13-IV-1994; en participar en la separación de los *Tutsis* respecto de los refugiados *Hutus* en la Iglesia de *Musha* el 13-IV-1994 y dirigir las matanzas de los refugiados *Tutsis*; y en participar en las matanzas de unos diez mil refugiados civiles *Tutsis* en la Colina de *Mwulire* el 18-IV-1994, mediante el transporte de soldados y de milicianos de la *Interahamwe* quienes tuvieron un protagonismo activo en tales matanzas.

Por este primer comportamiento, la Sala de Primera Instancia condenó al Sr. *Semanza* por cuatro crímenes internacionales, como: (1) responsable penal individual en condición de cómplice (art. 2.3.e) del Estatuto del TIPR) por "ayudar" en la comisión de un único crimen de genocidio (25) "por matanzas de miembros del grupo y por lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo" (art. 2.2.a) y b) del Estatuto del TIPR) (cargo incriminador 3); y lo consideró no culpable del mismo crimen en condición de autor principal (art. 2.3.a) del Estatuto del TIPR) (cargo incriminador 1)(26) ; (2) responsable penal individual en condición de cómplice por "ayudar" en la comisión de un crimen de lesa humanidad de asesinato (art. 3.a) del Estatuto del TIPR (cargo incriminador 4); (3) responsable penal individual en condición de cómplice por "ayudar" en la comisión de un crimen de lesa humanidad de exterminio (cargo incriminador 5); y (4) responsable penal individual en condición de cómplice por "ayudar" en la comisión de un crimen de guerra de homicidio intencional cometido en un conflicto armado no internacional (cargo incriminador 7) (27).

(25) Parece inducirse de la Sentencia que la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR entendió que las dos masacres cometidas (en la Iglesia de *Musha* y en la Colina de *Mwulire*) constituyen un único crimen de genocidio por considerarlo el mismo comportamiento criminal continuado en el tiempo.

(26) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, págs. 435-436.

(27) Por una mayoría de dos votos contra uno, la Sala concluyó que estos actos constituyen también violaciones del artículo 4.a) del Estatuto del TIPR, es decir, un crimen de guerra de homicidio intencional. *Ibíd.*, pár. 535. El Juez Presidente Sr. *Yakov Ostrovsky* consideró que el Sr. Semanza no había cometido ningún crimen de guerra, al no probarse la existencia de vínculo alguno entre los crímenes efectivamente cometidos y el conflicto armado que asoló Ruanda. *Cfr.* Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Separate Opinion of Judge Yakov Ostrovsky Concerning Serious Violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and Additional Protocol II. The Prosecutor v. Laurent Semanza*, pár. 79.

El segundo comportamiento ilegal declarado probado e imputado al Sr. *Semanza* consistió en dirigirse a una multitud, animándoles a violar a las mujeres *Tutsis* antes de matarlas, resultando en la violación probada de la víctima A y de la muerte probada de la víctima B, así como en torturar durante un interrogatorio a la víctima C hasta causarle la muerte.

Por este segundo comportamiento, la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR condenó al Sr. *Semanza* por otros cuatro crímenes internacionales, como: (1) responsable penal individual de incitación al crimen de lesa humanidad de violación (art. 3.g) del Estatuto del TIPR) respecto de la víctima A (cargo incriminador 10) (28); (2) responsable penal individual, en condición de autor principal en relación con la víctima C y como instigador en relación con la víctima A, de un crimen de lesa humanidad de tortura (art. 3.f) del Estatuto del TIPR) (cargo incriminador 11) (29); (3) responsable penal individual, en condición de autor principal en relación con la víctima C y como instigador en relación con la víctima B, de un crimen de lesa humanidad de asesinato (art. 3.a) del Estatuto del TIPR) (cargo incriminador 12) (30); y (4) responsable penal individual en condición de instigador de la violación y tortura de la víctima A y del homicidio de la víctima B y en condición de autor principal de la tortura y homicidio intencional de la víctima C, constitutivos de un crimen de guerra (cargo incriminador 13) (31).

El tercer comportamiento ilegal declarado probado del Sr. *Semanza* consistió en informar a un grupo de milicianos de la *Interahamwe* que a

(28) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 479.

(29) *Ibíd.*, pár. 488.

(30) *Ibíd.*, pár. 494.

(31) De nuevo por una mayoría de votos de dos contra uno, la Sala concluyó que estos actos también constituyen violaciones del artículo 4.a) del Estatuto del TIPR, es decir, crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional resultantes de "los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal". Ibíd., pár. 551. Sobre las razones del voto en contra, véase Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Separate Opinion of Judge Yakov Ostrovsky Concerning Serious Violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and Additional Protocol II. The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 79.

los miembros de una familia *Tutsi* concreta todavía no les habían matado y que ningún Tutsi debía sobrevivir, lo que terminó con la muerte de cuatro miembros de esa familia (víctimas D, E, F y G) y de dos de sus vecinos (víctimas H y J). Por este comportamiento, la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR le condenó como responsable penal individual en condición de instigador en relación con las víctimas D, E, F, G, H y J de un crimen de lesa humanidad de asesinato (art. 3.a) del Estatuto del TIPR) (cargo incriminador 14) (32).

B) Las distintas situaciones de acumulación de condenas

Una vez establecidos los nueve crímenes internacionales resultantes de tres comportamientos ilícitos de los que consideró responsable penal individual al Sr. *Semanza*, la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR se enfrentó en este asunto a tres posibles situaciones de acumulación de condenas, respecto de las cuales su actuación fue bastante dispar.

La primera situación de acumulación de condenas se refiere a la eventual acumulación de las condenas impuestas por la comisión de diversos crímenes de lesa humanidad resultantes de un mismo comportamiento, es decir, a un supuesto de acumulación de condenas *intra* artículo 3 del Estatuto del TIPR. En esta situación, la Sala abordó hasta cuatro posibles casos de acumulación de condenas por cometer diversos crímenes de lesa humanidad previstos en el artículo 3 de su Estatuto.

El primer caso fue el relativo a una eventual acumulación de condenas por los crímenes de lesa humanidad de asesinato y de exterminio mediante matanzas (33). En este caso, el análisis contenido en la Sentencia resulta altamente elogiable. La Sala de Primera Instancia, recordando la doctrina judicial de la Sala de Apelaciones del TIPR en el asunto *Musema*, concluyó afirmando, en primer lugar, que el asesinato y el exterminio como crímenes de lesa humanidad exigen cada uno de ellos la prueba de un elemento del crimen que no se requiere para el otro crimen. El asesinato como crimen de lesa humanidad exige probar el elemento de premeditación, que no se requiere para las matanzas que constituyen el exterminio. Por su parte, el crimen de exterminio contiene un elemento de matanzas masivas que no se requiere para el asesinato. En consecuencia, la Sala concluyó afirmado que *"the two crimes are legally distinct"* (34). No obstante, con un ejercicio laudable de realismo judicial, la Sala de Primera Instancia consideró que:

> *"Cumulative convictions based on the same facts are permissible when the crimes have distinct elements, as they serve to describe the full culpability of the Accused and to provide a complete picture of his criminal conduct* (35). *However, the Chamber takes note of the recent instruction of the ICTY Appeals Chamber that the distinct elements test for permissible cumulative convictions should not be applied mechanically or blindly. The ICTY Appeals Chamber has urged that care is needed in applying the elements test so as to avoid prejudice to the accused"* (36).

La Sala de Primera Instancia afirmó que el único elemento que cualifica y distingue al asesinato como crimen de lesa humanidad es su elemento "mental", es decir, que la muerte de una persona se cometa con premeditación. La Sala consideró, además, que los elementos constitutivos de los crímenes de asesinato y de exterminio mediante la matanza directa de personas no son "materialmente diferentes". La premeditación, que requiere planear, preparar o, como mínimo, un momento frío de reflexión (37), es cierto que no se exige jurídicamente para la comisión de un crimen de exterminio mediante matanzas. Sin embargó, la Sala consideró que resulta difícil de imaginar cómo una persona puede pretender perpetrar una matanza masiva de miembros de una población civil con conocimiento de que ello forma parte de un ataque más amplio, sin un nivel de intención que se aproxima mucho o es idéntico a la premeditación. En la

(32) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 499.

(33) El Sr. Semanza había sido considerado responsable penal individual de asesinato y de exterminio como crímenes de lesa humanidad respecto de las mismas circunstancias fácticas, en concreto, las masacres cometidas en la Iglesia de *Musha* y en la Colina de *Mwulire*.

(34) *Ibíd.*, pár. 500.

(35) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 12 June 2002. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kova_* and *Zoran Vukovi_*, *cit.*, pár. 169.

(36) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 501, citando a: Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 12 June 2002. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kova_* and *Zoran Vukovi_, cit.*, págs. 168-174.

(37) Como lo afirmó la Trial Chamber II of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of 21 May 1999. *The Prosecutor v. Clément Kayishema* and *Obed Ruzindana*, pár. 139.

práctica, los actos que se utilizan para probar el elemento "mental" del asesinato son los mismos que se utilizan para probar el elemento "mental" del exterminio mediante matanzas. Por lo tanto, la Sala concluyó afirmando que no se puede mantener que los elementos de cada uno de estos crímenes sean "materialmente" distintos (38). En consecuencia, en un asunto en el que los crímenes de lesa humanidad de asesinato y de exterminio se basan en actos idénticos de matanzas premeditadas y en el mismo modo de participación, la Sala entendió que condenar por ambos crímenes no proporcionaría ni una mejor ni una más completa descripción de toda la conducta criminal del acusado. De ahí que la Sala considerara que, en estas circunstancias, los crímenes de lesa humanidad de asesinato y de exterminio constituyen el núcleo del mismo ilícito y que el asesinato se concibe mejor como un ilícito incluido en el crimen de exterminio cometido mediante matanzas. La Sala añadió que dos condenas basadas en la concurrencia ideal de crímenes no estarían justificadas en estas circunstancias. Por ello, la Sala de Primera Instancia no impuso pena alguna por la condena de un crimen de lesa humanidad de asesinato (cargo incriminador 4) (39). De este pronunciamiento de la Sala se desprende que, si resulta "difícil" concebir un crimen de extermino cuyo elemento "mental" no sea el mismo que el de la premeditación que se requiere para el crimen de asesinato, no se debería producir nunca una acumulación de condenas por ambos crímenes de lesa humanidad.

El segundo caso fue el relativo a una eventual acumulación de condenas por los crímenes de lesa humanidad de violación y de tortura mediante violación (40). De una manera más escueta, aunque igualmente correcta, la Sala aplicó la doctrina judicial *Musema* al considerar los elementos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad de violación y de tortura. La Sala de Primera Instancia del TIPR recordó que la Sala de Apelaciones del TIPY, en su Sentencia en el asunto *Kunarac y otros*,

(38) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 503, citando a Trial Chamber II of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of 21 May 1999. The *Prosecutor v. Clément Kayishema* and *Obed Ruzindana, cit.*, pár. 633.

(39) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, págs. 460 y 504-505.

(40) Previamente, la Sala había declarado culpable al Sr. *Semanza* de haber instigado tanto la violación como la tortura como crímenes de lesa humanidad sobre la base de los mismos actos, es decir, en relación con la víctima A.

había afirmado que las condenas por ambos crímenes sobre la base de los mismos actos sí están permitidas, porque los crímenes de violación y de tortura contienen cada uno de ellos un elemento materialmente distinto que no se contiene en el otro: la violación exige la penetración sexual, mientras que la tortura requiere que se inflinga daño con la finalidad de lograr un propósito prohibido (41). En consecuencia, la Sala de Primera Instancia impuso penas en las dos condenas para tener una visión completa de la conducta criminal del acusado. En este caso, por lo tanto, sí se procedió a una acumulación de condenas (42) y todo hace pensar que siempre que, en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, se produzca una violación, se deberá proceder a la acumulación de condenas por los crímenes de lesa humanidad de violación y de tortura mediante violación.

El tercer caso fue el relativo a una eventual acumulación de condenas por los crímenes de lesa humanidad de asesinato y de tortura (43). De nuevo aplicando la doctrina judicial asentada por la Sala de Apelaciones del TIPR en el asunto *Musema*, su Sala Tercera de Primera Instancia afirmó que resulta obvio que la tortura y el asesinato como crímenes de lesa humanidad tienen distintos elementos definidores. La tortura consiste en infligir un daño y sufrimiento severo para lograr un propósito prohibido, mientras que el asesinato es la muerte premeditada de la víctima. La Sala añadió que: *"When acts of torture lead to the killing of the victim, the culpable torturous conduct remains of such great independent importance that it must be reflected in the cumulative conviction on both crimes"*. En las circunstancias de este asunto, en el que la víctima C murió como resultado de la tortura padecida, la Sala consideró que ambas condenas deben permanecer para describir adecuadamente la totalidad de la conducta criminal del acusado (44). En consecuencia, todo hace pensar que, cuando en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, se mate a una persona mediante la realización de actos de tortura,

(41) ppeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 12 June 2002. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kova_* and *Zoran Vukovi_*, *cit.*, pár. 179.

(42) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and *Sentence of 15 May 2003*. The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit., pár. 506.

(43) Previamente, la Sala había considerado culpable al Sr. *Semanza* como autor principal tanto del crimen de lesa humanidad de tortura como del de asesinato de la víctima C.

(44) *Ibíd.*, pár. 507.

siempre se procederá a una acumulación de condenas por los crímenes de lesa humanidad de tortura y de asesinato mediante tortura.

El cuarto y último caso de acumulación de condenas fue por la comisión de distintos crímenes de lesa humanidad de asesinato. La Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR comenzó, en este caso, afirmando que la Oficina del Fiscal había empleado una metodología "incoherente" al acusar al Sr. *Semanza* de tres crímenes de lesa humanidad, separados aunque se solapen, de asesinato (45). Respecto de la acumulación de acusaciones en este supuesto:

> *"The Chamber considers that, as a starting point, one count should ordinarily represent a single crime. The nature of international crimes dictates that one crime may encompass a continuing or repeated pattern of actions that are logically connected by factors including time, place, victims, co-perpetrators, method, position of authority, mode of participation, motives, or intention, and which thereby form part of the same transaction"* (46).

Del texto de la Sentencia se desprende que, en ningún momento, la Sala se planteó problema alguno de solapamiento o concurrencia ideal de condenas por los crímenes de lesa humanidad de asesinato por la muerte de la mujer B y de las víctimas D, E, F, G, H y J. Sólo se planteó la posible concurrencia ideal de crímenes de lesa humanidad de asesinato por el cargo incriminador 4 (matanzas en la Iglesia de *Musha* y en la Colina de *Mwulire*, que previamente lo declaró incluido en la condena por el cargo incriminador 5, es decir, crimen de lesa humanidad de exterminio), con el

(45) La Sala de Primera Instancia del TIPR se refirió al cargo incriminador 4 (responsable penal individual en condición de cómplice de un crimen de lesa humanidad de asesinato por las matanzas en la Iglesia de *Musha* y en la Colina de *Mwulire*); al cargo incriminador 12 (responsable penal individual, en condición de autor principal en relación con la víctima C y como instigador en relación con la víctima B, de un crimen de lesa humanidad de asesinato) y al cargo incriminador 14 (responsable penal individual en condición de instigador en relación con las víctimas D, E, F, G, H y J de un crimen de lesa humanidad de asesinato). Aunque es cierto que fue la Sala de Primera Instancia la que utilizó el adjetivo "incoherente" para calificar la metodología incriminadora de la Oficina del Fiscal, no es menos cierto que fue la Sala la que condenó por estos tres crímenes, si bien por el cargo incriminador 4 no impuso pena alguna al considerar a este crimen incluido en el cargo incriminador 5 (responsable penal individual en condición de cómplice de un crimen de lesa humanidad de exterminio por las matanzas en la Iglesia de *Musha* y en la Colina de *Mwulire*).

(46) *Ibíd.*, pár. 508.

comportamiento probado de que el Sr. *Semanza* buscara a la víctima C entre los refugiados *Tutsis* de la Iglesia de *Musha* y que, tras encontrarla, la torturara hasta matarla. La Sala concluyó afirmando que, aunque estos dos crímenes se basan en los acontecimientos que tuvieron lugar en la Iglesia de *Musha* el 13-IV-1994, en la práctica se basaron en secuencias diferentes de comportamientos. La responsabilidad penal por exterminio se basó en la ayuda que prestó a los autores principales en la masacre de la Iglesia de *Musha*, mientras que la responsabilidad por el asesinato de la víctima C se basó en la participación personal del acusado en identificar, torturar y asesinar a esa persona concreta en el mismo lugar y mientras se llevaba a cabo el exterminio (47). De ahí que la Sala de Primera Instancia concluyera que ambas condenas debían permanecer para describir la totalidad del comportamiento criminal del acusado durante los acontecimientos de la Iglesia de *Musha* (48). En consecuencia, la Sala sí procedió a la acumulación de condenas por distintos crímenes de lesa humanidad de asesinato.

La segunda situación en la que se planteó una eventual acumulación de condenas en este asunto afecta a la apreciación de la comisión de crímenes de guerra en un conflicto armado no internacional. En esta situación, la actitud de la Sala puede calificarse de muy lamentable, no sólo por tener en cuenta dos casos distintos de acumulación de condenas, cuando en realidad eran tres los casos posibles, sino también por lo que decidió en los dos casos que examinó.

El primer caso se refirió a una eventual acumulación de condenas por el cargo de cómplice de un crimen de guerra de homicidio intencional (cargo incriminador 7) (49), con la condena impuesta por cómplice en un crimen de genocidio (cargo incriminador 3) y con la condena por cómplice en un crimen de lesa humanidad de exterminio (cargo incriminador 5), resultando los tres crímenes de los mismos acontecimientos: las masacres cometidas en la Iglesia de *Musha* y en la Colina de *Mwulire*. En este caso,

(47) *bíd.*, pár. 509.

(48) *Ibíd.*, pár. 510.

(49) No deja de llamar la atención que tanto la Oficina del Fiscal como la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR únicamente consideraran al crimen de guerra de homicidio intencional, que exige como elemento constitutivo el resultado muerte, y que ni siquiera tuvieran en cuenta al crimen de guerra consistente en dirigir ataques contra una población civil, que no exige el resultado muerte y cuyo elemento constitutivo de la conducta requerida (dirigir el ataque) es distinto al elemento del resultado (que se produzca intencionalmente una o más muertes).

cada uno de los tres jueces que integraron la Sala de Primera Instancia del TIPR mantuvo una actitud distinta. Ya se ha señalado que el Juez Presidente *Yakov Ostrovsky*, no apreciando la existencia de vínculo alguno entre los crímenes cometidos y el conflicto armado en Ruanda, consideró que no se había cometido un crimen de guerra de homicidio intencional, por lo que en consecuencia no fue partidario de ninguna acumulación de condenas por un crimen inexistente (50). Frente a ello, el Juez *Lloyd G. Williams*, que sí apreció la existencia de un crimen de guerra de homicidio intencional, se mostró partidario, basándose en los hechos probados y en el Derecho aplicable, tal y como figuran en la Sentencia, de imponer una condena acumulada por este crimen. Sin embargo, resultó determinante la actitud del Juez *Pavel Dolenc*, quien también apreció la existencia de un crimen de guerra de homicidio intencional, pero cuestionando de manera directa la doctrina judicial de la Sala de Apelaciones del TIPR y del TIPY sobre acumulación de condenas, consideró que no estaría permitido condenar por este crimen de guerra de homicidio intencional (cargo incriminador 7), debido a su aparente concurrencia ideal con el crimen de complicidad en el genocidio por el que ya se le acusó y se le condenó en virtud del cargo incriminador 3 (51). En consecuencia, por

(50) *Ibíd.*, pár. 535 y Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Separate Opinion of Judge Yakov Ostrovsky Concerning Serious Violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and Additional Protocol II. The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 79.

(51) Véase Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Separate and Dissenting Opinion of Judge Pavel Dolenc. The Prosecutor v. Laurent Semanza*. En opinión del Juez *Dolenc*, la doctrina judicial de la Sala de Apelaciones del TIPY y del TIPR en el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"* y en el asunto *Musema* es excesivamente formalista, resultando en la acumulación de condenas en casos en que no se debería permitir (pár. 1). Esta eventualidad se da sobre todo en el caso del TIPR, en la medida en que las tres familias de crímenes (de genocidio, de lesa humanidad y de guerra) tienen elementos contextuales distintos (la intención de destruir a un grupo cualificado como tal; el ataque generalizado o sistemático contra la población civil; y la relación del crimen con un conflicto armado) y todos ellos se dieron en la crisis de Ruanda en 1994. En tales circunstancias, el mismo comportamiento criminal satisfará los elementos contextuales de las tres familias de crímenes, por lo que *"virtually, every criminal act could be classified as a violation of three different contextual provisions"* (pár. 16), en violación del principio elemental de justicia por el que un acusado sólo debe ser castigado una vez por su conducta criminal (pár. 17). Por ello propuso que la Sala aplicara un enfoque más sustantivo, en el que la acumulación de condenas no fuera la regla general, sino la excepción (pár. 22). En su opinión, la acumulación de condenas sólo debería estar permitida cuando afecte a los elementos materiales de dos o más crímenes y no cuando afecte al elemento contextual de los crímenes (párs. 23-26). Cuando un mismo comportamiento criminal satisfaga el elemento contextual de más de una familia de crímenes, en opinión de este Juez debería aplicarse la regla de la especificidad, que impide acumular condenas y obliga a condenar sólo por el crimen más específico. Añadió, además, que el crimen de genocidio es siempre más específico que los crímenes de lesa humanidad o de guerra y que los crímenes de lesa humanidad son, a su vez, siempre más específicos que los crímenes de guerra (párs. 27-28). Aplicando este planteamiento, votó en contra de la acumulación de condenas, por considerar que la condena por el crimen de guerra de homicidio intencional (cargo incriminador 7) ya estaba incluida en la condena por el crimen de genocidio (cargo incriminador 3) (pár. 30).

una mayoría de dos votos contra uno, la Sala decidió que no se le impondría ninguna pena por la condena basada en el cargo incriminador 7 (52), aunque esa misma Sala, también por la misma mayoría, hubiera apreciado previamente la comisión, como cómplice, de un crimen de guerra de homicidio intencional. Es decir, la Sala se negó a acumular ambas condenas.

Esta decisión de la Sala es altamente criticable. Supone una mala aplicación de la doctrina judicial enunciada por la Sala de Apelaciones del TIPR en el asunto *Musema*, acerca de que se debe proceder a la acumulación de condenas cuando es necesario probar, para cada uno de los crímenes, un elemento que no se requiere para el otro. No se debe olvidar que la comisión de un crimen de genocidio requiere probar la intención especial de destruir a un grupo cualificado como tal, mientras que un crimen de guerra exige probar no sólo que el crimen se cometió durante un conflicto armado, sino que, además, también estaba relacionado con el mismo. No se requiere probar la existencia de ninguno de estos elementos para apreciar la comisión del otro crimen.

El segundo caso en el que se pudo producir una eventual acumulación de condenas por haberse apreciado la existencia de un crimen de guerra afecta a la consideración por la Sala del Sr. *Semanza* como responsable penal individual en condición de instigador de la violación y tortura de la víctima A y del homicidio intencional de la víctima B y en condición de autor principal de la tortura y homicidio intencional de la víctima C, considerados como crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado no internacional (cargo incriminador 13), tras haberlo considerado culpable por los mismos comportamientos calificados como crímenes de lesa humanidad de violación, de tortura y de asesinato (cargos incriminadores 10, 11 y 12). También en esta ocasión se produjo la misma eclosión de opiniones judiciales que en el caso anterior. El Juez Presidente *Yakov Ostrovsky* consideró que no se había cometido un crimen de guerra del

(52) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 536.

artículo 4.a) del Estatuto del TIPR, lo que imposibilitaba imponer una condena acumulada por el cargo incriminador 13 debido a la inexistencia del crimen (53). De nuevo el Juez *Lloyd G. Williams*, que sí apreció la existencia de un crimen de guerra del artículo 4.a) del Estatuto del TIPR, se mostró también partidario, basándose en los hechos probados y en el Derecho aplicable, tal y como figuran en la Sentencia, de imponer una condena acumulada por este crimen. Sin embargo, también en este caso la actitud del Juez *Pavel Dolenc* fue determinante, pues aunque apreció la existencia de un crimen de guerra del artículo 4.a) del Estatuto del TIPR, por las razones ya indicadas consideró que no estaría permitido condenar por este crimen de guerra (cargo incriminador 13), debido a su aparente concurrencia ideal con los crímenes de lesa humanidad por los que ya se le acusó y se le condenó en virtud de los cargos incriminadores 10, 11 y 12 (54). En consecuencia, por una mayoría de dos votos contra uno, la Sala decidió que no se le impondría ninguna pena por la condena basada en el cargo 13 (55), pese a que esa misma Sala, también por la misma mayoría, hubiera apreciado previamente la comisión, como instigador y como autor principal, de un crimen de guerra del artículo 4.a) del Estatuto del TIPR (cargo incriminador 13).

Al igual que en el primer caso de esta situación, también esta decisión de la Sala es altamente criticable. Supone una mala aplicación de la doctrina judicial asentada por la Sala de Apelaciones del TIPR en el asunto *Musema*, ya que la existencia de un crimen de lesa humanidad exige probar que ese crimen se cometió en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, mientras que un crimen de guerra exige probar no sólo que ese crimen se cometió durante un conflicto armado sino que, además, también estaba relacionado con el mismo. No se requiere probar la existencia de ninguno de estos elementos para apreciar la comisión del otro crimen.

(53) *Ibíd.*, pár. 551 y Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Separate Opinion of Judge Yakov Ostrovsky Concerning Serious Violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and Additional Protocol II. The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 79.

(54) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Separate and Dissenting Opinion of Judge Pavel Dolenc. The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 30, al considerar más específicos a los crímenes de lesa humanidad que a los crímenes de guerra.

(55) Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. *The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 552.

El tercer caso en esta situación en el que hubiera podido y debido plantearse una eventual acumulación de condenas se refiere a una acumulación de condenas *intra* artículo 4 del Estatuto del TIPR, es decir, a una acumulación de condenas entre diversos crímenes de guerra. Obviamente, las conclusiones alcanzadas por la Sala de Primera Instancia respecto de los dos primeros casos de acumulación de condenas con crímenes de guerra hizo innecesario el examen de este tercer caso. A ello debe añadirse que, mientras que la Sala no tuvo ningún inconveniente en calificar a estos mismos comportamientos como tres crímenes de lesa humanidad (de violación, de tortura y de asesinato) y a acumular las respectivas condenas, sin embargo a los mismos comportamientos no los calificó como tres crímenes de guerra (de violación, de tortura y de homicidio intencional), sino de un genérico crimen de guerra del artículo 4.a) del Estatuto del TIPR. Calificación que, por sí misma, ya es lamentable y criticable.

La tercera situación de acumulación de condenas que plantea el asunto *Semanza* se refiere a cuatro casos en los que en una eventual acumulación de condenas está presente la existencia de un crimen de genocidio. En general, en esta tercera situación la actitud de la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR fue bastante lamentable. El primer caso de esta situación afecta a una acumulación de condenas *intra* artículo 2 del Estatuto del TIPR, es decir, a una acumulación de condenas por diversos crímenes de genocidio. Inducida sin duda por la errónea formulación de las acusaciones que al respecto le planteó la Oficina del Fiscal, la Sala condenó al Sr. *Semanza* como cómplice de un único "crimen de genocidio por matanzas de miembros del grupo y por lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo" (cargo incriminador 3), en lugar de por dos crímenes de genocidio, uno por matanzas (art. 2.2.a) del Estatuto del TIPR) y otro por lesiones graves (art. 2.2.b) del Estatuto del TIPR). Es decir, la Sala consolidó el error en el que incurrió la Oficina del Fiscal al calificar a estas conductas criminales, fusionándolas en un único crimen de genocidio, inexistente en el Estatuto del TIPR, en el que ambos crímenes se regulan en disposiciones estatutarias distintas. Esta actuación llevó a que la Sala no llegara a plantearse ninguna acumulación de condenas por diversos crímenes de genocidio en este primer caso.

Un segundo caso también afecta a la posibilidad de acumular condenas por diversos crímenes de genocidio, toda vez que la Oficina del Fiscal, tanto respecto de la masacre de la Iglesia de *Musha* como de la que

tuvo lugar en la Colina de *Mwulire*, acusó al Sr. Semanza como autor principal (cargo incriminador 1), y en condición de cómplice (cargo incriminador 3), de un crimen de genocidio. En este segundo caso, la Sala de Primera Instancia no llegó a plantearse ninguna situación de acumulación de condenas, toda vez que al Sr. *Semanza* le consideró culpable del cargo incriminador 3, pero no del cargo incriminador 1. No obstante, debe recordarse este segundo caso ante la posterior Sentencia que daría la Sala de Apelaciones del TIPR en este mismo asunto.

El tercer caso afecta a la eventual acumulación de condenas que se plantea entre la complicidad en el crimen de genocidio (cargo incriminador 3) y la complicidad en el crimen de lesa humanidad de exterminio (cargo incriminador 5). En este caso, aunque de una manera muy escueta, considero que la Sala de Primera Instancia acertó en su decisión mayoritaria. En su Sentencia, la mayoría de la Sala, sin especificar sus razones, procedieron a una acumulación de condenas por ambos crímenes (56). Estas razones no pueden ser otras más que considerar que, para que las matanzas y las lesiones graves se consideren constitutivas de un crimen de genocidio, es necesario probar la intención de destruir a un grupo como tal; mientras que para que se califiquen como crimen de lesa humanidad de exterminio, se requiere probar que el comportamiento criminal forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, no siendo necesario probar la existencia de ninguno de estos dos elementos para apreciar el otro crimen. Es decir, la mayoría de la Sala consideró que las diferencias en el elemento contextual de ambos crímenes es suficiente para acumular las dos condenas.

El cuarto caso de acumulación de condenas afectaría a la eventual acumulación de condenas por la complicidad en el crimen de genocidio

(56) Sobre este particular, en la Sentencia Semanza sólo se afirma lo siguiente: *"However, for the reasons expressed in his separate opinion, Judge Dolenc considers that it would be impermissible to convict on Count 5 because of the apparent ideal concurrence of the crime charged therein with the crime of complicity in genocide charged in Count 3. The Chamber, by a majority, finds the Accused guilty on Count 5"*. *Ibíd.*, pár. 465. De una manera más elaborada, el Juez *Dolenc* afirmó que: *"In my opinion, the genocidal contextual elements in Count 3 consume the reciprocally specific contextual elements of extermination as a crime against humanity in Count 5, because in the circumstances of this case, the genocide was the widespread discriminatory attack. I therefore would not enter a conviction for Count 5, because it is in apparent ideal concurrence with Count 3"*. *Cfr.* Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Separate and Dissenting Opinion of Judge Pavel Dolenc. The Prosecutor v. Laurent Semanza, cit.*, pár. 29.

(cargo incriminador 3) con la condena por cómplice en un crimen de guerra de homicidio intencional (cargo incriminador 7). Este caso de una eventual acumulación de condenas es el que se ha comentado como el primer caso de la segunda situación. La decisión mayoritaria de la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR se entiende todavía menos, si se recuerda que en el caso inmediatamente anterior la Sala procedió a una acumulación de condenas entre un crimen de genocidio y un crimen de lesa humanidad por considerar distintos al elemento contextual de cada crimen. Sin embargo, en esta ocasión la Sala decidió por mayoría que no acumularía las dos condenas, pese a que el elemento contextual de un crimen de genocidio es evidentemente distinto al elemento contextual de un crimen de guerra.

2. La sentencia de la Sala de apelaciones.

Contra la Sentencia de la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR recurrieron en apelación tanto el Abogado de la Defensa como la Oficina del Fiscal. En su Sentencia de 20-V-2005, la Sala de Apelaciones del TIPR realizó diversas consideraciones que son relevantes para este trabajo.

A) Las acusaciones múltiples basadas en los mismos actos

El motivo de apelación número 20 que presentó la Defensa consistió en que su cliente fue acusado de una manera indebida por cargos incriminadores acumulados (57). En concreto, la Defensa argumentó que no estaba permitido acusar por autoría en un crimen de genocidio, complicidad en un crimen de genocidio y por crímenes de lesa humanidad basándose en la misma conducta (58). La Defensa alegó que las acusaciones contra su cliente eran tan coincidentes en sus elementos constitutivos y en su prueba, que el Acta de acusación resultaba defectuosa por este motivo (59).

Ante esta alegación, la Sala de Apelaciones del TIPR volvió a confirmar la doctrina judicial aplicable a la acumulación de acusaciones (60).

(57) *Semanza Appeal Brief*, págs. 354-367, en: *Laurent Semanza v. the Prosecutor.*
(58) *Ibíd.*, pár. 354.
(59) *Ibíd.*, págs. 360-361.
(60) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 20 May 2005. *Laurent Semanza v. the Prosecutor, cit.*, pár. 308.

La Sala recordó que la Sala de Apelaciones del TIPY, en su Sentencia en el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"*, afirmó que la acumulación de acusaciones está permitida dado que, antes de la presentación de todas las pruebas, no es posible determinar con certeza cuál de las acusaciones formuladas contra un acusado resultará probada. La Sala de Apelaciones explicó que las Salas de Primera Instancia están mejor posicionadas, tras la presentación de las pruebas por las partes, para evaluar qué acusaciones deben mantenerse, basándose en la suficiencia de las pruebas realizadas. Por ello, la Sala de Apelaciones del TIPY, en su Sentencia en el asunto *Muci_ y otros, alias "_elebi_i"*, concluyó afirmando que la acumulación de acusaciones es la práctica normal, tanto en el caso del TIPY como del TIPR (61). La Sala de Apelaciones también recordó que en el asunto *Musema*, un asunto planteado ante el TIPR, ya había confirmado la validez de esta doctrina judicial y había expresamente afirmado, además, que esta práctica sobre acumulación de acusaciones constituía un principio general y resultaba igualmente aplicable a los casos que se sometieran al TIPR (62).

Por ello, en el asunto *Semanza* la Sala de Apelaciones del TIPR concluyó afirmando que los argumentos presentados por el Abogado de la Defensa son insostenibles si se confrontan con esta jurisprudencia. La Sala añadió que, con independencia de que las acusaciones fueran o no acumuladas, la Oficina del Fiscal estaba legitimada para formular acusaciones acumuladas. La Sala de Apelaciones sostuvo que corresponde a las Salas de Primera Instancia, en un momento procesal posterior, discernir qué acusaciones debían apreciar e impedir las acumulaciones de condenas que no estuvieran permitidas. De esta forma, la Sala de Apelaciones confirmó la práctica seguida por la Sala Tercera de Primera Instancia del TIPR en este asunto (63).

(61) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 20 February 2001. *Prosecutor v. Zejnil Delali_, Zdravko Muci_ (aka "Pavo"), Hazim Deli_ and Esad Land_o (aka "Zenga"), alias "_elebi_i", cit.*, pár. 400.

(62) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 16 November 2001. *Alfred Musema v. the Prosecutor, cit.*, pár. 369.

(63) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 20 May 2005. *Laurent Semanza v. the Prosecutor, cit.*, pár. 309.

B) La alteración en la calificación de los crímenes cometidos

El segundo motivo de apelación que presentó la Oficina del Fiscal se refirió a la valoración por la Sala de Primera Instancia de los acontecimientos ocurridos en la Iglesia de *Musha*, así como a la calificación jurídica realizada de la participación del acusado en los mismos. El Fiscal sostuvo que, como mínimo, al Sr. *Semanza* se le debería haber condenado por "ordenar" las matanzas de los *Tutsis* en el genocidio de la Iglesia de *Musha* (64). Además, el Fiscal alegó que "ordenar" una matanza implica la responsabilidad del acusado como autor principal y no como cómplice por "ayudar" en esa matanza (65).

La conclusión de este motivo de apelación, según la Oficina del Fiscal, es que si la Sala de Apelaciones lo apreciaba, entonces debía cambiar la condena como cómplice en un crimen de genocidio por "ayudar" en las matanzas de *Tutsis* en la Iglesia de *Musha* (cargo incriminador 3) por una condena como autor principal de un crimen de genocidio por "ordenar" las matanzas de *Tutsis* en la Iglesia de *Musha* (cargo incriminador 1). El Fiscal también solicitó el mantenimiento de la condena por un crimen de lesa humanidad de exterminio en la Iglesia de *Musha*, si bien afirmó que la condena debía revisarse para reflejar la culpabilidad del acusado como autor principal por "ordenar" un crimen de lesa humanidad de exterminio de civiles y no como cómplice por "ayudar" en el exterminio de esos civiles (cargo incriminador 5). El Fiscal concluyó este motivo de apelación afirmando que la condena a imponer por "ordenar" el genocidio y el exterminio de los *Tutsis* en la Iglesia de *Musha* debería ser mayor que la impuesta por "ayudar" a la comisión de los mismos (66). La Sala de Apelaciones del TIPR le dio la razón al Fiscal, imponiendo al Sr. *Semanaza* una condena por "ordenar" el genocidio y otra por "ordenar" el exterminio en la masacre ocurrida en la Iglesia de *Musha* (67).

(64) *Prosecution Appeal Brief*, pár. 3.3, en: *Laurent Semanza v. the Prosecutor.*

(65) *Ibíd.*, págs. 3.49-3.53.

(66) *Ibíd.*, págs. 3.70-3.76.

(67) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 20 May 2005. *Laurent Semanza v. the Prosecutor, cit.*, pár. 364. Obviamente, esta nuevas condenas como autor principal no implican la desaparición de las condenas que la Sala de Primera Instancia le impuso como cómplice de un crimen de genocidio por la masacre de Tutsis en la Colina de *Mwulire* (cargo incriminador 3), ni de la que le impuso como cómplice de un crimen de lesa huma-

Dado que la Oficina del Fiscal en apelación no alegó la existencia de otros nuevos crímenes, la Sala de Apelaciones del TIPR no se pronunció ni acerca de que en realidad se cometieron dos crímenes distintos de genocidio (uno por matanzas y otro por lesiones graves a los miembros del grupo) tanto en las masacres de la Iglesia de *Musha* y de la Colina de *Mwulire*, ni tampoco de la posible calificación de estos comportamientos como constitutivos de un crimen de guerra de dirigir ataques contra una población civil.

C) La acumulación de condenas

El Abogado del Acusado en apelación argumentó, de una manera genérica, que la Sala de Primera Instancia había aplicado de forma incorrecta la doctrina judicial sobre acumulación de condenas. Debido a esa mala aplicación, añadió que las condenas acumuladas que la Sala de Primera Instancia impuso al Sr. *Semanza* violaron el principio de doble imputación (*non bis in idem*) (68).

Ante esta pretensión, la Sala de Apelaciones del TIPR reafirmó la jurisprudencia del TIPR y del TIPY sobre la acumulación de condenas (69) y a continuación pasó revisión a tres situaciones concretas de acumulación de condenas. En la primera situación, la Sala de Apelaciones del TIPR afirmó que una condena como autor o como cómplice de cualquier crimen de genocidio sí que está permitido acumularla con una condena por cual-

(68) *Semanza Appeal Brief*, págs. 370-372, en: *Laurent Semanza v. the Prosecutor.*

(69) *"The established jurisprudence of the Tribunal is that multiple convictions entered under different statutory provisions, but based on the same conduct, are permissible only if each statutory provision has a materially distinct element not contained within the other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other element. Where this test is not met, only the conviction under the more specific provision will be entered. The more specific offence subsumes the less specific one, because the commission of the former necessarily entails the commission of the latter"*. Cfr. Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 20 May 2005. *Laurent Semanza v. the Prosecutor, cit.*, pár. 315, citando las siguientes Sentencias: Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 20 February 2001. *Prosecutor v. Zejnil Delali_, Zdravko Muci_ (aka "Pavo"), Hazim Deli_* and *Esad Land_o (aka "Zenga"), alias "_elebi_i", cit.*, págs. 412-413; Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 19 April 2004. *Prosecutor v. Radislav Krsti_*, pár. 218; Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of 13 December 2004. *The Prosecutor v. Elizaphan* and *Gérard Ntakirutimana*, pár. 542; y Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 17 December 2004. *Prosecutor v. Dario Kordi_* and *Mario _erkez*, págs. 1032-1033.

quier crimen de lesa humanidad. Para ello, se basó en que los elementos contextuales de ambos crímenes son distintos entre sí: el genocidio exige probar la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, mientras que los crímenes de lesa humanidad requieren probar que han sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (70). En consecuencia, la Sala de Apelaciones confirmó la acumulación de condenas entre el crimen de genocidio y el crimen de lesa humanidad de exterminio. También de esta forma la Sala de Apelaciones rebatió la tesis del Juez *Pavel Dolenc*, acerca de que no procedía acumular condenas por estos dos crímenes porque el crimen de genocidio es más específico que el crimen de lesa humanidad de exterminio.

La segunda situación se refiere a la acumulación de condenas realizada por la Sala de Primera Instancia respecto de diversos crímenes de lesa humanidad. La Sala de Apelaciones confirmó que la acumulación de condenas realizada por la Sala de Primera Instancia fue correcta, con los siguientes argumentos. En primer lugar, afirmó que las dos condenas por crímenes de lesa humanidad de asesinato no son condenas acumuladas entre sí, porque se basan en comportamientos distintos (la matanza de diferentes víctimas, ocurridas en lugares y tiempos distintos (71)). En segundo lugar, respecto de las condenas por instigar la violación (cargo incriminador 10) y la tortura (cargo incriminador 11) de la víctima A, la Sala de Apelaciones fue tajante, al afirmar escuetamente que tal acumulación *"presents no problem of cumulativeness, because they contain different legal elements"* (72). En tercer lugar, la Sala de Apelaciones tam-

(70) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 20 May 2005. *Laurent Semanza v. the Prosecutor, cit.*, pár. 318. Previamente, la Sala de Apelaciones ya había declarado permitida la acumulación de condenas por los mismos actos entre los crímenes de genocidio y los crímenes de lesa humanidad en: Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 16 November 2001. *Alfred Musema v. the Prosecutor, cit.*, pár. 370; Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 19 April 2004. *Prosecutor v. Radislav Krsti_, cit.*, págs. 219-227; y Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of 13 December 2004. *The Prosecutor v. Elizaphan* and *Gérard Ntakirutimana, cit.*, pár. 542.

(71) La condena por el cargo incriminador 12 fue por el crimen de lesa humanidad de asesinato de las víctimas B y C, mientras que la condena por el cargo incriminador 14 fue por el asesinato de las víctimas D, E, F, G, H y J.

(72) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 20 May 2005. *Laurent Semanza v. the Prosecutor, cit.*, pár. 319.

poco consideró que la condena por el asesinato de las víctimas B y C (cargo incriminador 12) se superpusiera de una manera no permitida con la condena por la tortura de la víctima C (cargo incriminador 11) (73). Finalmente, la Sala de Apelaciones afirmó que la condena por exterminio no se superpone de una manera no permitida con las condenas por asesinato, porque las diversas condenas se impusieron por crímenes distintos que se cometieron en diferentes escenarios fácticos (74).

La tercera situación se refiere a la acumulación de condenas por crímenes de guerra. Sobre este punto versó el cuarto motivo de apelación presentado por la Oficina del Fiscal, quien argumentó que la aplicación por la Sala de Primera Instancia en este punto de las normas sobre acumulación de condenas constituyó un error de Derecho y va en contra de una jurisprudencia firme al respecto. El Fiscal sostuvo que si se apreciaba su motivo de apelación, entonces se deberían imponer dos condenas acumuladas más al Sr. *Semanza:* una condena por un crimen de guerra de homicidios intencionales en concepto de autor por la masacre en la Iglesia de *Musha* y en concepto de cómplice por la masacre de la Colina de *Mwulire* (cargo incriminador 7) y otra por un crimen de guerra resultante de incitar a la violación y tortura de la víctima A y al homicidio intencional de la víctima B, así como por cometer tortura y homicidio intencional de la víctima C (cargo incriminador 13) (75).

Teniendo muy en cuenta la Opinión separada y disidente que formuló el Juez *Pavel Dolenc*, la Sala de Apelaciones del TIPR reaccionó con contundencia, afirmando que *"The jurisprudence on cumulation of convictions is settled"*. La Sala de Apelaciones del TIPR recordó que, previamente, tanto la Sala de Apelaciones del TIPY en su Sentencia en el asunto *Kunarac y otros* (76), como la Sala de Apelaciones del TIPR en su

(73) *"Murder and torture are composed of different legal elements; that is, each crime contains an element that the other does not. Torture requires a specific, enumerated purpose: in this case, to obtain information or a confession. Murder, on the other hand, requires no such purpose; it requires only the intent to kill (...). Thus an accused may be convicted of both offences". Ibíd.*, pár. 320.

(74) *Ibíd.*, pár. 321.

(75) *Prosecution Appeal Brief*, págs. 5.1-5.12, en: *Laurent Semanza v. the Prosecutor.*

(76) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 12 June 2002. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kova_* and *Zoran Vukovi_*, *cit.*, pár. 176.

Sentencia en el asunto *Rutaganda* (77), habían declarado permitidas las condenas acumuladas por crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra basadas en un mismo comportamiento, en atención a que el elemento contextual de cada uno de estos crímenes "es un elemento materialmente distinto del crimen que no se exige para la comisión de los otros crímenes". La Sala de Apelaciones del TIPR en el asunto *Semanza* volvió a confirmar esta jurisprudencia (78), por lo que declaró que la Sala de Primera Instancia había cometido un error de Derecho en la aplicación de las normas relativas a la acumulación de condenas, dando plenamente la razón a la Oficina del Fiscal en este motivo de apelación (79).

IV. REPERCUSIONES PARA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Ante una cuestión no prevista en los Estatutos del TIPY y del TIPR, la jurisprudencia de ambos tribunales ha consolidado una respuesta sumamente novedosa al problema de cuándo es lícito acumular condenas por diversos crímenes internacionales del individuo resultantes de un mismo comportamiento ilícito. La solución jurisprudencial encontrada aspira a que la pena que finalmente se imponga a un acusado refleje la totalidad de su conducta criminal, sin por ello infringir los derechos del acusado y, en especial, la regla del *non bis in idem*. Se ha indicado igualmente que, aunque la respuesta jurisprudencial sea firme y clara, ello no obsta para que, en su aplicación al caso concreto, resulte sumamente evidente la complejidad técnica que entraña, así como las dificultades de su aplicación práctica.

Esta jurisprudencia consolidada por el TIPY y por el TIPR resulta especialmente interesante para la próxima actividad judicial de la CPI. En el caso del Estatuto de la CPI, debe recordarse que, según dispone su artículo 78.3:

(77) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 26 May 2003. *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda v. the Prosecutor, cit.*, pár. 583.

(78) Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 20 May 2005. *Laurent Semanza v. the Prosecutor, cit.*, págs. 368-369.

(79) *Ibíd.*, págs. 370-371.

"Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77".

Se ha señalado muy perspicazmente que esta disposición aborda sólo parcialmente el interrogante de en qué circunstancias una persona puede ser condenada por más de un crimen basados en los mismos actos. El artículo 78.3 aborda únicamente la cuestión de la acumulación de penas, pero no la de la acumulación de condenas por crímenes diversos basados en los mismos comportamientos. Por ello, el Estatuto de la CPI no determina los criterios en los que la CPI deberá basarse para considerar cuándo un criminal, por los mismos actos, deberá ser considerado responsable penalmente de un único crimen o de varios crímenes (80). En todo caso, debe señalarse que la posibilidad de que unos mismos comportamientos sean constitutivos de más de un crimen está expresamente prevista en el documento titulado "Elementos de los crímenes" (81), aunque tampoco en este caso se indica criterio alguno para determinar cuándo ocurrirá esta posibilidad.

Además, en el caso de la CPI existen diversos indicios que permiten adelantar que su próxima actividad judicial también se ajustará a esta jurisprudencia. En primer lugar, cabe observar que la regulación que de las diversas familias de crímenes internacionales se contiene en los artículos 6 (genocidio), 7 (crímenes de lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra) de su Estatuto se caracteriza por contener listas taxativas o cerradas de todos los crímenes internacionales del individuo, lo que no sólo

(80) WALTHER, S., "Cumulation of Offences". En: A. Cassese; P. Gaeta; J. W. R. D. Jones, (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 494. Sobre los orígenes de esta disposición, véase JENNINGS, M., "Article 78. Determination of the Sentence". En: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article* by Article, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellchaft, 1999, p. 1001.

(81) En el punto 9 de su Introducción general, se afirma literalmente lo siguiente: "Una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes". El documento titulado "Elementos de los crímenes" puede consultarse en: Doc. ICC-ASP/1/3/ y Corr.1: *Informe, Primera Sesión del 3-10 de Septiembre de 2002, Actas Oficiales de la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Parte II B, pp. 112-160.

proporciona mayor certeza jurídica, sino que delimita las eventuales situaciones en las que se pueda plantear una acumulación de condenas: tendrá que ser por crímenes específicamente previstos en el Estatuto de la CPI.

En segundo lugar, la jurisprudencia firme del TIPY y del TIPR sobre acumulación de condenas descansa en la identificación de los elementos constitutivos de cada crimen internacional del individuo. A este respecto, cabe resaltar la función principal que desempeñará en la próxima jurisprudencia de la CPI el documento titulado "Elementos de los crímenes". En este documento, basándose en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la CPI, se han identificado hasta 92 crímenes internacionales del individuo (5 crímenes de genocidio, 16 crímenes de lesa humanidad y 71 crímenes de guerra). Para cada uno de estos 92 crímenes internacionales del individuo, el documento titulado "Elementos de los crímenes" identifica, a su vez, los elementos objetivos que conforman el comportamiento prohibido (el *actus reus*, es decir, los elementos de la conducta, de la consecuencia y de la circunstancia) en cada crimen, así como el elemento contextual común a todos los crímenes de cada una de las tres familias de crímenes internacionales. También para cada crimen concreto se ha procedido a identificar su aspecto subjetivo o "mental" (es decir, la *mens rea:* el conocimiento y/o la intención requeridos) que debe exigirse respecto de cada uno de los tres elementos objetivos y del elemento contextual de cada crimen. En consecuencia, esta rigurosa analítica de cada uno de los 92 crímenes internacionales del individuo en el ámbito de la CPI facilita la aplicación de la jurisprudencia internacional sobre acumulación de condenas que, como se ha indicado, descansa precisamente en la identificación lo más técnica y precisa posible de los elementos constitutivos o definidores de cada crimen internacional.

En tercer y último lugar, cabe observar que en la actividad inicial de la CPI ya se están configurando distintos supuestos posibles de acumulación de condenas en el único caso abierto en la actualidad ante la CPI. La primera investigación que abrió la Oficina del Fiscal afecta a la situación en la República Democrática del Congo (82). La investigación llevó a que la

(82) Véase el documento ICC-OTP-20040623-59-En (The Hague, 23-VI-2003): *International Criminal Court. The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court opens its first investigation*, 1 pág.

Oficina del Fiscal solicitase de la Sala Primera de Cuestiones Preliminares (SCP-I) de la CPI, el 25-I-2006, una orden de arresto del Sr. *Thomas Lubanga Dyilo*, presidente de la *Union des patriotes congolais* y máxima autoridad militar de su brazo armado, las *Forces patriotiques pour la libération du Congo* por diversos crímenes de guerra cometidos en el Distrito de *Ituri* (República Democrática del Congo) entre el 1-VII-2002 y el 31-XII-2003 (83). La SCP-I de la CPI, tras considerar que:

> *"(...) there are reasonable grounds to believe that Mr. Thomas Lubanga Dyilo is criminally responsible under article 25 (3) (a) of the Statute for:*
>
> *(i) the war crime of enlisting children under age of fifteen punishable under article 8 (2) (b) (xxvi)) or article 8 (2) (e) (vii) of the Statute;*
>
> *(ii) the war crime of conscription of children under the age of fifteen punishable under article 8 (2) (b) (xxvi)) or article 8 (2) (e) (vii) of the Statute; and*
>
> *(iii) the war crime of using children under the age of fifteen to participate actively in hostilities under punishable under article 8 (2) (b) (xxvi)) or article 8 (2) (e) (vii) of the Statute"* (84),

emitió la correspondiente orden de arresto (85). Aunque con la referencia a los artículos 8.2.b).xxvi) y 8.2.e).vii) del Estatuto, la SCP-I de la CPI ubicó la comisión de estos crímenes de guerra tanto en el contexto de un conflicto armado internacional como de un conflicto armado interno, posteriormente la Oficina del Fiscal, tanto en su Acta de acusación de 28-VIII-2006, como en su intervención final en las audiencias de confirmación de cargos, afirmó que el contexto de estos crímenes de guerra era exclusivamente el de un conflicto armado sin carácter internacional (86). Sin embargo, en su Decisión de 29-I-2007 sobre la confirmación de cargos contra el Sr. *Thomas Lubanga Dyilo*, la SCP-I de la CPI confirmó los tres cargos, abriendo las puertas al primer juicio ante la CPI, si bien corrigió a la Oficina del Fiscal, al señalar que:

> *"With respect to the material elements of the crime, the Chamber found, after an exacting scrutiny of the record, that the armed conflict was of an international character from July 2002 to 2 June 2003, and that from 2 June to the end of December 2003 it was not of an international character"* (87).

La evolución del asunto *Lubanga* hasta la actualidad permite identificar dos situaciones posibles de acumulación de condenas en una futura Sentencia. En la primera, la práctica tanto de la Oficina del Fiscal como de la SCP-I de la CPI han superado con creces al documento titulado "Elementos de los crímenes". En este documento, basándose en el artículo 8.2.e).vii) del Estatuto de la CPI se individualiza un único crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en un conflicto armado no internacional. Sin embargo, tanto la Oficina del Fiscal como la SCP-I de la CPI han identificado hasta tres crímenes de guerra distintos. Si en la futura Sentencia se impusieran condenas por los tres crímenes, indudablemente el crimen de guerra de utilizar niños menores de quince años que participen activamente en las hostilidades se solapa con los otros dos crí-

(83) Doc. ICC-01/04-01/06 (12-I-2006): Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. *Prosecution's Application for a warrant of arrest for Mr. Thomas Lubanga Dyilo*. Véanse igualmente los documentos ICC-01/04-01/06 (25-I-2006): Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. *Prosecution's Submission of Further Information and Materials*, 8 págs.; y doc. ICC-01/04-01/06 (27-I-2006): Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. *Prosecution's Submission of Further Information and Materials*, 17 págs.; así como el documento titulado: Pre-Trial Chamber I. *Transcript of the Hearing held on 2 February 2006*.

(84) International Criminal Court. Pre-Trial Chamber I. Warrant of Arrest of 10 February 2006. *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, p. 4.

(85) *Ibíd.*, p. 5.

(86) El Acta de acusación de la Oficina del Fiscal se encuentra en el documento ICC-01/04-01/06 (28-VIII-2006): Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. *Submission of the Document Containing the Charges pursuant to Article 61(3) and of the List of Evidence pursuant to Rule 121(3)*, 6 págs. Su Anexo II se encuentra en el doc. ICC-01/04-01/06 (28-VIII-2006): Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. *Document containing the Charges, Article 61(3)(a)*, 24 págs. En su Intervención final en las audiencias de confirmación de cargos, el Fiscal afirmó que: *"Among the aspects the Defence has accepted are the portions on the background of Thomas Lubanga Dyilo and the fact that the crimes Thomas Lubanga Dyilo is charged occurred in the context of an armed conflict not of an international character"* (el subrayado es mío). Las actas transcritas de esta audiencia pública se encuentran en el documento Pre-Trial Chamber I, Transcription No. ICC-01/04-01/06-T-47-EN (28 November 2006). Open Session, 151 págs., especialmente p. 11.

(87) Cour Pénale Internationale. La Chambre Préliminaire I. Décision sur la confirmation des charges, 29 Janvier 2007. *Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*.

menes de guerra (de alistar o de reclutar niños), aunque el elemento objetivo de la conducta es distinto en cada caso. La segunda situación afecta a la decisión de la SCP-I de la CPI de recalificar estos tres crímenes de guerra tanto como crímenes cometidos en un conflicto armado no internacional (art. 8.2.e).vii) del Estatuto) como en un conflicto armado internacional (art. 8.2.b).xxvi) del Estatuto). Esta eventualidad, que se encuentra recurrida ante la Sala de Apelaciones de la CPI (88), determinaría una segunda situación de acumulación de condenas donde la diferencia deriva del elemento contextual en función de la naturaleza del conflicto armado.

Índice de abreviaturas:

CPI	Corte Penal Internacional
SCP-I	Sala Primera de Cuestiones Preliminares
TIPR	Tribunal Internacional Penal para Ruanda
TIPY	Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia

Índice analítico o de conceptos:

Derecho Internacional Penal
Determinación de la pena
Acumulación de acusaciones
Acumulación de condenas
Crímenes internacionales
Elementos de los crímenes

Índice de nombres:

Lloyd G. Williams
Mark Jennings

(88) El 5-II-2005 la Oficina del Fiscal recurrió, ante la Sala de Apelaciones de la CPI, la corrección que la SCP-I de la CPI le impuso en cuanto a la contextualización del conflicto armado como conflicto armado con carácter internacional durante una parte del tiempo en el que se desarrollaron los hechos. Doc. ICC-01/04-01/06 (5-II-2007): Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of Congo in the case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. *Application for Leave to Appeal Pre-Trial Chamber I's 29 January 2007 «Décision sur la confirmation des charges»*, 12 págs.

Pavel Dolenc
Susanne Walther
Yakov Ostrovsky

Índice de jurisprudencia internacional:

Trial Chamber II of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of 21 May 1999. The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana

Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 20 February 2001. Prosecutor v. Zejnil Delali_, Zdravko Muci_ (aka "Pavo"), Hazim Deli_ and Esad Land_o (aka "Zenga"), alias "_elebi_i"

Trial Chamber II of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 22 February 2001. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kova_ and Zoran Vukovi_

Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 26 February 2001. Prosecutor v. Dario Kordi_ and Mario _erkez

Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of 7 June 2001. The Prosecutor v. Ignace Bagilishema

Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 5 July 2001. Prosecutor v. Goran Jelisi_

Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 2 August 2001. Prosecutor v. Radislav Krsti_

Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 16 November 2001. Alfred Musema v. the Prosecutor

Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 12 June 2002. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kova_ and Zoran Vukovi_

Trial Chamber III of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 15 May 2003. The Prosecutor v. Laurent Semanza

Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 26 May 2003. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda v. the Prosecutor

Trial Chamber II of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 1 December 2003. The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli

Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment and Sentence of 3 December 2003. The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze

Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 19 April 2004. Prosecutor v. Radislav Krsti_

Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgment of 13 December 2004. The Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana

Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Judgment of 17 December 2004. Prosecutor v. Dario Kordi_ and Mario _erkez

Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Rwanda. Judgement of 20 May 2005. Laurent Semanza v. the Prosecutor

International Criminal Court. Pre-Trial Chamber I. Warrant of Arrest of 10 February 2006. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo

Cour Pénale Internationale. La Chambre Préliminaire I. Décision sur la confirmation des charges, 29 Janvier 2007. Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo

Índice de convenios multilaterales:

Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)

THE HUMANIZATION OF CONSULAR LAW: THE IMPACT OF ADVISORY OPINION n. 16 (1999) OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON INTERNATIONAL CASE-LAW AND PRACTICE

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE*
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMMARY

I. INTRODUCTION: CONSULAR LAW BEYOND THE INTER-STATE OUTLOOK.

II. THE RIGHT TO INFORMATION ON CONSULAR ASSISTANCE IN THE FRAMEWORK OF THE GUARANTEES OF THE DUE PROCESS OF LAW.

III. THE HUMANIZATION OF CONSULAR LAW IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL PRACTICE.

IV. CONCLUDING OBSERVATIONS.

* Ph.D. (Cambridge); Judge and Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Professor of International Law at the University of Brasilia, Brazil; Member of the *Institut de Droit International*; Member of the *Curatorium* of the Hague Academy of International Law.

Resumen: Desde la Sentencia del 24 de mayo de 1980 de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de los Rehenes en Teherán (Estados Unidos versus Irán), se transcendió la dimensión interestatal clásica del Derecho Diplomático y Consular; fue aquella la primera Sentencia en que la CIJ hizo una referencia expresa a los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Sin embargo, fue la Opinión Consultiva n. 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 01 de octubre de 1999, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, que dió expresión, y fomentó, de forma pionera y elaborada, al proceso histórico corriente de humanización del Derecho Internacional en general, y del Derecho Consular en particular, como reconocido hoy día en la teoría y práctica jusinternacionalistas.

En su referida Opinión Consultiva n. 16, sostuvo la Corte Interamericana que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 reconoce al extranjero bajo detención derechos individuales, tal como el derecho a la información sobre asistencia consular, vinculado a las garantías (en evolución) del debido proceso legal. La Corte Interamericana agregó que la no-observancia de ese derecho, en casos de imposición y ejecución de la pena de muerte, acarrea una privación arbitraria del propio derecho a la vida (en los términos del artículo 4 de la Convención Americana y del artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), con todas las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esa naturaleza.

Esta histórica Opinión Consultiva del 01.10.1999 de la Corte Interamericana revela el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la evolución del propio Derecho Internacional Público en general, y del Derecho Consular en particular, especificamente por haber sido la Corte Interamericana el primer tribunal internacional a advertir que el incumplimiento del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 ocurre en detrimento no sólo de un Estado Parte sino también de los seres humanos afectados (como, con posterioridad, la Corte Internacional de Justicia también lo admitió, aunque en escala más limitada, en los casos *LaGrand* (Alemania versus Estados Unidos, 2001) y *Avena y Otros* (México versus Estados Unidos, 2004)).

La Opinión Consultiva n. 16 de la Corte Interamericana, pionera, - que fue llevada por las partes litigantes al conocimiento de la CIJ en los procedimientos contenciosos en los casos *LaGrand* y *Avena y Otros*, - está sirviendo de guía a la jurisprudencia internacional emergente sobre la materia, y ha tenido un sensible impacto sobre la práctica de los Estados de la región sobre la materia, en formas las más distintas y originales (v.g., actualización de guías consulares para proporcionar asistencia consular más eficaz, creación de consulados itinerantes, contencioso ante tribunales extranjeros para asegurar el derecho a la información sobre la asistencia consular, creación de nuevos órganos nacionales de coordinación del ejercicio de la asistencia y protección consulares). Esta contribución significativa de la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana ha sido prontamente reconocida por la doctrina jurídica contemporánea: la persona humana asume finalmente posición central en el dominio del Derecho Consular en particular, y del Derecho Internacional en general, en el marco general del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos.

I. INTRODUCTION: CONSULAR LAW BEYOND THE INTER-STATE OUTLOOK.

The adoption of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, followed by their wide acceptance by the member States of the international community was soon to be reckoned as a landmark in the codification of modern International Law. Their success was attributed to their pertaining to a classic domain of International Law (1), which already counted, prior to adoption, on a considerable State practice on the matter (2). The aforementioned Conventions were regarded as generally "declaratory" of customary law on the matter, which was significant if one was to keep "all

(1) E. Suy, "Développement progressif et codification du Droit international: le rôle de l'Assemblée Générale revisité", *in Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law - International Law as a Language for International Relations* (New York, 1995), The Hague, Kluwer, 1996, p. 221.

(2) It was also attributed to their pertaining to State conduct, rather than with "the substance of inter-State relations"; K. Zemanek, "Does Codification Lead to Wider Acceptance?", *in ibid.*, p. 226.

hope of a possible future reconstruction of that minimum of international homogeneity (...), a synthesis, in the spirit of full tolerance, of the wealth and diversity of structures, beliefs and ideologies with a minimum of cultural fundamentals in common" (3).

It can hardly be doubted that, by the time the Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations were adopted and entered into force, their implementation was envisaged from the outlook of strictly inter-State relations (4). Yet, less than two decades later, those Conventions, or at least some of their provisions, could be read in a distinct light, ineluctably linking them to the fundamental rights inherent to the human person. The case of the *Hostages (United States Diplomatic and Consular Staff) in Tehran* (1979-1980), filed by the United States against Iran before the International Court of Justice [ICJ], can be recalled in this connection (5).

In its judgment of 24 May 1980 on the *Hostages (U.S. Diplomatic and Consular Staff in Tehran)* case (United States versus Iran), the ICJ, referring to the International Law governing diplomatic and consular relations (Vienna Conventions of 1961 and 1963), felt obliged to draw "the attention of the entire international community" to

> "the irreparable harm that may be caused by events of the kind now before the Court. Such events cannot fail to undermine the edifice of

(3) K. Marek, "Thoughts on Codification", 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1971) p. 520, and cf. p. 507.

(4) Cf., e.g., G.E. do Nascimento e Silva, *Diplomacy in International Law*, Leiden, Sijthoff, 1972, pp. 29-48; J. Monnier, "Observations sur la codification et le développement progressif du Droit international", *in Mélanges Georges Perrin* (eds. B. Dutoit and E. Grisel), Lausanne, Payot, 1984, pp. 241-242.

(5) In the course of the proceedings (written phase) before the ICJ, the United States, in its memorial, after pointing out that, in the circumstances of the *cas d'espèce*, the U.S. nationals had been held incommunicado "in the grossest violation of consular norms *and accepted standards of human rights*", added emphatically that Article 36 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations "establishes rights not only for the consular officer but, perhaps even more importantly, *for the nationals of the sending State* who are assured access to consular officers and through them to others". ICJ, *Hostages (U.S. Diplomatic and Consular Staff) in Tehran case, ICJ Reports* (1979); Pleadings, Oral Arguments, Documents; p. 174 (emphasis added). Again in the oral arguments before the ICJ, the complainant State further contended that "the right to be free from arbitrary arrest and detention and interrogation, and the right to be treated in a humane and dignified fashion, are surely rights guaranteed to these individuals by fundamental concepts of international law. Indeed, nothing less is required by the Universal Declaration of Human Rights"; *cit. in ibid.*, argument of the agent for the United States (Mr. Owen), pp. 302-303.

> law carefully constructed by mankind over a period of centuries, the maintenance of which is vital for the security and well-being of the complex international community of the present day, to which it is more essential than ever that the rules developed to ensure the ordered progress of relations between its members should be constantly and scrupulously respected" (6).

In the same judgment on the *Hostages* case, the ICJ warned that the obligations at issue of the respondent State were "not merely contractual obligations established by the Vienna Conventions of 1961 and 1963, but also obligations under general international law" (7). The ICJ stated that "wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights" (8). In its reasoning throughout the judgment, the ICJ stressed the importance of the relevant principles of International Law as well as of the International Law of Human Rights. The *corpus juris* of diplomatic law was thus approached in the light of basic considerations of humanity.

In the same decision of 1980, the ICJ saw it fit to draw attention to the universality of codified diplomatic and consular law, the faithful observance of which was to the ultimate benefit to humankind as a whole. In the words of the Court,

> "The Vienna Conventions [of 1961 and 1963], which codify the law of diplomatic and consular relations, state principles and rules essential for the maintenance of peaceful relations between States and accepted throughout the world by nations of all creeds, cultures and political complexions. (...)

(6) *ICJ Reports* (1980) p. 43, par. 92.

(7) ICJ, case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States versus Iran), *ICJ Reports* (1980) p. 31, par. 62. The ICJ further pondered that the principle of the inviolability of the persons of diplomatic agents and the premises of diplomatic missions had a "fundamental character", and was "one of the very foundations of this long established régime [of diplomatic law], to the evolution of which the traditions of Islam made a substantial contribution"; *ibid.*, p. 40, par. 86.

(8) *Ibid.*, p. 42, par. 91.

(...) The Court considers it to be its duty to draw the attention of the entire international community, of which Iran itself has been a member since time immemorial, to the irreparable harm that may be caused by events of the kind now before the Court. Such events cannot fail to undermine the edifice of law carefully constructed by mankind over a period of centuries, the maintenance of which is vital for the security and well-being of the complex international community of the present day, to which it is more essential than ever that the rules develop to ensure the ordered progress of relations between its members should be constantly and scrupulously respected" (9).

It can hardly be doubted that the work of codification and progressive development, in the course of the XXth century, has endowed International Law with an *objective* basis (10). Furthermore, and most significantly, it has served the imperatives of international justice, and contributed to secure the unity and universality of International Law (11). It is not surprising that it has flourished amidst a humanist philosophy and a considerable importance attributed to the general principles of international law (12). It acknowledges, moreover, that its normative content flows from the *conscience* of the members of the international community (and not from their simple acts of will), to respond to their common needs and aspirations, in a manifestation of the *opinio juris communis* (13).

It cannot pass unnoticed that a domain of International Law which, some decades ago, was conceived upon a strictly inter-State basis, such as

(9) *Ibid.*, pp. 24 and 43, pars. 45 and 92, respectively.

(10) Such was the testimony of a protagonist of successive Vienna Conferences of codification of international law; cf. G.E. do Nascimento e Silva, "A Codificação do Direito Internacional", 28-30 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1972-1974) ns. 55/60, p. 100.

(11) J.G. Guerrero, *La codification du Droit international*, Paris, Pédone, 1930, pp. 9-10, 13, 24, 27 and 150.

(12) A. Mahiou, "Rapport général: Les objectifs de la codification", in Société Française pour le Droit International, *La codification du Droit international* (Colloque d'Aix-en-Provence), Paris, Pédone, 1999, pp. 22 and 45.

(13) As admitted by another distinguished protagonist of codification of international law in the XXth century; cf. Roberto Ago, "Nouvelles réflexions sur la codification du Droit international", *in International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of S. Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 2 and 22.

diplomatic and consular law (14), is nowadays ineluctably permeated with basic considerations of humanity. There could hardly be a more eloquent illustration, as I perceive it, of the current historical process of *humanization* of International Law, setting the ground for the construction of a new *jus gentium* of the XXst century, the International Law of humankind (15). The aforementioned *Hostages* case before the ICJ is not an isolated example in this connection.

II. THE RIGHT TO INFORMATION ON CONSULAR ASSISTANCE IN THE FRAMEWORK OF THE GUARANTEES OF THE DUE PROCESS OF LAW.

More recently, the Inter-American Court of Human Rights [IACtHR] had the occasion to dwell upon the matter, upon a request by Mexico, in respect of a provision of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (Article 36(1)(b)) - in combination with the American Convention on Human Rights, - in an Advisory Opinion of 01 October 1999. In the course of the advisory proceedings (16), one of the eight intervening States before the IACtHR, - the United States, - argued *inter alia* that the 1963 Vienna Convention was not a human rights treaty nor a treaty "concerning" the protection of human rights, but rather "a multilateral treaty of the traditional type concluded to accomplish reciprocal exchange of rights for the benefit of the Contracting States" (17). In so doing, the United States assumed a position which was diametrically opposed to the one it held upheld years earlier in the *Hostages* case (cf. *supra*).

(14) To the aforementioned 1961 and 1963 Vienna Conventions, two others can be added, namely, the 1969 Convention on Special Missions, and the 1975 Convention on the Representation of States in Their Relations with International Organizations of a Universal Character.

(15) A.A. Cançado Trindade "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2005), chapter XXII (in print).

(16) Cf. pleadings in Advisory Opinion OC-16/99, *cit. infra* n. (17), Series B (Pleadings, Oral Arguments and Documents), n. 16, pp. 3-217.

(17) IACtHR, Advisory Opinion OC-16/99, of 01.10.1999, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Series A, n. 16, p. 179, par. 26.

The IACtHR dismissed that argument, recalling that under the 1963 Vienna Convention "the consular officer and the national of the sending State both have the right to communicate with each other, at any time, in order that the former may properly discharge his functions"; the consular communication serves a dual purpose, namely,

> "that of recognizing a State's right to assist its nationals through the consular officer's actions and, correspondingly, that of recognizing the correlative right of the national of the sending State to contact the consular officer to obtain that assistance" (18).

The IACtHR further recalled that Article 36(1)(b) and (c) of the 1963 Vienna Convention pertained to consular assistance in a given situation, namely, that of deprivation of freedom. The rights mentioned therein had as a characteristic the fact that their *titulaire* is the individual. In effect, that provision

> "is unequivocal in stating that rights to consular information and notification are `accorded' to the interested person. In this respect, Article 36 is a notable exception to what are essentially States' rights and obligations accorded elsewhere in the Vienna Convention on Consular Relations. As interpreted by this Court in the present Advisory Opinion, Article 36 is a notable advance over international law's traditional conceptions of this subject" (19).

It ensues from that provision that the exercise of that right is limited only by the choice of the individual himself, who may "expressly" oppose any intervention by the consular officer on his behalf; this, - added the IACtHR, - "confirms the fact that the rights accorded under Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations are rights of individuals" (20). The Court therefore concluded that

> "Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations endows a detained foreign national with individual rights that are the counterpart to the host State's correlative duties. This interpretation is supported by the Article's legislative history. There, although in principle some States believed that it was inappropriate to include clauses regarding the rights of nationals of the sending State, in the end the view was that there was no reason why that instrument should not confer rights upon individuals. (...)
>
> Therefore, the consular communication to which Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations refers, does indeed concern the protection of the rights of the national of the sending State and may be of benefit to him. This is the proper interpretation of the functions of `protecting the interests' of that national and the possibility of his receiving `help and assistance', particularly with arranging appropriate `representation before the tribunals'. (...)" (21).

(18) *Ibid.*, pp. 238-239, pars. 79-80.
(19) *Ibid.*, pp. 239-241, pars. 81-82.
(20) *Ibid.*, p. 241, par. 83.

In its Advisory Opinion of 01.10.1999, the IACtHR, in sum, held that Article 36 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations recognizes to the foreigner under detention individual 2rights, - among which the right to information on consular assistance, - to which correspond duties incumbent upon the receiving State (irrespective of its federal or unitary structure) (22). The Court pointed out that the evolutive interpretation and application of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights, have had "a positive impact on International Law in affirming and developing the aptitude of this latter to regulate the relations between States and human beings under their respective jurisdictions"; the Court thus adopted the "proper approach" in considering the matter submitted to it in the framework of "the evolution of the fundamental rights of the human person in contemporary International Law" (23).

The Court expressed the view that, for the due process of law to be preserved, "a defendant must be able to exercise his rights and defend his interests effectively and in full procedural equality with other defendants" (24). Thus, the individual right to information under Article 36(1)(b) of the Vienna Convention on Consular Relations renders effective the right

(21) *Ibid.*, pp. 241-242, pars. 84 and 87.
(22) Paragraphs 84 and 140.
(23) Paragraphs 114-115.
(24) Paragraph 117. In order to attain its objectives, "the judicial process ought to recognize and correct the factors of real unequality" of those taken to justice; thus, the notification, to persons deprived of their liberty abroad, of their right to communicate with their consul, contributes to safeguard their defence and the respect for their procedural rights. Paragraphs 119 and 121-122.

to the due process of law. The non-observance or obstruction of the exercise of this right affects the judicial guarantees (25). The Court in this way linked the right at issue to the evolving guarantees of due process of law, and added that its non-observance in cases of imposition and execution of death penalty amounts to an arbitrary deprivation of the right to life itself (in the terms of Article 4 of the American Convention on Human Rights and Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights), with all the juridical consequences inherent to a violation of the kind, that is, those pertaining to the international responsibility of the State and to the duty of reparation (26).

This Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR, truly pioneering, has served as inspiration for the emerging international case-law, *in statu nascendi*, on the matter (27), and is having a sensible impact on the practice of the States *(infra)* of the region on the issue. The Advisory Opinion achieved a considerable mobilization in the advisory proceedings (with eight intervening States, besides several non-governmental organizations and individuals), one of the greatest in the whole history of the Court to date (28), surpassed only by that in the subsequent Advisory Opinion n.

(25) Paragraphs 124 and 129.

(26) Paragraph 137; and cf. Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade. - For the pleadings and oral arguments before the Court, cf. IACtHR, OC-16/99, of 01.10.1999, Series B, n. 16 (2000), pp. 3-217.

(27) As promptly acknowledged by expert writing, singling out the advanced and evolutive approach it propounded; cf. notes (36), (37) and (38), *infra*. It has beenpointed out, e.g., that "la Cour Interaméricaine avait examiné dans quelle mesure la violation du droit d'être informé de l'assistance consulaire pouvait être considérée comme une violation de la règle fondamentale du procès équitable et si, par voie de conséquence, une telle irrégularité de procédure dans le cas d'une condamnation à mort constituait aussi une atteinte illicite à la vie humaine protégée par l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. (...) La CIJ ne s'est pas prononcée sur ces questions qui ont trait à l'application de deux principes du droit international (la règle du procès équitable et le droit à la vie)". Ph. Weckel, M.S.E. Helali and M. Sastre, *op. cit. infra* n. (46), p. 770. Cf. also, in further acknowledgement of the pioneering contribution of the 16th Advisory Opinion of the Inter-American Court: M. Mennecke, "Towards the Humanization...", *op. cit. infra* n. (48), pp. 430-432, 453-455, 459-460 and 467-468; M. Mennecke and C.J. Tams, "The *LaGrand* Case", *op. cit. infra* n. (48), pp. 454-455.

(28) In the public hearings (on this 16th Advisory Opinion) before the Court, apart from the eight intervening States, several individuals took the floor, namely: seven individuals representatives of four national and international non-governmental organizations (active in the field of human rights), two individuals of a non-governmental organization working for the abolition of the death penalty, two representatives of a (national) entity of lawyers, four University Professors in their individual capacity, and three individuals in representation of a person condemned to death.

18 of the IACtHR on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (2003) (29).

It may be observed, *in passim*, that the historical Advisory Opinion n. 16 reveals the impact of the International Law of Human Rights in the evolution of Public International Law itself, specifically for having the IACtHR been the first international tribunal to warn that non-compliance with Article 36(1)(b) of the Vienna Convention on Consular Relations of 1963 took place to the detriment not only of a State Party but also of the human beings at issue (30), as well as to affirm the existence of an individual right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law (31).

In fact, it may be recalled that, throughout the contentious proceedings in the subsequent *LaGrand* case (Germany *versus* United States) before the ICJ, the advisory proceedings conducive to the aforementioned Advisory Opinion n. 16, as well as this Opinion itself, of the IACtHR (of 01.10.1999), were constantly brought to the attention of the ICJ, in both the written and oral phases. Thus, in the written phase of the proceedings in the *LaGrand* case, Germany, in its memorial (of 16.09.1999), expressly referred to the request by Mexico for an Advisory Opinion pending before the IACtRH (32) Likewise, in its counter-memorial (of 27.03.2000), the United States expressly referred to the Advisory Opinion n. 16 recently issued by the IACtHR (33). This latter was extensively referred to, also in the oral arguments before the ICJ (34). Subsequently, in its Judgment of 27.06.2001 in the *LaGrand* case, the ICJ found that the United States breached its obligations to Germany and to the LaGrand

(29) For the pleadings and oral arguments before the Court, cf. IACtHR, OC-18/03, of 17.09.2003, Series B, n. 18 (2005), pp. 3-231.

(30) As the ICJ has subsequently also admitted, in the aforementioned case *LaGrand*.

(31) Cf. IACtHR, Advisory Opinion n. 16 (OC-16/99), *cit. supra* n. 18, pp. 3-123, pars. 1-141 [Spanish text].

(32) ICJ, *Memorial of the Federal Republic of Germany (LaGrand* case), vol. I, 16.09.1999, p. 69.

(33) ICJ, *Counter-Memorial Submitted by the United States of America (LaGrand* case), 27.03.2000, pp. 85-86, n. 110.

(34) Cf., in particular, the pleadings of the co-agent and counsel for Germany (B. Simma), *in:* ICJ, public sitting of 13.11.2000, doc. 2000/26, pp. 60/62; and doc. 2000/27, pp. 9-11, 32 and 36.

brothers under Article 36(1) and (2) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (35).

Subsequently to the *LaGrand* case, once again, in the case of *Avena and Other Mexican Nationals versus United States*, the complainant State before the ICJ, this time Mexico, in its memorial (of 20.06.2003), throughout its argumentation referred extensively to the aforementioned and leading Advisory Opinion n. 16 (of 1999) of the IACtHR, quoting excerpts of it reiteratedly (36). It further referred expressly to other decisions of the IACtHR, also in contentious cases (37), relevant to the matter at issue before the ICJ, in sum, to the relevant *jurisprudence constante* of the IACtHR on the subject. At a stage of its memorial, Mexico argued, *inter alia*, in support of its position, that

> "The increasing support of OC-[Advisory Opinion n.] 16 [of the IACtHR] by foreign governments in death penalty cases involving foreign nationals strongly suggests the existence of an emerging consensus in the practice of nations" (38).

In its Judgment of 31.03.2004 in the case of *Avena and Other Mexican Nationals*, the ICJ found in favour of Mexico (39).

(35) *ICJ Reports* (2001) pp. 515-516 (resolutory points 3 and 4). On the "diffident" attitude of the ICJ, which "failed to mention" the judicial precedent of the Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR holding that Article 36 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations was among the minimum guarantees essential for a fair trial of foreign nationals, cf. J. Fitzpatrick, "Consular Rights and the Death Penalty after *LaGrand*", in American Society of International Law, *Proceedings of the 96th Annual Meeting* (2002) p. 309.

(36) I.C.J., Case concerning *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico versus United States), *Memorial of Mexico*, 20.06.2003, pp. 80-81, 136-137, 140-141 and 144, and cf. p. 65.

(37) *Ibid.*, pp. 119-121, 151, 153 and 155-157, and cf. p. 55.

(38) *Ibid.*, p. 141.

(39) *ICJ Reports* (2004) pp. 70-73. - Once again, like in the *LaGrand* case, in the Avena case the ICJ, in approaching "consular assistance rights", reasoned in the line of inter-State relations (diplomatic protection) rather than individual human rights; cf. *ibid.*, pp. 60-61, pars. 124-127, on the reticent position of the ICJ.

III. THE HUMANIZATION OF CONSULAR LAW IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL PRACTICE.

Shortly after its adoption, Advisory Opinion n. 16, of the IACtHR, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Due Process of Law* (of 01.10.1999), was promptly and expressly referred to by the General Assembly of the United Nations, in its resolutions 54/166, of 17.12.1999 (40), and 55/92, of 04.12.2000 (41), both on protection of migrants. Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR was likewise expressly referred to by the General Assembly of the Organisation of American States (OAS), in two of its resolutions, adopted in 2000 and 2001, respectively (42). Furthermore, the aforementioned Advisory Opinion n. 16 was likewise expressly quoted in decision 2001/52 of the U.N. Commission on Human Rights (43).

On its part, the U.N. Subcommission on the Promotion and Protection of Human Rights, in a statement issued on 08.08.2002, urged the United States to stay execution of a Mexican national (J.S. Medina), on the basis of the Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR (of 01.10.1999) and the subsequent Judgment of the ICJ in the *LaGrand* case (of 27.06.2001) (44). Again shortly after the Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR, the *rapporteur* of the OAS Inter-American Commission on Human Rights on the question of Migrant Workers and Members of their Families reproduced the views expressed by Peru that the receiving State is under the duty to facilitate consular assistance to foreigners, and by Bolivia and Panama to the effect that migrants have the right to resort to consular authorities of the State of origin (45).

Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR was truly pioneering, and has served as inspiration for the emerging international case-law, *in statu nas-*

(40) Tenth preambular paragraph.

(41) Fifteenth preambular paragraph.

(42) OAS, resolutions AG/RES.1717(XXX-0/00), of 05.06.2000 (fifth *considerandum*), and AG/RES.1775(XXXI-0/01), of 05.06.2001 (sixth *considerandum*).

(43) Fourteenth preambular paragraph.

(44) Statement reproduced in a press release of the U.N. High Commissioner for Human Rights, of the same date, p. 1.

(45) 2nd. progress report, reproduced *in* OAS, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* 2000 - vol. II, pp. 1562 (Peru), 1560 (Bolivia) and 1561 (Panama).

cendi, on the matter. This has been promptly acknowledged by expert writing, for example, in referring to the subsequent decision of the ICJ (of 27.06.2001) in the *LaGrand* case, rendered "à la lumière notamment de l'avis de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme du 1er octobre 1999" (46). It has further been pointed out that the IACtHR's Advisory Opinion of 1999 contrasts with "la position restrictive prise par la Cour de La Haye" in its decision of 2001 in the *LaGrand* case (47):

> "La Cour Interaméricaine avait examiné dans quelle mesure la violation du droit d'être informé de l'assistance consulaire pouvait être considérée comme une violation de la règle fondamentale du procès équitable et si, par voie de conséquence, une telle irrégularité de procédure dans le cas d'une condamnation à mort constituait aussi une atteinte illicite à la vie humaine protégée par l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. (...) La CIJ ne s'est pas prononcée sur ces questions qui ont trait à l'application de deux principes du droit international (la règle du procès équitable et le droit à la vie)" (48).

Turning to the contemporary international practice on the matter, it may be pointed out that two weeks after the adoption of Advisory Opinion

(46) G. Cohen-Jonathan, "Cour Européenne des Droits de l'Homme et droit international général (2000)", 46 *Annuaire français de Droit international* (2000) p. 642. - It has also been pointed out, as to the Inter-American Court's Advisory Opinion n. 16, "le soin mis par la Cour à démontrer que son approche est conforme au droit international". Moreover, "pour la juridiction régionale il n'est donc pas question de reconnaître à la Cour de la Haye une prééminence fondée sur la nécessité de maintenir l'unité du droit au sein du système international. Autonome, la juridiction est également unique. (...) La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme rejette fermement toute idée d'autolimitation de sa compétence en faveur de la Cour mondiale fondamentalement parce que cette dernière ne serait pas en mesure de remplir la fonction qui est la sienne". Ph. Weckel, M.S.E. Helali and M. Sastre, "Chronique de jurisprudence internationale", 104 *Revue générale de Droit international public* (2000) pp. 794 and 791.

(47) In effect, "la juridiction régionale avait exprimé son opinion dans l'exercice de sa compétence consultative. Or, statuant sur un différend entre États, la juridiction universelle ne disposait pas de la même liberté, parce qu'elle devait faire prévaloir les restrictions imposées à sa juridiction para le défendeur". Ph. Weckel, "Chronique de jurisprudence internationale", 105 *Revue générale de Droit international public* (2001) pp. 764-765.

(48) *Ibid.*, p. 770. - Cf. also, in further acknowledgement of the pioneering contribution of the Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR: M. Mennecke, "Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights - The LaGrand Case before the International Court of Justice", 44 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationales Recht* (2001) pp. 430-432, 453-455, 459-460 and 467-468; M. Mennecke and C.J. Tams, "The *LaGrand* Case", 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002) pp. 454-455.

n. 16 by the IACtHR, the Ministry of External Relations of Mexico issued a circular note to all its diplomatic and consular posts stressing the importance of that Advisory Opinion and of due compliance with it (49). The matter dealt with in the Advisory Opinion was already occupying a special place, in recent years, in Mexico's diplomatic and consular practice (50). In an intervention at the 56th U.N. General Assembly (2001) on the report of the ICJ, the Legal Adviser to its Foreign Office stated that Mexico supported the conclusion of the Judgment in the *LaGrand* case to the effect that individual rights ensued from Article 36(1) of the 1963 of the Vienna Convention on Consular Relations, but would have preferred if the ICJ had established in an "unequivocal manner", like the IACtHR had already done in its Advisory Opinion n. 16, that those rights had the character of human rights; a pronouncement of the ICJ in this sense "would have resulted of great relevance" (51).

As from the end of the year 2000 onwards, Mexico began to resort to diplomatic channels as a complementary strategy for the defence of their nationals condemned to death penalty in the United States. Thus, in the case of *M.A. Flores*, letters of the Ambassadors of Argentina (01.11.2000), Honduras (08.11.2000), Poland (31.10.2000), Spain (02.11.2000), and Uruguay (08.11.2000) requested clemency to the Governor of Texas. In those letters, they all requested a reconsideration of the death sentence in view of the Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR, in particular its finding therein that the execution of a foreign national deprived of his "Article 36 rights" would constitute an "arbitrary deprivation of life", in violation of Article 6 of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights.

Again in the case of *G. Valdez Maltos*, letters to the same effect, and with the same argument on the basis of the aforementioned Advisory Opinion of the IACtHR, were sent by the Ambassadors of Argentina

(49) SRE/Mexico, *Notice Circular*, 14.10.1999, pp. 1-6.

(50) Three years before the Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR, Mexico and the United States concluded a *Memorandum* of Understanding on Consular Protection (1996) of their nationals, stressing the need of compliance with Article 36(1) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, and to allow and facilitate consular officials to be present at all times at the trials or judicial proceedings concerning their respective nationals.

(51) SRE/Mexico, *Intervención del Consultor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México (J.M. Gómez Robledo) en el Marco del Tema 13 del Programa de Trabajo de la 56a. Asamblea General de las Naciones Unidas 'Informe de la CIJ'*, 30.10.2001, p. 2.

(12.07.2001), Brazil (16.07.2001), Chile (13.07.2001), Costa Rica (16.07.2001), El Salvador (10.07.2001), Iceland (13.07.2001), Poland (16.07.2001) and Uruguay (12.07.2001) to the Governor of Oklahoma, requesting clemency. The same happened in the case of *J. Suárez Medina*, when letters of the Ambassadors of Costa Rica (12.08.2002), Guatemala (06.08.2002) and Uruguay (01.08.2002) likewise requested clemency to the Governor and local authorities of Texas, on the basis of the IACtHR's finding in its Advisory Opinion n. 16.

Moreover, in the case of *G. Valdez Maltos*, the Governments of Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panama, Poland, Uruguay and Venezuela consented to join Mexico in filing an *amicus curiae* brief before the U.S. Supreme Court. In that *amicus curiae*, of August 2001, they expressly supported "the seminal Opinion of the Inter-American Court in OC-16/99"; in particular, they referred to the Opinion's sustaining that the lack of consular notification was prejudicial to the minimum guarantees of due process to secure a fair trial, that a State may not impose the death penalty dpriving individuals of rights under Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations, and that the execution of foreign nationals under such circumstances would constitute an "arbitrary deprivation of life" in violation of Article 6 of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights" (52).

Likewise, in the case of *J. Suárez Medina*, the Governments of Argentina, Brazil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panama, Poland, Spain, Uruguay and Venezuela also consented to join Mexico in filing an *amicus curiae* (of August 2002), wherein once again the "seminal" Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR was expressly supported in the same line of reasoning (53). Still in the *J. Suárez Medina* case, the Government of Mexico, in a note (of 17.07.2002) to the U.S. Department of State, expressly invoked the Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR to argue the "illegality under international law" of the execution of its national, in breach of Article 6 of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights, "to which the United States is a Party" (54).

(52) Pages 7-8 and 20 of the *amicus curiae*.
(53) Pages 7 and 18 of the *amicus curiae*.
(54) SRE/Mexican Embassy in Washington D.C., Note of 17.07.2002, p. 3.

Other recent examples of international practice on the matter may be singled out. In the framework of the contribution of Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR (*supra*), three States of Central America - El Salvador, Guatemala and Nicaragua - established, on 30 November 2000, a "Mechanism of Trinational Consular Protection". By means of this initiative, they agreed to render consular protection, by the consuls of each of the three States, to nationals of the other two States, whenever these latter did not have consulates in the receiving State, and there was a situation of proven emergency or necessity (55)

Subsequently, the VII Regional Conference on Migration, held in Antigua, Guatemala, on 30-31 May 2002 (56), in its final Joint Communiqué acknowledged "the importance of the mechanisms of consular protection in condition of detention" - under the Vienna Convention on Consular Relations or other international agreements - established in the framework of "full respect of the human rights of the migrants" (57). Parallel to that, the I Iberian Meeting of the Community of Brazilians Abroad (58), held in Lisbon, on 09-11.05.2002, contemplated, it its final document, the establishment of a scheme of juridical assistance abroad to Brazilian migrants, in order to secure them "their condition of *titulaires* of fundamental rights" (59).

Shortly after the IACtHR's Advisory Opinion n. 16, Venezuela's newly-adopted national Constitution (of 17.11.1999) provided for the duty to observe "consular notification, set forth in international treaties on the matter", in respect of detention of foreigners (60). For some years the Venezuelan Ministry of External Relations had in fact been attentive to the question of consular assistance to Venezuelans detained abroad (61). On its turn, the Ministry of External Relations of Chile issued in 2001 its new *Manual of Procedure for the Due Exercise of Consular Assistance*

(55) *Consideranda* 2-3, and operative paragraphs 1-2; the Mechanism became effective on 01 January 2001 (par. 3).
(56) With the participation of Belize, Canada, Costa Rica, the Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, and the United States.
(57) Paragraph 3 of the Joint Communiqué. It further approved the establishment of "mechanisms of cooperation", on the basis of national legislations, on the matter at issue (par. 6(a)).
(58) Promoted by Brazil's *Ministère Public*.
(59) Item XIII-Conclusion, of the final "Document of Lisbon", p. 10.
(60) Article 44(2) *in fine*.
(61) As exemplified by MRE/Venezuela, circular letter n. DGSRC-a-18, of 04.07.1986, pp. 1-2.

and Protection and of Diplomatic Protection, which, in the light of Article 36(1) of the Vienna Convention on Consular Relations, acknowledges the duty of the receiving State to inform Chilean consuls of the detention of Chilean nationals, and the right of these latter to seek consular assistance and protection, considered in the light of the fundamental rights of the human person (62).

On its part, the Ministry of External Relations of Brazil issued in 2000 the new version of its *Manual of Consular and Juridical Service*, which, after singling out Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations, provided for the organization of "Councils of Citizens" (abroad), to foster communication between nationals living abroad and consular authorities of the country of origin, as well as of "Itinerant Consular Missions", to render more agile the consular assistance normally rendered in consular offices (63). Still in South America, the Ministry of External Relations of Peru saw it fit to consult the National Police on the compliance with the right of information on consular assistance; this latter reported to the Peruvian Foreign Ministry, on 31.12.2001, that the provision of Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations on "the right of foreigners to receive assistance" from consular authorities of the countries of origin was being complied with in the country (64).

In Central America, the Ministry of External Relations of El Salvador sent a circular message, on 08.12.1999, to all its diplomatic and consular posts, summarizing the contents of the Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR, and instructing them to comply, in the light of this latter, with the "duty" of the Salvadorean State "to protect its nationals abroad" and to secure, in this connection, the strict observance of the application of Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations (65). Earlier on, in another circular message of the kind, of 16.07.1998, the Foreign Ministry of El Salvador instructed its diplomatic and consular missions to secure compliance with the provision of Article 36 of the 1963 Vienna

(62) Sections 2.1 and 2.3 of the aforementioned *Manual*, pp. 2 and 6.

(63) Items 3.1.23, 3.2.1, and 3.3.2, of the aforementioned *Manual* (version of 02.06.2000).

(64) Peru/National Police, report n. 436-DIRSEG-JESE-DEX-IE, of 31.12.2001, p. 2. - And cf., earlier on, [Various Authors,] *Comunidades Peruanas en el Exterior: Situación y Perspectivas*, Lima, Academia Diplomática del Perú, 1999, pp. 7-78.

(65) MRE/El Salvador, Annex to doc. DUAJ/AEJ/1840-01, pp. 1-3.

Convention pertaining to the duty of the receiving State to inform the foreigner under detention of his rights thereunder (66).

More recently, on 01.06.2004, the Vice-Ministry of External Relations for Salvadoreans Abroad was created, and has been very active ever since (67). In the same line of concern, the Ombudsman (*Defensor de los Habitantes*) of Costa Rica, concerned with alleged "policies of deportation" of "many Costa Rican citizens" in Panama, issued a communiqué, on 02.11.2001, recommending to national authorities to national authorities the prompt exercise of "consular protection", in the light of the Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR (68).

Before the issuing of this latter, the Paraguayan Minister of Justice and Labour sent a complaint (with annexes) to the U.S. Secretary of State, in March 1998, to the effect that, in the *Breard* case, the right to information for consular assistance had been breached by the United States when the Paraguayan national A.F. Breard was arrested in 1992, and that Paraguay was only notified of that arrest after his national had been tried and sentenced to death. Paraguay was thus deprived of rendering consular assistance, in contrast with its own constant compliance with the relevant provisions of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations *vis-à-vis* U.S. nationals in Paraguay.

The *Breard* case was then, as *ultima ratio*, lodged by Paraguay with the ICJ, which issued a provisional measure of protection, on 09.04.1998, indicating that the United States should not execute A.F. Breard pending the Court's final decision on the case (69). Notwithstanding, five days later, on 14.04.1998, A.F. Breard was executed in Virginia, in breach of the ICJ Order. On 03.11.1998 the U.S. Government issued a statement fully recognizing the violation by the United States of the 1963 Vienna Convention in the *Breard* case, and conveying its apologies to "the Government and people of Paraguay". The U.S. statement added that

> "Consular notification is no less important to Paraguayan and other foreign nationals in the United States than to U.S. nationals outside the

(66) MRE/El Salvador, doc. DGSE/SAC/1042/98, p. 1.

(67) Documents provided by the Salvadorean Ministry of External Relations, on file with the Author.

(68) DHR/Costa Rica, doc. 08445-2001-DHR, of 02.11.2001, pp. 3-4.

(69) *ICJ Reports* (1998) p. 258 (resolutory point n. 1).

United States. We fully appreciate that the United States must see to it that foreign nationals in the United States receive the same treatment that we expect for our citizens overseas. We cannot have a double standard".

On its part, the Paraguayan Ministry of External Relations, in an official communiqué of 04.11.1998, took note of the "full recognition" on the part of the U.S. Government of its breach of the 1963 Vienna Convention, announced that it decided to withdraw its application from the ICJ, and expressed the hope that what occurred to A.F. Breard did not happen again (70). The issue, however, became a recurrent one, as the subsequent *LaGrand* and Avena cases before the ICJ, both against the United States, were to show. We are thus here before, rather than a "persistent objector", a persistent violator of the relevant provisions of the 1963 Vienna Convention on Consultar Relations, which seems to attempt to make one believe that a simple apology provides sufficient redress for the irreparable damage caused to the individuals at issue.

IV. CONCLUDING OBSERVATIONS.

The aforementioned examples on the contemporary international practice on the issue converge in disclosing an *opinio juris* in the line of the views upheld by the IACtHR in Advisory Opinion n. 16. Even before this latter, there already was an incipient practice in the region under Article 36(1) of the Vienna Convention on Consular Relations. Such international practice was confirmed and enhanced by that Advisory Opinion, which has decisively contributed to the formation of an *opinio juris communis* as to the individual rights crystallized under Article 36(1) of the 1963 Vienna Convention. This development, on its part, reflects the ongoing process of *humanization* of International Law, encompassing relevant aspects of consular relations.

Subsequent to its Advisory Opinion n. 16, the IACtHR delivered, on 17 September 2003, its 18th Advisory Opinion, on the *Juridical*

(70) Documents provided by the Paraguayan Ministry of External Relations, on file with the Author.

Condition and Rights of Undocumented Migrants, in which it held that States ought to respect and ensure respect of human rights, in the light of the general and basic principle of equality and non-discrimination, and that any discriminatory treatment with regard to the protection and exercise of human rights generates the international responsibility of the States. In the view of the Court, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered into the domain of *jus cogens*.

The IACtHR sustained that States cannot discriminate or tolerate discriminatory situations to the detriment of migrants, and ought to guaranteee the due process of law to any person, irrespective of her migratory status. This latter cannot be a justification for depriving a person of the enjoyment and exercise of her human rights, including labour rights. Undocumented migrant workers have the same labour rights as the other workers of the State of employment, and this latter ought to ensure respect for those rights in practice. States cannot subordinate or condition the observance of the principle of equality before the law and non-discrimination to the aims of their migratory or other policies.

The IACtHR has thus lately considered the subject at issue into an yet larger framework, of concern to the international community as a whole (71). At universal level, likewise, the Declaration and Programme of Action adopted in Durban, South Africa, in 2001, by the U.N. World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, were not indifferent to the protection of migrants. On the contrary, paragraphs 80-81 of the Programme of Action, e.g., saw it fit expressly to urge States

> "to seek full respect for, and compliance with, the Vienna Convention on Consular Relations of 1963, especially as it relates to the right of foreign nationals, regardless of their legal and immigration status, to communicate with a consular officer of their own State in the case of arrest or detention"; and "to prohibit discriminatory treatment based on race, colour, descent or national or ethnic origin against

(71) On the historical importance of this Advisory Opinion n. 18 (of 2003) of the IACtHR, cf., e.g., L. Ortiz Ahlf, *Derecho Internacional Público*, 3rd. ed., Mexico, OUP, 2004, pp. 555-557; L. Ortiz Ahlf, *De los Migrantes - Los Derechos Humanos de los Refugiados, Asilados, Desplazados e Inmigrantes Irregulares*, Mexico, Ed. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 1-69; S.H. Cleveland, "Legal Status and Rights of Undocumented Workers - Advisory Opinion OC-18/03 [of the IACtHR]", 99 *American Journal of International Law* (2005) pp. 460-465.

foreigners and migrant workers, *inter alia*, where appropriate, concerning the granting of work visas and work permits, housing, health care and access to justice".

The matter at issue is thus nowadays acknowledged as one of concern to humankind as a whole, having assumed an increasing relevance in the new *jus gentium*.

EL III CONGRESO HISPANO-LUSO-AMERICANO-FILIPINO DE DERECHO INTERNACIONAL

(Quito, 2-12 de octubre de 1957)

Prometeo CEREZO DE DIEGO
Secretario General del I.H.L.A.D.I.

Al Dr. Jorge Salvador Lara
Secretario General del III Congreso del IHLADI
En el cincuentenario de su celebración

El III Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional debió haberse reunido en marzo de 1956 en la ciudad de Quito, pero sería aplazado indefinidamente por coincidir su celebración con la III Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, de México, y con la Conferencia Especializada sobre Aguas de Mar, de Ciudad Trujillo (República Dominicana) (1).

Meses después, por iniciativa personal del Sr. Presidente de la República, Dr. Camilo Ponce Enríquez (1956-1960) y su gobierno, deseosos de cumplir el compromiso asumido al ofrecer la ciudad de Quito como sede del III Congreso del IHLADI, se reanudarían los Trabajos preparatorios del mismo.

En enero de 1957, un acuerdo ejecutivo de la Presidencia de la República acordaba crear la Comisión organizadora del Congreso integrada por los siguientes miembros: Doctores Antonio Parra Velasco, Teodoro Alvarado Garaicoa, Alfredo Pérez Guerrero, José Antonio Baquero de la Calle, Carlos Salazar Flor, Manuel de Guzmán y Polanco, Rafael García Velasco, José Ignacio Donoso Velasco y Ulpiano López (2).

(1) Cfr. Circular Nº 6 OEA-CDI (Quito, 16 de abril de 1957).

(2) *Actas del III Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. Quito, 2-12 de octubre de 1957, p. 9.

La Comisión Organizadora, en su primera sesión, por unanimidad de votos, eligió como Presidente al doctor Teodoro Alvarado Garaicoa, como Vicepresidente al doctor José Antonio Baquero de la Calle y como Secretario General al licenciado Jorge Salvador Lara.

En marzo de 1957, el Sr. Subsecretario de RR.EE. del Ecuador, Dr. Jaime A. Suárez Morales, escribía una carta al Secretario General del IHLADI, doctor Luis Antonio da Gama e Silva, en la que le comunicaba que el Gobierno del Ecuador había aprobado el plan de trabajo de la mencionada Comisión y fijaba las fechas del 2 al 12 de octubre del año en curso para la celebración en Quito del III Congreso Hispano-Luso--Americano-Filipino de Derecho Internacional.

De este modo, Ecuador se convertía, una vez más, en sede de un importante evento jurídico internacional. Pablo F. Lavin afirmaba en el "Diario de la Marina", de La Habana, a propósito de la celebración de este Congreso: "El Ecuador siempre ha sido un animador de los congresos internacionales. La clase culta de la república hermana a lo largo de la historia siempre se ha distinguido por su profundo amor a las ciencias y a las artes, y ha aportado contribuciones valiosísimas al acervo cultural del mundo" (3).

En este mismo sentido, el Canciller del Ecuador, doctor Carlos Tobar Zaldumbide, afirmaba: "Me es grato recordar, ahora, en vísperas de que el Ecuador reciba la visita de los ilustres internacionalistas miembros del IHLADI, que el antecedente precursor de estas reuniones fue el Congreso Jurídico Iberoamericano, realizado en Madrid en 1892, para conmemorar el Cuarto Centenario del Descubrimiento de América. Ya para entonces el Ecuador apoyó eficazmente la iniciativa de celebrarlo, y un ilustre y docto quiteño, el doctor Pablo Herrera, presentó a la I Comisión de aquel Congreso un notable estudio jurídico, permanente aporte a la doctrina americanista de solución pacífica de las controversias" (4).

El Programa científico oficial del III Congreso había sido fijado por el Consejo Directivo del IHLADI en su reunión de Madrid en diciembre de 1954 aprobando los siguientes siete temas con sus respectivos ponentes:

(3) *III Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional. Boletín de Información* nº 2, Quito, 1 de octubre de 1957, p.2.

(4) *Idem, Boletín de Información*, nº 1, Quito, 20 de septiembre, p.3.

I. *Proyecto de convenio sobre la condición jurídica especial de los nacionales pertenecientes a los países de la Comunidad hispano-luso--americana-filipina*, a cargo del Dr. Mario Amadeo (República Argentina)

II *Coordinación del sistema de solución pacifica de conflictos en Naciones Unidas con 'el de la Organización de Estados Americanos,* a cargo del Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (Uruguay).

III. *Legislación aplicable a los actos realizados y hechos ocurridos a bordo de una aeronave en vuelo internacional*, a cargo del Dr. Luis Tapia Salinas (España).

IV. *La responsabilidad del Estado en los daños causados a extranjeros*, a cargo del Dr. Teodoro Alvarado Garaicoa (Ecuador).

V. *Régimen jurídico del mar territorial*, a cargo del Dr. Ángel Modesto Paredes (Ecuador).

VI. *Normas reguladoras de las condiciones de fondo y forma del matrimonio,* a cargo del Dr. Fernando Albónico Valenzuela (Chile).

VII *El Derecho Internacional y la guerra total,* a cargo del doctor Linneu Alburquerque Mello (Brasil) (5).

Con anterioridad a la celebración del Congreso se editaron y distribuyeron a los miembros del Instituto las cinco primeras ponencias. El ponente de la VI Comisión se limitó a presentar al III Congreso una propuesta motivada de Resolución y, en cuanto a la VII Ponencia, ni fue presentada al Congreso, ni el ponente asistió al mismo.

Otras incidencias afectaron también al desarrollo normal del Programa científico: así, por ausencia forzosa del ponente de la V Comisión se resolvió que otro profesor ecuatoriano, el Dr. Teodoro Alvarado Garaicoa, asumiera la exposición del tema (6).

Además de las Comisiones de las Ponencias, se constituyeron dos Comisiones especiales: una para la Reforma de los Estatutos del IHLADI, y la otra para el examen de las comunicaciones científicas presentadas al Congreso.

(5) *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. I, Zaragoza 1959, p.392.

(6) El texto completo de las cinco primeras ponencias así como la propuesta motivada de Resolución, del Dr. Fernando Albónico Valenzuela (Chile), se encuentra publicado en el libro ya citado: *Actas del III Congreso...*, pp. 311-312.

En la lista de iurisinternacionalistas que asistieron al III Congreso, además de la nutrida representación de España, estuvieron presentes representantes de quince repúblicas hispanoamericanas, siendo la Delegación Ecuatoriana, integrada por cerca de treinta personalidades designadas oficialmente para el evento, la más numerosa. Entre ellos se encontraban: ex-Ministros de Relaciones Exteriores, Rectores de Universidad, diplomáticos, políticos, profesores, etc. También asistieron observadores oficiales: por la Organización de las Naciones Unidas, por la Organización de Estados Americanos, el embajador Ottaviani de Italia y otros.

El miércoles 2 de octubre, víspera de la inauguración oficial del Congreso, se celebró una reunión administrativa del Consejo Directivo y a continuación una reunión plenaria del Instituto en sesión preparatoria, con asistencia de una veintena de miembros y asociados, al objeto de elegir diez nuevos miembros y veinticinco nuevos asociados. Después de esta elección, el cuadro estatutario del Instituto compuesto por ochenta miembros y ciento sesenta asociados, quedaba cubierto por cuarenta y nueve miembros y ciento veinte asociados. También se procedió a la elección del nuevo Consejo Directivo integrado por el Presidente (Dr. Teodoro Alvarado Garaicoa), el Director (Dr. José de Yanguas Messía), el Interventor (Dr. Camilo Barcia Trelles), diez Consejeros y el Secretario General (Dr. Luis García Arias).

En esta misma sesión se aprobó por aclamación unánime elegir Miembro de Honor del Instituto al Dr. Camilo Ponce Enríquez, Presidente Constitucional de la República del Ecuador. Continuando con la relación de nombramientos, indicamos que en la última sesión plenaria del viernes día 11 de octubre se acordó por unanimidad nombrar Presidente de Honor del Instituto al Dr. Jesús María Yepes y Herrera, y que, a propuesta del Secretario General, el Consejo Directivo nombró Secretarios adjuntos del Instituto a los Dres. José Luis de Azcárraga y Bustamante (España), Jorge Salvador Lara (Ecuador), Alfonso Rodríguez Queiró (Portugal), Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela) y Vicente Marotta Rangel (Brasil). Por último, el Ministro de RR.EE. de la República del Ecuador, que presidió una de las sesiones plenarias y la de clausura, fue designado por aclamación unánime Presidente de Honor del III Congreso.

El día 3 de octubre, se inauguraba el III Congreso del IHLADI en una

solemne sesión celebrada en el Teatro Nacional Sucre de la Muy Noble y Muy Leal Ciudad de San Francisco de Quito, capital de la República del Ecuador, fundada el 6 de diciembre de 1534 y cuyo Escudo de Armas le sería otorgado a la Ciudad en 1541 por el Emperador Carlos V.

La mesa presidencial estuvo presidida por el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, doctor Ponce Enríquez, al que acompañaban el cardenal de la Torre, Arzobispo de Quito, las más altas magistraturas de la República, los Ministros de Relaciones Exteriores de Costa Rica y Ecuador, el Nuncio Apostólico, Presidente y Secretario General del IHLADI, etc. En esta sesión inaugural pronunciaron discursos los Dres. Elicio Flor, Jesús María Yepes, Luis Antonio da Gama e Silva, Barcia Trelles y el Dr. Ponce Enríquez, Presidente de la República, que pronunció un excepcional discurso a cuyo término declaró inaugurado el III Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional.

Siguiendo las previsiones establecidas en el Programa, durante los días 4 al 11 de octubre se celebraron las reuniones de las diferentes Comisiones, debatiendo las Ponencias y aprobando las conclusiones que serían elevadas al plenario del Congreso para su adopción como Resoluciones del mismo (7).

De las dos Comisiones especiales establecidas por el Congreso, la más importante fue la de "Reforma de los Estatutos del I.H.L.A.D.I.". Su Presidente fue el Dr. Jesús María Yepes (Colombia) y el Secretario el Dr. Manuel de Guzmán Polanco (Ecuador). Según el Dr. Yepes: "la obra más importante del III Congreso fue la elaboración, en sesiones plenarias y con la cooperación unánime de los miembros y asociados, de los nuevos Estatutos que empezaron a regir desde su aprobación en el Congreso de Quito" (8).

En el Congreso fundacional del IHLADI, Madrid 1951, se aprobaron unos Estatutos y un Reglamento de los Congresos (9), pero por recomendación del Congreso de São Paulo (I953), el Consejo Directivo juzgó necesario reformar los Estatutos para Incorporar nuevas disposiciones que la experiencia aconsejaba. En su reunión de diciembre de 1954, el

(7) Cfr. CARNERERO CASTILLA, R.: *Resoluciones del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Congresos I-XX)*, Madrid 2000, págs. 24-32.

(8) *Anuario Hispano-Luso-Americano...*, I, ob. cit., p. 342.

(9) *Ibidem*, págs. 414-421.

Consejo aprobó el "Proyecto de Reforma de Estatutos" redactado por los doctores Yanguas Messía, Luna García y Azcárraga Bustamante.

Este Proyecto, inspirado en el *Reglement de l'Institut de Droit International*, con casi un siglo de experiencia, fue aceptado en sus líneas generales por el III Congreso, pero introdujo en él una serie de modificaciones tendentes a ampliar los fines del Instituto, dar mayores competencias a las secciones nacionales, así como reforzar la estabilidad en los cargos directivos para facilitar la continuidad en el gobierno del Instituto.

Los "Estatutos de Quito" se componen de ocho capítulos divididos en 33 artículos. En ellos se establecen la estructura y el funcionamiento del IHLADI (10).

Entre los fines del Instituto establecidos en el Artículo 2° cabe destacar los párrafos f): referente a la creación de una Escuela de Funcionarios Internacionales, con domicilio en Madrid; g): la organización de una "Aula Internacional" consistente en varios cursillos monográficos, sobre Derecho y Relaciones Internacionales, a cargo de profesores o publicistas que fueran miembros o asociados del Instituto; h) publicación de un "Anuario" en el que se reflejen los aspectos doctrinales, bibliográficos y corporativos, según la propuesta del Dr. García Arias.

En relación con los miembros y asociados, los Estatutos (arts. 6 y 7) mantienen el número de ambas categorías (ochenta miembros y ciento sesenta asociados) y disponen que las candidaturas para nuevos asociados habrán de ser propuestas a través de los Grupos nacionales respectivos, acompañados de un "currículum vitae" de cada candidato.

En el art. 10 se establece la constitución de Secciones Nacionales formadas por los miembros y asociaciones de cada país. A ellas podrán ser incorporados aquellos internacionalistas destacados que todavía no forman parte del Instituto.

El Capítulo IV (arts. 11-17), relativo al Gobierno y Régimen del Instituto, introduce importantes modificaciones: crea una Comisión permanente compuesta por el Director, Interventor y Secretario General; con el fin de lograr una mayor estabilidad directiva se establece que los mandatos del Director y el Secretario General tengan una duración doble que los del Presidente, Interventor y Consejeros del Instituto y, por último,

(10) El texto completo de los Estatutos de Quito se puede consultar en: *Ibidem*, págs.428-433.

cabe destacar la gran amplitud de funciones y competencias que se otorga a la Secretaría General.:

Como dato anecdótico reseñamos que fueron los Estatutos de Quito (art. 31) los que al determinar las insignias que podrán usar los miembros del Instituto crearon el "Collar del Presidente", que no sería oficialmente utilizado hasta el XXI Congreso, celebrado en Tegucigalpa en el año 2000, por el Presidente del Instituto el filipino Dr. Enrique P. Syquia.

El art. 32 determina que los Estatutos podrán ser revisados no antes de cinco años, cuando lo proponga el Consejo Directivo o lo soliciten treinta miembros.

Los Estatutos de Quito se mantuvieron en vigor hasta la reforma de los mismos aprobada en Sesión Plenaria, el 5 de septiembre de 1980, por el XII Congreso celebrado en Mérida (Venezuela) (11).

Junto con las sesiones científicas del III Congreso, la Comisión organizadora preparó un brillante Programa de actos sociales para los congresistas y acompañantes, así como de excursiones fuera de la ciudad y visitas a diversos monumentos históricos y artísticos de Quito, como la Sala Capitular del Convento de San Agustín, en la que lo religioso y artístico se funden con el sentimiento patrio, pues en ella se constituyó el Primer Gobierno Independiente de América ella de agosto de 1809.

No podríamos cerrar esta breve reseña de las actividades del III Congreso, sin referimos a los homenajes celebrados en la Universidad Central del Ecuador, que nombró profesores honorarios de la misma a varios congresistas, y en la Universidad Católica, que confirió el doctorado "honoris causa" a los profesores Barcia Trelles y Yepes Herrera. A las recepciones de los congresistas por altas autoridades, corporaciones públicas, Concejo Municipal de la Ciudad de Quito, etc.

De modo especial cabe destacar la visita protocolaria efectuada por los congresistas en los Salones de la Cancillería al Excmo. Sr. Presidente Constitucional de la República del Ecuador, Dr. Camilo Ponce Enríquez, el jueves día 3 de octubre, horas antes de la solemne inauguración del Congreso. En este solemne acto se efectuó la imposición de la medalla de Miembro de Honor del IHLADI al Dr. Ponce Enríquez, precedida por una elocuentes palabras, en nombre del Congreso, del profesor Barcia Trelles,

(11) *Idem*, vol. VI, Madrid 1981, pág. 335 y ss.

a las que contestó agradecidamente con un magnífico discurso el Presidente de la República.

El día de clausura del Congreso, 12 de octubre, coincidente con la celebración del Día de la Raza, se celebró con importantes actos. A las 10 de la mañana hubo un solemne Te Deum en la Iglesia Catedral Metropolitana, oficiado por Su Eminencia Mons. Carlos María Cardenal de la Torre, Arzobispo de Quito. En él pronunció una Oración Gratulatoria el R.P. Aurelio Espinosa Polit, S.J., Rector de la Universidad Católica del Ecuador. A las 12: Sesión de Comisión General del H. Congreso Nacional y, por la tarde, a las 18 horas, la Solemne Sesión del Clausura en la que pronunciaron sendos discursos diversos congresistas, al final de los cuales tomó la palabra el Dr. Carlos Tobar Zaldumbide, Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador y Presidente de Honor del Congreso, para clausurar el III Congreso de Quito.

Del Homenaje a Isabel de América en el Día de la Raza, queremos transcribir las elocuentes palabras pronunciadas por el Lic. Jorge Salvador Lara en su discurso, tomadas de su libro: "Semblanza apasionada de Isabel la Católica", publicado en Quito en 1957: "La figura de la Reina Católica es nuestra, más que vuestra, españoles, os decimos ahora, hermanos de la Madre Patria que habéis llegado hasta nosotros atravesando el Océano. ¡La gran figura es nuestra! Porque Isabel de Castilla está en el alma de Hispanoamérica. Porque es la raíz de nuestro ser, la clave de nuestra esencia, el comienzo de nuestra historia. Por ella tenemos latido en el corazón, esperanza en la fe, castellano sonido en la palabra, hidalguía en el carácter, quijotismo en el espíritu. Le debemos la vida, más, mucho más que el simple recuerdo emocionado y grato" (12).

Una parte muy importante del éxito del Congreso de Quito se debió a la excelente labor realizada por la Comisión organizadora que con dedicación y entusiasmo dirigió con suma eficacia y gentileza las actividades del mismo. Por ello, la Asamblea del Congreso aprobó un voto de aplauso a la misma, especialmente a su Presidente, el Dr. Alvarado Garaicoa, y el Secretario General, Lic. Salvador Lara (13). También fue objeto de reconocimiento el personal ecuatoriano de la Secretaría del Congreso que puntualmente mantuvo la distribución de la documentación, copias mimeografiadas de las actas de las sesiones de las Comisiones y Plenos, los textos de las Resoluciones adoptadas, etc.

(12) *III Congreso... Boletín de Información* nº 11, Quito, 10 de octubre de 1957, p. 2.
(13) *Idem*, nº 4, Quito, 3 de octubre de 1957, p. 2.

Además, el meritísimo *Boletín de Información* publicado diariamente durante la celebración del Congreso y del que aparecieron 16 números, ofreció una información puntual y completa de las actividades ya realizadas y de las programadas para cada día. La dirección del mismo corrió a cargo del Secretario de la Comisión organizadora, Lic. Jorge Salvador Lara, Primer Secretario del Servicio Exterior, y del Sr. Luis Cristóbal Cabezas E., miembro de la Unión Nacional de Periodistas.

También la Prensa Nacional fue objeto de un voto de agradecimiento por la cooperación prestada al éxito del Congreso, mediante la difusión amplia y eficaz de las actividades del mismo.

Difícilmente cabe pensar en que eventos posteriores puedan llegar a igualar la eficacia tanto en los preparativos como en la brillantez de los actos, sesiones, recepciones al más alto nivel, visitas, etc., realizados en Quito. Jesús María Yepes pudo afirmar en aquel entonces que: "Por las circunstancias especialísimas que lo rodearon, por la calidad de los personajes que en él participaron y por la trascendencia de la obra realizada, el Congreso de Quito marca una etapa única en la evolución de nuestro Instituto. Fue allí donde éste alcanzó verdaderamente su mayoría de edad. Antes de Quito, el Instituto era un ensayo valiente que adolecía de toda la incertidumbre de su propia juventud. A partir de Quito, el Instituto ha cobrado conciencia de su valor científico y de su significación histórica" (14).

El vigoroso impulso que recibió el Instituto con la reunión de Quito, motivó que el Consejo Directivo, nada más terminado el III Congreso, se propusiera nuevas actividades. La principal de ellas, era, sin duda, el logro de una nueva sede para el siguiente Congreso. Se aceptó la invitación oficial formulada por el Gobierno de la República Dominicana para celebrar el IV Congreso en Ciudad Trujillo del 2 al 12 de octubre de 1958, y se determinó el temario científico. Sin embargo, por las circunstancias que fueren transcurrió el año 1958 sin que la Comisión dominicana organizadora llevara a cabo su cometido. Por ello, el Consejo Directivo del Instituto declararía vacante la sede y buscaría una nueva, no teniendo

(14) *Anuario Hispano-Luso-Americano* ..., I, p. 341.

éxito las gestiones hasta 1962 en que el Gobierno Colombiano, a través de los contactos mantenidos con su Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. José Joaquín Caicedo Castilla, ofreció la candidatura de Bogotá para la celebración del IV Congreso del 2 al 12 de octubre de ese año (15).

Dos años más tarde de la celebración del Congreso de Quito, la Comisión organizadora del mismo culminaría su eficaz gestión con la publicación del libro *Actas del III Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. Quito 2-12 de octubre de 1957, bajo la dirección del Lic. Jorge Salvador Lara, Secretario Adjunto del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (16).

Poco tiempo después de la celebración del III Congreso, el Dr. Yepes y Herrera comentando el lema agustiniano del Instituto, recogido en el artículo 30 de los Estatutos de Quito: Tranquillitas ordinis, se refería a que uno de los grandes fines del Instituto es el mantenimiento de la paz. Una paz basada en la justicia y el respeto de los derechos de los pueblos. Y "en esta creación continua que es la paz, decía, el Instituto hispanolusoamericano de Derecho Internacional tiene ante sí una misión excelsa: crear un ambiente de orden, de trabajo, de sosiego y de libertad; fomentar el estudio de los problemas internacionales desde un punto de vista jurídico y cristiano; propender al triunfo de nuestras concepciones espiritualistas desechando la dialéctica materialista, que tantos estragos causa sobre las nociones de Derecho, de la Justicia, de la Sociedad y del Estado" (17). Después del III Congreso de Quito, el IHLADI ha celebrado veintiún Congresos más intentando poner en práctica el pensamiento lúcido del ilustre internacionalista colombiano.

(15) *Idem*, II, Madrid 1963, págs. 373 y 374.
(16) Cfr. *Actas del III Congreso...* , ob. cit., in fine.
(17) *Anuario Hispano-Luso-Americano...* , I, p.350.

PERSPECTIVAS INTEGRATIVISTAS TRIALISTAS PARA LA COMPRENSIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Miguel Ángel CIURO CALDANI *
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

1.- EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO, EN GENERAL.

2.- SIGNIFICADOS TRIALISTAS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

A) En el mundo jurídico en general.

a) Dimensión sociológica.

b) Dimensión normológica.

c) Dimensión dikelógica.

B) En el complejo de las ramas del mundo jurídico.

(*) Miembro del IHLADI. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador principal del CONICET (Argentina) .

Resumen: Los días que vivimos corresponden a un profundo cambio histórico que puede caracterizarse más que como el paso de una edad a otra como un *cambio de era*, y esto también se manifiesta en el Derecho Penal y el Derecho Internacional. La globalización/marginación plantea nuevas construcciones de los alcances del *control* y del espacio y el *tiempo jurídicos* que se expresan en el *Derecho Penal Internacional*. Las grandes conquistas que se lograron en el Derecho Penal liberal en relación con el Estado nacional, son ahora cuestionadas con la expansión internacional y global del reproche penal.

El *Derecho Penal Internacional* en sentido amplio es una *rama jurídica de confluencia*, que en su *complejidad* puede reflejar diversos tipos de vinculación entre lo *penal* y lo *internacional*. La *teoría de las respuestas jurídicas*, elaborada sobre la base del Derecho Internacional Privado clásico, contribuye a comprender mejor la relación entre lo penal y lo internacional.

Tal vez, en sentido estricto, pueda elegirse diferenciar el *reproche internacional* y el *reproche estatal* que se remite a la *colaboración internacional*. Quizás sea posible referirse al "Derecho Penal Internacional", cuando el reproche es internacional, y al "Derecho Internacional Penal", en los casos en que el reproche es nacional y se remite a la colaboración extranjera. Sin embargo, a menudo los dos ámbitos tienen características comunes.

El Derecho Penal Internacional es una *"síntesis"* imprescindible del presente de la historia mundial.

La *teoría trialista del mundo jurídico*, elaborada dentro de la corriente integrativista y el tridimensionalismo, efectúa importantes aportes para la comprensión del Derecho Penal Internacional.

Abstract: The times we are living in concern a deep historical change which may be described as the changing of an era, rather than as a transition from an age to another; and this can also be seen in the Criminal Law and the International Law.

Globalisation/Marginalisation phenomenon poses new constructions for the scope of juridical control as well as the juridical space and time,

which are all expressed in International Criminal Law. The important conquests of liberal Criminal Law in relation to the national State are now being questioned, due to the international and global expansion of criminal prosecution.

International Criminal Law is, in a wide sense, a convergence juridical branch, which in its complexity may capture various types of connections between the criminal and the international.

The "juridical answers' theory" (teoría de las respuestas jurídicas), drawn up on the basis of classic Private International Law, contributes to better understand the relation between the criminal and the international.

In a strict sense, International prosecution could be distinguished from state prosecution, which refers to international cooperation. It might be possible to talk about 'International Criminal Law' when the prosecution is international itself; and about 'Criminal International Law' if the prosecution is national and refers to foreign cooperation. Nevertheless, both areas frequently have common characteristics.

International Criminal Law is an essential 'synthesis' of the world history's present.

The trialist theory of the juridical world, elaborated within the ' integrationism' and 'tridimentionalism', contributes to the understanding of the International Criminal Law.

1) EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO, EN GENERAL

1. Los días que vivimos corresponden a un profundo cambio histórico que puede caracterizarse más que como el paso de una edad a otra como un *cambio de era*, y esto también se manifiesta en el Derecho Penal y el Derecho Internacional (1). Se trata en general de un "reacomodamiento", de una modificación de los equilibrios sociales e internacionales de consecuencias muy importantes, quizás imprevisibles.

La nueva era se produce por grandes transformaciones en las comunicaciones, la información y, sobre todo, las posibilidades tecnológicas respecto de la vida humana. Por primera vez, una especie podrá decidir su supervivencia y su derivación en otras especies. Se manifiestan por esa senda grandes desajustes entre los *desenvolvimientos económicos y tecnológicos y las respuestas morales y jurídicas*, y en esa variación histórica, ocupa un lugar destacado la *globalización/marginación*, que trae con-

(1) En cuanto a Derecho Penal y Filosofía pueden v. por ej. JIMENEZ DE ASÚA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", 2ª. ed., Bs. As., Losada, 1958, t. II, págs. 141 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, "Teoría del garantismo penal", 2ª. ed., Madrid, Trotta, 1997; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Política criminal latinoamericana", Bs. As., Hammurabi, 1982. Un panorama de la obra de Eugenio R. Zaffaroni puede v. en http://www.carlosparma.com.ar/zaffaroni.htm , 4-7-2006. Es posible c. nuestro artículo "Reflexiones trialistas acerca del Derecho Penal" en "Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, 1983, págs. 93 y ss.

Respecto del Derecho Internacional Público cabe c. v. gr. VERDROSS, Alfred, con la colaboración de Stephan Verosta, trad. Antonio Truyol y Serra, nueva edición puesta al día con la colaboración de Manuel Medina Ortega, 6ª. ed., 1ª reimp., Madrid, Aguilar, 1978; ROUSSEAU, Charles, "Droit Inernational Public", París, Sirey, 1970 y ss.; VISSCHER, Charles, "Théories et réalités en droit internacional public", 4ª. ed., París, Pedone, 1970; PUIG, Juan Carlos, "Derecho de la Comunidad Internacional", 2ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1986; RIZZO ROMANO, Alfredo, "Derecho Internacional Público", 3ª. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1994; BAQUERO LAZCANO, Emilio y otros, "Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado", Córdoba, Lerner, 1994/8; PASTOR RIDRUEJO, José A., "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales", 6ª. ed., reimp. 1998, Madrid, Tecnos; AS. VS., "Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo", Universidades de Córdoba, Málaga y Sevilla, 2005; AS. VS., "Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro", Córdoba, Drnas-Lerner, 2002.

Es posible v. nuestros "Estudios de Historia del Derecho", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; cabe c. "Pronunciamientos judiciales en un tiempo de hondo cambio histórico", en 2004, "Jurisprudencia Argentina", "Lexis Nexis", 1-12-2004, págs. 65/8, t. 2004-IV, págs. 485 y ss.

sigo cuestionamientos del desenvolvimiento tradicional del Estado moderno nacional y del Derecho Penal y el Derecho Internacional, estrechamente vinculados con él (2). Relacionando estos retos, puede decirse que la globalización plantea nuevas construcciones de los alcances del *control* y del *espacio* y el *tiempo jurídicos* que se expresan en el Derecho Penal Internacional.

Las grandes conquistas que se lograron en el Derecho Penal liberal en relación con el Estado nacional, son cuestionadas con la expansión internacional y global del reproche penal. Sobre todo a partir de los tribunales que sucedieron a la Segunda Guerra Mundial, por razones vinculadas al respeto a los derechos humanos a nivel internacional y hoy global que nos parecen notorias, la garantía surgida de la tipicidad está en honda crisis. Con frecuencia es desbordada, por ejemplo, por la manera misma de redactarse los "tipos" y por la retroactividad. Sin embargo, la construcción de *garantías penales internacionales* es, a nuestro parecer, también un campo en el que vienen haciéndose progresos que hay que incrementar.

2. El *Derecho Penal Internacional* es una *rama jurídica de confluencia*, que en su *complejidad* puede reflejar diversos tipos de vinculación entre lo *penal* y lo *internacional*. Puede producirse, por ejemplo, una relativa "coexistencia" de los dos elementos o la dominación de uno por el otro, al punto que sería posible utilizar las diversas expresiones Derecho Penal Internacional o Derecho Internacional Penal (3).

De acuerdo con la *"teoría de las respuestas jurídicas"*, elaborada sobre la base del Derecho Internacional Privado clásico, la coexistencia y

(2) Puede c. nuestro artículo "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 24, págs. 41/56. Es posible v. una importante descripción del mundo capitalista actual, ya en K. Marx & F. Engels, Manifiesto del Partido Comunista, http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm , 10-7-2006.

La historia muestra procesos de predominio de lo común y lo particular, por ejemplo: en la Edad Media tuvo gran importancia el Derecho Común, luego fueron adquiriendo más relevancia los Derechos Particulares (estatales) y ahora gana desenvolvimiento un nuevo Derecho Común (cabe c. por ej. nuestro artículo, en colaboración con Mario E. CHAUMET, "Perspectivas jurídicas "dialécticas" de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en "Investigación y Docencia", Nº 21, págs. 67 y ss.).

(3) Pueden v. nuestros "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en "Investigación ..." cit., Nº 37, págs. 85/140).

la dominación pueden mostrarse según la aptitud para "calificar" los problemas, los marcos en que se puede o no hacer fraude, los que pueden reenviar a otro ámbito y los que tienen o no posibilidad de resistir los avances del otro. En el *Derecho Penal Internacional* en sentido amplio, la internacionalidad clásica se debilita y se va generando una nueva reprochabilidad internacional reforzada y global. Lo penal domina al equilibrio internacional tradicional (4).

Tal vez, en sentido estricto, pueda elegirse diferenciar el *reproche internacional* (5) y el *reproche estatal* que se remite a la colaboración internacional. En ese caso, quizás sea posible referirse al "Derecho Penal Internacional", cuando el reproche es internacional y al "Derecho Internacional Penal", en los casos en que el reproche es nacional y se remite a la colaboración extranjera (6). Sin embargo, a menudo los dos ámbitos tienen características comunes (7).

(4) Esto no significa que se extinga el Derecho de la Guerra, que manifiesta de manera más general el reproche internacional clásico.

(5) El reproche internacional puede corresponder a una internacionalidad reforzada o a la globalización.

(6) Es posible v. por ej. Temas Actuales del Derecho Penal Internacional, Contribuciones de América Latina, Alemania y España, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (comp.), http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/doc/Temas_libro_completo.pdf, 19-7-2006; Internacional Commitee for Human Rights, Asociación Internacional para los Derechos Humanos, Derecho Penal Internacional, http://www.ichr-law.org/esp/expertise/areas/int_crim_law.htm , 10-7-2006; Red de Información Jurídica Derecho Penal Internacional, http://www.cajpe.org.pe/guia/s43.htm , 10-7-2006; CICR, Sección Jurisdicción Penal Internacional, http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/section_ihl_international_criminal_jurisdiction?OpenDocument , 20-7-2006; CARI, Instituto de Derecho Internacional, http://www.cari1.org.ar/spanish/institutos/derecho.html, 20-7-2006; derechopenalonline, http://www.derechopenalonline.com/index.php?index, 20-7-2006; Coalición por la Corte Penal Internacional, http://www.iccnow.org/documents/agendacpi39.pdf, 20-7-2006; BOLLO AROCENA, María Dolores, "Derecho Internacional Penal", Bilbao, Universidad del País Vasco, 2004; "Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia", en "Revista Española de Derecho Internacional", t. 2004-1, vol. LVI, págs. 91 y ss.; BUENO ARÚS, Francisco – MIGUEL ZARAGOZA, Juan de, "Manual de Derecho Penal Internacional", Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2003; RAIMONDO, Fabián, "La individualización de la pena de prisión en las sentencias de los tribunales penales ad hoc de las Naciones Unidas", en "Relaciones Internacionales", N° 21, págs. 143 y ss.; JORDA, S. Exc. M. Claude, "Du Tribunal pénal internacional pour l'exYougoslavie à la Cour pénale internationale: De quelques observations et enseignements", en "Recueil des Cours" de la Académie de Droit Internacional, t. 307, págs. 9 y ss.; DAVID, Eric, "La Cour P'enale Internationale", n "Recueil ..." cit., t. 313, págs. 327 y ss. ; BARBOZA, Julio, "Internacional Criminal Law", en "Recueil ..." cit., t. 278, págs. 9 y ss.; ABLINE; Gaël, "La designation des juges et du Procureur de la Cour pénale internationale", en "Journal de Droit Internacional", año 131, N°2, págs. 465 y ss.; AMBOS, Kai, "La parte general del derecho penal internacional", trad. Ezequiel Malarino, KAS – Temis – Duncker & Humblot, Montevideo, 2005; "La construcción de una parte general del Derecho Penal Internacional", en "Revista Penal", N° 17, págs. 5 y ss. (amplias referencias a la producción de dicho autor puede c. en Dialnet, http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=45346, 20-7-2006; Institut für Kriminalwissenschaften, http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Person/neueVoe, 20-7-2006); DAVID, Pedro, "Globalización, prevención del delito y justicia penal", Bs. As., Zavalía, 1999. Una significativa bibliografía relacionada con el tema puede v. por ej. en http://www.epd.uji.es/biblioteca/frances/sommaire1999.htm , 20-7-2006.

Cuando el reproche es nacional y requiere cooperación extranjera puede plantearse una *transposición* procesal y penal.

(7) Quizás quepa incluir crecientemente el uso de la extraterritorialidad y las normas indirectas, en que pueda reprocharse en un país con el Derecho de otro. Es posible v. nuestro artículo "Visión de la estructura de la cooperación penal internacional y de la realidad básica de la extradición a través de la Ley 24.767", en "Investigación ...." cit., N° 30, págs. 57 y ss.

(8) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

3. Para comprender mejor los grandes cambios, es importante disponer de un modelo amplio de construcción del *objeto jurídico*. Consideramos que es relevante contar con una "complejidad pura" que integre los despliegues *fácticos, normativos y valorativos* como lo hace, dentro de la corriente integrativista y del tridimensionalismo, la *teoría trialista del mundo jurídico* (8).

La teoría trialista propone construir el objeto jurídico integrando repartos de "potencia" e "impotencia" (de lo que favorece o perjudica al ser y la vida), captados por normatividades prescriptivas y promisorias que los describen e integran y valorados (los repartos y las normatividades) por un complejo de valores que culmina en la justicia. Con estos despliegues se recupera la *historicidad* de lo jurídico y se puede apreciar mejor el sentido de lo que sucede en la confluencia del Derecho Penal y el Derecho Internacional en la nueva era que nos toca vivir.

2) SIGNIFICADOS TRIALISTAS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

A) En el mundo jurídico en general

a) Dimensión sociológica

4. En la dimensión sociológica, el trialismo invita a construir las nociones de adjudicaciones de lo que favorece o perjudica a la vida ("potencia" e "impotencia"). Esas adjudicaciones pueden originarse en la conducción humana, constituyendo *repartos*, y en la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, formando *distribuciones*.

En el campo de las distribuciones por influencias humanas difusas de la *economía*, las *fuerzas* y las *relaciones de producción* actuales, tienen lugares destacados el petróleo y la electricidad, la contratación, las sociedades transnacionales y la propiedad inmaterial. Estos despliegues contribuyen de modo muy relevante a la globalización/marginación y se refieren incluso a la posible formación de un Estado mundial en etapa hobbesiana, de concentración del poder y de eliminación de trabas locales a la economía (9). La al menos relativa "estatalidad mundial", no tiene en general -deseamos que sólo sea de manera momentánea- las características liberales, democráticas y nacionales –de proyecto común- requeridas en sus momentos por Locke, Montesquieu, Rousseau y Fichte, pero va desplegando cierta eticidad planetaria de *derechos humanos*. Estas novedades se manifiestan a veces, como ya indicamos, en la crisis de las conquistas del liberalismo penal dentro de los Estados.

(9) El petróleo es vital para el sistema capitalista en cada una de sus manifestaciones, incluso las aparentemente más distantes y, olvidando los criterios generales de derechos humanos y de respeto internacional, las fuerzas que integran el sistema salen a conquistarlo (guerra en Irak). Es posible que en un futuro no muy lejano el predominio del petróleo se atenúe por el recurso a otras fuerzas de producción, con todos los cambios que esto puede significar.

Es posible c. nuestros estudios "El Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001; "El derecho internacional ante una posible "preconstitucionalidad" mundial", en "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", año 10, t. II, págs. 859/875;. cabe c. v. gr. MANGAS MARTÍN, Araceli, "Integración, soberanía y globalización", en "Anuario Argentino de Derecho Internacional", t. XIII, págs. 141 y ss.; CHIMNI, B. S., "Internacional Institutions Today: An Imperial Global State in the Making", en "European Journal of International Law", t. 15, N 1, págs. 3 y ss.

El Derecho Penal clásico se edificó sobre la consideración de la *conducta* "repartidora" del delincuente y el Derecho Internacional tradicional se remite a límites de los Estados que se pretenden más fijados por la conducción humana, pero la crisis tiende a poner en cuestión sus respectivos soportes de conducta y fronteras. La discusión muy prolongada acerca del carácter sobrenatural y sobre todo *natural* o *difuso* del delito y de la pena parece tomar nuevamente envergadura y, en particular, entran en cuestión las fronteras estatales. En el Derecho en general, en el Derecho Penal y en el Derecho Penal Internacional el marco de conducta repartidora puede ser muy cuestionado. A veces se advierte que los "repartos" del Derecho Penal Internacional más que repartos son despliegues de grandes *influencias humanas difusas* de la historia, de los cuales los individuos que son reprochados o reprochan no son sino casi instrumentos.

5. Los repartos pueden ser analizados atendiendo a los repartidores, los recipiendarios, los objetos, las formas (caminos elegidos para llegar a los repartos) y las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). A través de ese análisis se puede encontrar con más claridad el "lugar real" de una rama jurídica. Sin desconocer la gran importancia que tiene y puede llegar a alcanzar el reproche internacional, creemos relevante referir datos que a veces desmitifican los alcances de lo que se pretende ya alcanzado.

En concordancia con la posible formación de un Estado mundial, los *repartidores* del reproche penal internacional suelen ser poderosos extranjeros que no pueden o no quieren llegar al recurso extremo de la guerra (10). Los *recipiendarios gravados* son, a su vez, sujetos al menos relativamente débiles, aunque antes hayan sido poderosos, ya que es notorio que los posibles recipiendarios actualmente poderosos, pese a que hayan cometido actos de suma y notoria gravedad, no son siquiera formalmente reclamados. El ámbito de los recipiendarios suele ser, al menos ideológicamente, mucho más amplio que el de los sujetos a los que se dirige el reproche formal. Se condena a sujetos para condenar sistemas. De acuerdo a lo recién señalado, a menudo el *objeto* de los repartos penales internacionales no es sólo la condena impuesta directamente a los reos, sino el reproche a lo que éstos significan ideológicamente. La *forma* suele con-

(10) A veces los repartidores extranjeros se enmascaran detrás de regímenes supuestamente nacionales.

sistir en una audiencia limitada; muchas veces, la condena está resuelta antes de iniciarse el proceso. El "pre-juicio" está a menudo fuertemente instalado. Se trata en ciertos casos de ejercicios discursivos para los medios de comunicación y la posteridad. Los *móviles* de los repartos del Derecho Penal Internacional suelen ser bastante diversos de los más propios del Derecho Penal, son con frecuencia menos cotidianos y más vitales. Las *razones alegadas* pueden hacerse especialmente declamatorias. Pese a las proclamaciones de justicia, a veces imperan móviles de venganza, que no desacreditan a los repartos en su conjunto, pero sí a los repartidores. Las *razones sociales* también pueden diferir según el "bando" en que se encuentren los partícipes.

Los repartos pueden ser en general autoritarios o autónomos, realizando respectivamente los valores poder y cooperación. A la materia penal le corresponde principalmente la producción de repartos autoritarios, es decir, la satisfacción del valor poder. El Derecho Penal Internacional se desenvuelve, en consecuencia, en una proyección básica de concreción del *poder*, aunque la internacionalidad tradicional se concrete, en la paz, en despliegues autónomos, es decir, de realización de la cooperación. La cooperación penal internacional abre caminos para la concreción final del poder.

6. Los repartos se integran normalmente en un *orden* (régimen) que realiza el valor homónimo "orden". El régimen se constituye mediante el desenvolvimiento de un *plan de gobierno*, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad, y la *ejemplaridad,* desarrollada según la marcha de modelos y seguimientos en el curso de la "razonabilidad", que satisface el valor solidaridad. La costumbre es una manera de la ejemplaridad. En el Derecho Penal estatal liberal el plan de gobierno deja espacios a la ejemplaridad local cuando ésta actúa a favor del reo. El Derecho Penal Internacional se ha ido desenvolviendo con la invocación de una ejemplaridad (costumbre) desplegada más allá de la planificación legal y acrecentando el reproche. La posible formación de un Estado mundial significa el desenvolvimiento de una planificación e incluso una ejemplaridad con alcance planetario. No obstante, el plan y la ejemplaridad están lejos de tener la situación de relativa estabilidad que logró el Derecho Penal liberal.

El quebrantamiento del régimen es *anarquía*, que realiza el "disvalor" arbitrariedad (no necesariamente al fin injusta) y el Derecho Penal Internacional se abre sendero en fenómenos de cierta *anarquía* y arbitrariedad. El cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto constituye una revolución. El Derecho Penal Internacional es expresión de *revoluciones* en el Derecho Penal estatal e incluso el Derecho Internacional Público.

En sus diversas manifestaciones, de reproche nacional o reproche internacional, el Derecho Penal Internacional significa, en menos o en más, la constitución de una *nueva territorialidad* mundial relativa diversa de las diferenciaciones estatales.

7. Los repartos y su orden se desenvuelven en el juego de los factores de poder, que constituyen *límites necesarios* que la "naturaleza de las cosas" impone a la conducción humana. Se trata de una *"constitución material"* que los repartos han de tener en cuenta (11). Esos límites tienen ahora más clara proyección global y obstaculizan el desenvolvimiento estatal tradicional, al menos en términos de la soberanía histórica. A veces el Derecho Penal Internacional sólo procura *presionar* para que se produzca el reproche estatal. En definitiva, el reproche estatal es *desbordado* por el internacional y global.

Los alcances del poder hacen que el Derecho Penal Internacional tenga con frecuencia espacios desequilibrados, según sean los sujetos a reprochar. Vale tener en cuenta que hay acuerdos de cooperación para el reproche y otros para el no reproche (no entrega). Tratándose de "cuestiones vitales", es habitual que las reglas penales se replanteen en cada caso que se suscite, aunque al fin se decida su cumplimiento.

8. La *recepción* de modelos jurídicos de un ámbito en principio extraño se concreta en la *"minusmodelación"* y la *"plusmodelación"* que, al menos en el despliegue fáctico, tienen las juridicidades de los países débiles y poderosos (12). Toda recepción, por ser un injerto, origina fenóme-

(11) LASSALLE, Fernando, "¿Qué es una constitución?", trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.

(12) Sobre la recepción, la minusmodelación y la plusmodelación pueden v. por ej. nuestros trabajos "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Direito Civil", 8 (año 1979), págs. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el Derecho", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 9, 1987, págs. 33 y ss.; "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado" (con colaboración), Rosario,

nos de asimilación (con episodios de "acomodamiento") y de rechazo. La minusmodelación y la plusmodelación fácticas significan *vaciamiento* y *sobreactuación* de los modelos de los regímenes débiles y poderosos. Si la minusmodelación y la plusmodelación dejan de ser sólo fácticas y son también conceptuales se producirán, de modo respectivo, la reducción y la expansión de los modelos. El Derecho Penal Internacional se desarrolla a través de fenómenos de recepción con la minusmodelación y la reducción de los regímenes locales, y la plusmodelación y la expansión del régimen internacional. Esto plantea las cuestiones pertinentes de *asimilación* o *rechazo y el relativo "estrépito" que algunos sectores advierten* en él.

b) Dimensión normológica

9. En el propósito de integrar las normas con la realidad social y los valores, el trialismo propone construir la noción de normatividad con captaciones lógicas hechas no sólo desde las perspectivas de los protagonistas sino también de los terceros. En el primer caso las captaciones únicamente *prescriben* (13) y en el segundo también *prometen*.

Las normas tienen sentido promisorio. Una norma es, en la propuesta trialista, la captación lógica de un reparto proyectado hecha desde el

Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado, 1978; "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979. Cabe c., entre los nuevos trabajos referidos a la recepción, WATSON, Alan, "Legal Transplants", 2ª. ed., Athens, University of Georgia Press; MEROI, Andrea A., "Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica", a aparecer en "Revista del Centro ..." cit., págs. 83 y ss.; en cuanto a los debates terminológicos acerca del tema, puede v. por ej., ÖRÜCÜ, Esin, "Law as transposition", en "International and Comparative Law Quarterly", vol. 51, esp. págs. 206). Suele decirse que la historia del Derecho es en gran medida una historia de transposiciones legales (v. ÖRÜCÜ, op. cit., pág. 222). Una bibliografía sobre el tema puede v. en Comparative Institutional Economics 2, CEU Economics Department, Spring 2006, http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf , 4-7-2006 (trabajos de Richard Posner, Daniel Berkowitz, Otto Kahn-Freund, Hideki Kanda, Jonnathan M Miller., Sharun W. Muskand y otros). Asimismo cabe c. por ej. EJCL, vol. 9. 3., Jaakko Husa, Esin Örücü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-First Century* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), vi + 242 pp., ISBN 90-04-13989-3, EUR 74, http://www.ejcl.org/93/review93.html , 9-7-2006. Además, nuestros "Aportes para una teoría ..." cits.

(13) Nos referimos a la "prescripción" en sentido amplio, no a la que específicamente se diferencia de la permisión y la prohibición.

punto de vista de un tercero (14). La relación de las normas con la realidad social se establece a través de las categorías de fidelidad, exactitud, adecuación y eficacia. La *fidelidad* se produce cuando se describe con acierto el contenido de la voluntad de los repartidores, y la elaboración colectiva de normas de Derecho Penal Internacional puede acarrear problemas al respecto. La *exactitud* se concreta cuando los repartos proyectados descriptos se cumplen, mas el cumplimiento de las normas de Derecho Penal Internacional depende de los límites necesarios antes ejemplificados. La *adecuación* se concreta si los conceptos empleados satisfacen los propósitos de los autores pero, pese a los adelantos que van lográndose, los conceptos del Derecho Penal Internacional, sea en las vertientes de crímenes contra la paz, de guerra o de lesa humanidad, todavía requieren una precisión cuya falta pone en peligro la adecuación de las normas, al menos si se la compara con la adecuación que suelen tener las normas del Derecho Penal estatal. La *eficacia* se genera con el impacto que se produce en la realidad; las normas del Derecho Penal Internacional pretenden y a menudo logran un gran impacto, mucho mayor de lo que significan en sí mismas.

10. Las fuentes reales de las normas son los repartos. Los repartos mismos son fuentes materiales; sus autobiografías son *fuentes formales* (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc.). Las fuentes pueden ser más o menos rígidas o flexibles (según la dificultad o facilidad de su reforma); participativas (conforme a la mayor o menor intervención de los interesados en su elaboración) y elásticas (según su mayor o menor facilidad de adaptación a los cambios de la realidad). Las fuentes formales del Derecho Penal Internacional son principalmente *tratados* que, como tales, tienden a ser relativamente rígidos, poco participativos y relativamente inelásticos. La limitación de la participación en la elaboración de los tratados se debe a que son redactados y firmados por órganos político-técnicos y a que los parlamentos, donde hay mayor participación popular, suelen brindarles sólo su aprobación. En cuanto a la jerarquía de las fuentes, el incremento del nivel de los tratados tiende a difundirse.

(14) La captación debe ser hecha desde el punto de vista de un tercero para que pueda hacerse referencia a su cumplimiento. En realidad, las fuentes son al propio tiempo disposiciones a cumplir y promesas de cumplimiento. Generalmente el lenguaje utilizado es de este último tipo. La captación de la disposición es llamada por Werner Goldschmidt imperativo, refiriéndola a repartos autoritarios, pero como asimismo está en repartos autónomos preferimos llamarla "regla".

11. Para que los repartos proyectados captados en las normas lleguen a hacerse repartos realizados es necesario que las normas *funcionen*, cumpliéndose en la medida necesaria las tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Este funcionamiento suele originar grandes tensiones entre los autores de las normas y los encargados de llevarlo a cabo. Sin embargo, el significado político que a menudo tiene el Derecho Penal Internacional tiende a homogeneizar las posiciones.

El Derecho Penal Internacional plantea problemas de *reconocimiento* por los posibles conflictos de normas internas e internacionales, cuestión que asume especial gravedad en un área penal. El ámbito penal internacional presenta enormes *carencias* (lagunas) históricas y dikelógicas, emergentes de novedades de la realidad social y de la injusticia de las normas existentes, que requieren la *elaboración* de nuevas normas (integración del ordenamiento normativo). Las carencias dikelógicas suelen expresarse en la fórmula "la injusticia extrema no es Derecho" sostenida en el campo jusfilosófico -en gran medida en relación con los tribunales de Nuremberg- por pensadores como Gustavo Radbruch (15). La elaboración puede hacerse tomando bases del Derecho Positivo (autointegración) o remitiéndose directamente a exigencias de justicia (heterointegración). La novedad penal internacional motiva que la necesidad de heterointegración sea importante, pues las referencias exclusivas al Derecho Penal y al Derecho Internacional no resultan satisfactorias. La *antijuridicidad* suele ser tan intensa que debilita la exigencia de tipicidad. Es posible que en los casos penales internacionales confluyan normas diversas que requieran una tarea de *síntesis* (adaptación).

12. Los *conceptos* empleados en las normas son más negociales o institucionales, según dependan relativamente de la voluntad de los interesados o se alejen de ésta, con una mayor carga ideológica indisponible. El Derecho Penal en general, en este caso Internacional, tiene una fuerte carga ideológica que hace que sus conceptos sean *institucionales*. Esto no excluye que haya una negocialidad oculta.

(15) Puede v. VIGO, Rodolfo Luis (rec.), "La injusticia extrema no es Derecho (de Radbruch a Alexy)", Bs. As., Facultad de Derecho UBA-La Ley, 2004.

13. El *ordenamiento normativo* es la captación lógica del orden de repartos hecha desde el punto de vista de un tercero (16). El ordenamiento se constituye con normas que guardan relaciones verticales de producción y de contenido, a las que corresponde respectivamente la realización de los valores subordinación e ilación, y vinculaciones horizontales de producción y de contenido (17), que satisfacen los valores infalibilidad y concordancia. Al ordenamiento en su conjunto le corresponde la satisfacción del valor coherencia. La expresión del Derecho Penal Internacional se produce principalmente en tratados internacionales, de modo que se ubica en un lugar elevado del ordenamiento, pero por el momento suele significar cierta incoherencia. No obstante, por efecto general de la coherencia se "expande" al resto del Derecho Penal.

Aunque el Derecho Penal suele requerir una clara codificación, el Derecho Penal Internacional parece contribuir a instaurarlo en la llamada "edad de la descodificación" (18). Como consecuencia de la posible constitución de un nuevo régimen estatal mundial, quizás se esté formando un ordenamiento normativo estatal planetario, con una nueva norma hipotética fundamental.

En el Derecho Penal estatal liberal, el ordenamiento es un *sistema formal* a favor del reo, es decir, que en caso de "laguna" se lo ha de absolver. Sin embargo, como ocurrió en el régimen estatal, ese carácter está ausente en la constitución primaria del Derecho Penal Internacional.

c) Dimensión dikelógica

14. Werner Goldschmidt, fundador del trialismo, sostuvo la objetividad de los valores que consideró naturales, como la justicia, y así pudo referirse a una "dikelogía" (ciencia de la justicia) (19). En nuestro caso, no entramos a la discusión al respecto, pero creemos que al menos es posible un debate riguroso sobre la justicia entre quienes comparten ciertos principios básicos al respecto. Con criterio de *"construcción"*, adoptamos la propuesta goldschmidtiana de tener por *principio supremo de justicia* el adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para desarrollarse de

(16) Nos referimos al ordenamiento de las normas.

(17) Denominamos "horizontalidad" a todo lo que no es verticalidad.

(18) IRTI, Natalino, "L´età della decodificazione", Milano, Giuffrè, 1979.

(19) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", 2ª. ed., Bs. As., Depalma, 1986.

manera plena, es decir, para personalizarse. La justicia nos resulta el valor supremo de un complejo jurídico que también integran, por ejemplo, la utilidad y el amor. Aunque hoy el tema se debate con intensidad, creemos que el valor supremo del Derecho ha de ser la justicia y no la utilidad. En el campo jurídico, no sólo la utilidad y el amor, sino los valores del régimen y del ordenamiento normativo han de someterse a la justicia. En estos términos, resulta que el Derecho Penal Internacional debe orientarse a la realización de la *justicia*. Quizás en todo el campo jurídico, y de modo especial en espacios como el Derecho Penal Internacional, sea relevante referirse al valor *humanidad* (el deber ser cabal de nuestro ser) del cual derivan los demás valores.

A nuestro parecer, la remisión trialista a *valores* permite una mejor formación de nuevos despliegues jurídicos (nuevas *"ramas"* jurídicas, como perspectivas o áreas (20)), entre los que figura el Derecho Penal Internacional. Si sólo se consideran las normas o los hechos, el jurista como tal tiene poco interesante que decir al respecto. Creemos que el equilibrio de la referencia a las tres dimensiones brinda muy relevantes posibilidades constitutivas del nuevo espacio penal internacional.

La justicia puede ser pensada por diversas sendas, que denominamos *clases de justicia*. Entre éstas se encuentran la justicia absoluta y la justicia relativa, y la justicia particular y la justicia general. Estas últimas son exigencias superiores del Derecho Privado y el Derecho Público. El tratamiento no igualitario, según el poder de los reos, pone en cuestión la justicia relativa de muchas respuestas del Derecho Penal Internacional. El Derecho Penal estatal, en cuanto tiene característica liberal, es un Derecho Público "hipotecado" por el resguardo relativamente "privatista" del reo. En el Derecho Penal Internacional esta "hipoteca" se ha debilitado.

15. Los valores tienen despliegues de valencia, valoración y orientación. La valencia es su deber ser puro, la valoración su deber ser ideal aplicado y la orientación es la simplificación de las valoraciones a través de criterios generales orientadores.

Como suele ocurrir en la constitución de nuevos despliegues jurídicos, la formación del Derecho Penal Internacional significa un acercamiento

(20) Las nuevas perspectivas enriquecen las perspectivas existentes, las nuevas áreas desplazan a las existentes.

entre el Derecho y la *Moral*. Sin embargo, subsisten importantes diferencias. En el Derecho, de modo diverso que en la Moral, la justicia valora principalmente la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Esa totalidad da a la justicia una característica *"pantónoma"* (pan=todo; nomos=ley que gobierna). La satisfacción de la pantonomía requiere ser omnisciente y omnipotente, pero como no estamos en condiciones de alcanzar estas cualidades sólo es abordable referirse a ella mediante *fraccionamientos* productores de seguridad jurídica.

La garantía de tipicidad del Derecho Penal estatal liberal se apoya en un gran fraccionamiento de la justicia, tendiente a asegurar al reo mediante la limitación de lo que el legislador puede tratar y, de un modo particular, la irretroactividad. Se recortan las posibilidades de avanzar desde el futuro sobre el pasado injusto y se brinda, sobre todo, una mayor libertad de elección al reo. El Derecho Penal Internacional ha ido requiriendo desfraccionamientos que, por ejemplo, han abierto posibilidades legislativas y han prescindido de la irretroactividad tradicional, promoviendo ciertas condiciones de *inseguridad*.

La *prescripción*, enérgica en el Derecho Penal estatal liberal cuando es a favor del reo, fracciona la posibilidad de que el futuro obre sobre el pasado, desactivando la materia en el tiempo y dando campo a la justicia "de partida", pero el Derecho Penal Internacional a veces se vale de la imprescriptibilidad, es decir, mantiene activa a la materia en el tiempo y desfracciona la posibilidad de obrar respecto del pasado, imponiendo la justicia "de llegada" (21). La inseguridad del reo tiende a *asegurar* a otras influencias de justicia que se consideran más significativas.

(21) En el panorama general de la tipicidad y la prescripción en materia penal pueden v. por ej. SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", 9ª. reimp. total, Bs. As., TEA, t. I, 1983; FONTÄN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", 2ª. ed., 4ª. reimp., Bs. As., Abeledo Perrot, t. I, 1995; DONNA, Edgardo Alberto, "Teoría del delito y de la pena", 2ª. ed., Bs. As., Depalma, 1996. Cabe c. ConocimientosWeb.net, Tipicidad - Introducción, Universidad Abierta, Tipicidad, Jesús Escamilla Ramírez, http://www.conocimientosweb.net/dcmt/ficha2929.html , 3-7-2006; Monografías.com, Propuesta sobre la institución de la prescripción y de las sanciones para la elaboración del Nuevo Código Penal venezolano, Alejandro C. Leal Mármol, http://www.monografias.com/trabajos15/codg-penal-venez/codg-penal-venez.shtml#CONCEP (3-7-2006); VLex, La prescripción en el derecho penal, Mª. Isabel González Tapia, http://www.vlex.com/es/ppv/doctrina/fuente_279 , 3-7-2006.

Es posible v. nuestro artículo "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en "El Derecho", t. 123, págs. 715 y ss.

La pantonomía de la justicia exige que se trate por igual a los casos iguales, pero la diversidad del poder hace que en el Derecho Penal Internacional esto a veces no suceda. Muchas veces se juzga a grandes criminales, pero otros más reprochables, con más poder, no reciben reclamo alguno.

Los tres despliegues de los valores pueden estar en crisis. El Derecho Penal Internacional pone en *crisis* criterios tradicionales del Derecho Penal y el Derecho Internacional y requiere nuevas valoraciones completas. De aquí la complejidad de su desenvolvimiento.

16. Al referir el principio supremo de justicia a los elementos del reparto aislado, cabe atender a la justicia de los repartidores, los recipiendarios, los objetos, la forma y las razones. La justicia de los repartidores coloca en lugar destacado a los repartidores que, como interesados, ejercen su libertad, es decir, a los repartidores autónomos y en relación con éstos a los repartidores paraautónomos (que cuentan con la legitimidad de la unanimidad de los recipiendarios, v. gr. los árbitros), los repartidores infraautónomos (que poseen la legitimidad del consenso de la mayoría, según sucede en la democracia) y los repartidores criptoautónomos (que contarían con el consentimiento de los recipiendarios si éstos conocieran lo que hacen, v. gr., los gestores de negocios ajenos sin mandato). Por otra vía, de jerarquía en principio menor, se legitiman los repartidores aristocráticos (que poseen una superioridad moral, científica o técnica). Dentro de los Estados nacionales, los repartidores del Derecho Penal tienen habitualmente legitimidad infraautónoma, es decir democrática. Hasta el presente, esa infraautonomía se debilita cuando se trata del Derecho Penal Internacional, porque los autores de los tratados tienen menos cercanía de participación popular, aunque quizás venga en su refuerzo la legitimidad *aristocrática* por la calidad del objeto repartido.

Los *jueces* son hoy de cierto modo repartidores de confluencia de la infraautonomía (democracia) y la aristocracia (calificación moral, científica y técnica). El Derecho Penal Internacional requiere la formación de jueces especialmente calificados, "aristócratas", respecto de las particularidades de la materia a resolver. Como en otros ámbitos jurídicos, son necesarios jueces con "conciencia mundial" (22).

(22) Puede v. nuestro estudio "Filosofía de la Jurisdicción", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

Un tema vinculado a la legitimidad de los repartidores es el de su *responsabilidad*. En principio, no cabe duda que cada uno debe responder por sus actos injustos, pero vale interrogarse quiénes deben responder por los regímenes injustos, si sólo los supremos repartidores o también sus seguidores. A nuestro parecer, la responsabilidad por el régimen (que existe una vez que es considerado injusto) debe corresponder sólo a los supremos repartidores. El Derecho Penal Internacional ha de solucionar estas cuestiones. Sin desconocer las imperfecciones, que es imprescindible superar, hay que ir pasando de la cultura de la impunidad a la de la responsabilidad. La responsabilidad llega a veces a superar la garantía de tipicidad. No obstante, la responsabilidad última tal vez la ejercite el *"tribunal de la historia"*, hacia el cual tenemos destacada simpatía.

En cuanto a los recipiendarios, el Derecho Penal se apoya siempre en el *"demérito"* de los recipiendarios gravados, en muchos casos en su culpabilidad, y ese demérito es mayor cuando se trata de los grandes delitos que trata el Derecho Penal Internacional. Sin embargo, para apreciar los deméritos hay que tener en cuenta que a veces, sobre todo en *relaciones interculturales* y en *grandes procesos históricos*, los recipiendarios tienen dificultades para comprender y superar la criminalidad de los actos. Los hombres comprendemos en nuestras *circunstancias*.

En relación con los *objetos* del reparto, el Derecho Penal protege siempre valores que se consideran particularmente importantes, relieve que se acrecienta cuando se trata del Derecho Penal Internacional, que resguarda en gran medida los *derechos humanos* (23).

En el Derecho Penal estatal la forma es particularmente significativa, al punto que se requiere a menudo *"debido proceso"*. La posible disminución de la audiencia en el proceso penal internacional, por las grandes tensiones políticas que en él se desenvuelven, en un factor de peligro para la legitimación respectiva.

En cuanto a las razones, la fundamentación es un requisito dikelógico de gran significación. Una perspectiva de peligro en las cuestiones penales de gran importancia, que existe también en las penales internacionales, es que la fundamentación sea meras razones alegadas para el discur-

(23) Es posible v. Diálogo Político, Derechos humanos y derecho penal internacional, Kai Ambos, http://www.kas.org.ar/DialogoPolitico/Dialog/2004/DialPol3_04/0485115.pdf, 21-7-2006.

so. La tipicidad y la prescripción del Derecho Penal estatal liberal limitan los *"fundamentos" profundos* de la construcción jurídica; cuando éstos afloran ambas pueden estar en crisis, como sucede con los llamados delitos de "lesa humanidad", donde la fundamentación política es grande.

17. Para que el régimen cumpla el requisito supremo de justicia, ha de tomar a cada individuo como fin y no como medio, esto quiere decir que ha de ser humanista y no totalitario. El humanismo puede ser abstencionista o intervencionista. El primero corre el riesgo de caer en el mero individualismo y el segundo el de desviarse al totalitarismo. En general, el Derecho Penal recorre el sendero del intervencionismo, pero cabe puntualizar, ha de ser *humanista intervencionista*.

Con miras a realizar el humanismo, el régimen debe respetar la *unicidad* (particularidad), la *igualdad* y la *comunidad* (24) de todos los hombres, de modo respectivo a través del liberalismo político, la democracia y la "res publica". En nuestros días, es necesario superar la internacionalidad, pero urge evitar los caminos de la mera globalización/marginación y hay que constituir la *universalidad* respetuosa de la igualdad y la comunidad, pero también de la unicidad .

El Derecho Penal estatal tradicional se nutre del liberalismo político; el Derecho Penal Internacional "reencauza" ese liberalismo y se remite más a la res publica. En el Derecho Penal estatal tradicional tiene mucha importancia la sujeción al "juez natural". A veces el Derecho Penal Internacional debilita esta relación.

Para cumplir el humanismo el régimen ha de *proteger* al individuo contra todas las amenazas: respecto de los demás individuos como tales y como régimen, contra sí mismo y ante todo "lo demás" (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). El Derecho Penal ampara contra los demás individuos, pero cuando es liberal resguarda en especial contra el régimen. En el Derecho Penal Internacional actual, la protección respecto del régimen se debilita, aunque este debilitamiento puede ser una manera de ampliar el amparo de los ciudadanos contra los regímenes estatales criminales. Werner Goldschmidt proponía que la fórmula de protección fuera "nullum crimen, nulla poena sine lege, nisi lex ipsa" (25), aun-

(24) Goldschmidt se refiere a la fraternidad de todos los hombres.

(25) GOLDSCHMIDT, "Introducción .... " cit., pág. 572 (todo delito y toda pena requieren una ley previa, con excepción de la misma ley, que, si su confección constituyese un delito, ésta debería ser castigada sin más).

que, claro está, cuando los gobernantes son enjuiciados generalmente han dejado de ser poderosos. A veces se piensa que la pena protege al individuo contra sí mismo rehabilitándolo socialmente; esto parece estar en algunos casos lejos de los objetivos del Derecho Penal Internacional.. La teoría trialista del mundo jurídico, que integra en el objeto de la ciencia del Derecho realidad social, normas y valores encabezados por la justicia, sirve para el esclarecimiento de los alcances del Derecho Penal Internacional.

B) En el complejo de las ramas del mundo jurídico

18. El complejo de las ramas del mundo jurídico, tema de estudio de una de las perspectivas de la *Teoría General del Derecho*, es un marco apropiado para comprender las nuevas áreas como la que, con significativa complejidad, plantea el Derecho Penal Internacional (26). En un tiempo de profunda crisis histórica como el que vivimos, la compartimentalización de las ramas del Derecho ha de ser urgentemente superada mediante nuevas perspectivas (27) y *nuevos ámbitos* que la enriquezcan y, en este caso, Derecho Penal Internacional (28).

En el capitalismo actual, los procesos históricos del Derecho Penal y del Derecho Internacional parecen confluir. El Derecho Penal Internacional es una *"síntesis"* imprescindible del presente de la historia mundial.

(26) Es posible v. nuestras "Lecciones de Teoría General del Derecho", en "Investigación ..." cit., N° 32, págs. 33/76.

(27) Derecho de la Salud, Bioderecho, Derecho de la Ciencia y la Tecnología, Derecho del Arte, etc.

(28) La vida del plexo de esas ramas se manifiesta habitualmente en procesos de *análisis* y *síntesis*.

INDICE DE CONCEPTOS

(los números se refieren a páginas)

Adecuación, 12; Antijuridicidad, 14; Cambio de era, 1; Cambio histórico, 1; Carencias, 12-13; Clases de justicia, 16; Complejidad pura, 5; Constitución material, 10; Control, 3; Crisis, 3; 18; 20; 22; Derecho de la guerra, 4; Derecho Internacional, 2; 3; 4; 5; 6; 7; 14; 18; 22, Derecho Internacional Penal, 4; Derecho Internacional Privado, 4; 10; Derecho Internacional Público, 2; 9; Derecho Penal, 2-3; 6-9; 12; 14-22; Derecho Penal Internacional, 1-4, 6-22; Derechos humanos, 3-6; 7; 20; Desenvolvimientos, 2; Dimensión dikelógica, 15; Dimensión normológica, 11; Dimensión sociológica, 6; Distribuciones, 6 ; Economía, 6; Ejemplaridad, 9; Espacio jurídico, 16-17; Estado mundial, 6-9; 15; Etapa hobbesiana, 6; Exactitud, 12; Fidelidad, 12; Fuentes formales, 12-13; Fuentes reales, 12; Fuerzas y relaciones de producción, 6; Globalización/marginación, 1; Historicidad, 5; Humanidad, 12; 16; 20; Humanismo, 20-21; Impotencia, 2, 6 ; Influencias humanas difusas, 6-7; Juez natural, 21; Justicia, 4-5; 8; 14-18; 20; Legitimidad, 18-19; Liberalismo, 7; 21; Libertad, 15; 17; 18; Límites necesarios, 10; 12; Minusmodelación, 10-11; Normatividad, 5;11; Nueva territorialidad, 10; Nullum crimen, nulla poena sine lege, 21; Ordenamiento normativo, 13-16; Pantonomía, 17-18; Plan de gobierno, 9; Plusmodelación, 10-11; Posibilidades tecnológicas, 1; Potencia, 2, 6; Prescripción, 17-18; 20; Principio supremo de justicia, 15; 18; Proceso, 8; Protección, 21; Ramas jurídicas, 22; Recepción, 10-11; Recipiendarios, 7-8; 18-20 ; Relaciones interculturales, 20; Repartidores, 7-9; 12; 18-19; Repartos, 5-10; 12-14; Reproche, 3-4; 7-10; Responsabilidad, 19; Respuestas jurídicas, 1; Respuestas morales, 1; Retroactividad, 3; 17; Seguridad, 17 ; Síntesis, 13-14; 22; Teoría de las respuestas jurídicas, 4; Teoría general del Derecho, 22; Teoría trialista del mundo jurídico, 2; 5-6; 12; Tiempo jurídico, 3; Tipicidad, 3; 14; 19; 20; 23; Tipos, 3; Universalidad, 21; Utilidad, 15-16

INDICE DE NOMBRES

Abline, 5; Alexy, 14; Ambos, 4; 5; 20; Baquero Lazcano, 2; Berkowitz, 11; Bollo Arocena, 4; Bueno Arús, 5; Carrillo Salcedo, 2; Chaumet, 3; Chimni, 6; Ciuro Caldani, 5; David, E., 5; David, P., 5; Donna, 17;

Engels, 3; Escamilla Ramírez, 18; Ferrajoli, 2; Fichte, 7; Fontán Balestra, 17; Goldschmidt, 5; 12; 15; 21; González Tapia, 18; Husa, 11; Irti, 15; Jiménez de Asúa, 2; Jorda, 5; Kahn-Freund, 11; Lassalle, 10; Leal Mármol, 18; Locke, 7; Malarino, 4-5; Mangas Martín, 6; Marx, 3; Meroi, 11; Miguel Zaragoza, 5; Miller, 11; Montesquieu, 7; Muskand, 11; Örücü, 11; Pastor Ridruejo, 2; Posner, 11; Puig, 2; Radbruch, 14; Raimondo, 5; Rey Caro, 2; Rizzo Romano, 2; Rousseau, Ch., 2; Rousseau, J. J., 7; Soler, 17; Verdross, 2; Vigo, 14; Watson, 11; Woischnik, 4; Zaffaroni, 2;

NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ *
Asociado del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

A.- LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO PRINCIPIO JURÍDICO.

B.- LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO NORMA CONSUETUDINARIA.

C.- EL ESTABLECIMIENTO JURÍDICO-INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL.

D.- LA PRÁCTICA ESPAÑOLA COMO PARADIGMA DE LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y DE SUS DIFICULTADES.

CONCLUSIONES.

---

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Huelva.

Resumen: La jurisdicción universal es una institución jurídica que ha entrado de lleno en todos los ámbitos de la vida social de los últimos tiempos. Los debates públicos sobre ella no se han circunscrito sólo al ámbito del Derecho o al ámbito académico sino que ha trascendido al periodismo, a las ONG's o a las Instituciones, nacionales e internacionales. Ello indica el alto grado de interés de la misma.

Sin embargo, para los internacionalistas no era, como institución jurídica, tan novedosa. Ya venía invocándose con cierta regularidad, sobre todo, en el marco de los crímenes de guerra y de otros crímenes internacionales y aparecía recogida en múltiples tratados internacionales, formulándose directamente, a través de la obligación *aut dedere aut judicare* o permitiendo cualquier jurisdicción posible.

Ahora bien, muy a pesar de la extensísima bibliografía, no se había abordado directamente la naturaleza jurídica de la institución. Todos los académicos, obviamente, han utilizado la práctica y las normas convencionales pero de forma confusa y sin atender al análisis de su naturaleza, sin precisar el centro de su fundamento. Por ello, este trabajo se acerca al estudio de esta institución desde esta perspectiva.

Para ello, analiza la norma como principio jurídico del Derecho Internacional Penal (sector del Derecho Internacional Público), derivado de un principio general del derecho. Para ello se hace referencia al concepto, fundamento y contenido de los principios jurídicos para afirmar su incardinación en este tipo de normas generales. También se hace referencia a la forma deductiva e inductiva de su conocimiento.

Igualmente se hace una prospección de la jurisdicción universal como norma consuetudinaria, donde se analiza la práctica estatal que determine el grado de generalidad, la uniformidad, la temporalidad y la *opinio iuris* que requiere toda norma consuetudinaria para ser considerada como tal en el ámbito internacional.

De la misma forma se analiza esta norma, desde la perspectiva de la norma convencional, en especial, diferenciando la naturaleza jurídica del corolario convencional de la jurisdicción universal, como es el principio *aut dedere aut judicare*.

Finalmente se toman en consideración dos casos de la práctica española que se muestran como paradigma de las dificultades que ha tenido esta norma para estar presente en la escena jurídica internacional, pero, a su vez, como la afirmación de la existencia de la misma.

Abstract: The universal jurisdiction is a legal institution that it has lastly entered in all the environments of the social life. The public debates on its have not only been bounded to the environment of the Law or the academic environment but rather it has transcended to the journalism, to the ONG's or the national and international Institutions. That, it indicates the high grade of interest of the same one.

However, for the internationalists, it was not a novel institution. It already came being invoked with certain regularity, mainly, in the framework of the crimes of war and of other international crimes and had appeared in multiple international treaties, being formulated directly, through the obligation *aut dedere aut judicare* or allowing any possible jurisdiction.

Now then, although exists an extensive bibliography on this subject, it had not been directly approached the legal nature of this institution. All the academics, obviously, have used the practice and the conventional norms but in a confused way and without assisting to the analysis of its nature, without specifying the center of its base. This institution is studied in this work from this perspective.

For that, it analyzes the norm like a legal principle of the International Criminal Law (sector of the Public International Law), derivate of a general principle of the law. For that, the author makes reference to the concept, base and content of the legal principles to affirm their incardination in this type of general norms. Reference is also made to the deductive and inductive form of its knowledge.

Equally a prospecting of the universal jurisdiction is made as customary law, where the state practice is analyzed that determines the grade of generality, the uniformity, the time permanence and the *opinio iuris* that all customary norm requires to be considered as such in International Law.

Of the same way this norm is analyzed from the perspective of the conventional law, especially, differentiating the conventional legal nature of the corollary one of the universal jurisdiction, like it is the obligation *aut dedere aut judicare*.

Finally two cases of the Spanish practice are taken in consideration because they are shown as paradigms of the difficulties that has had this norm to be present in the international legal scene, but, in turn, as the statement of the existence of the same one.

INTRODUCCIÓN.-

Durante los últimos años hemos podido observar cómo ha penetrado una desconocida norma jurídica internacional en todos los telediarios del mundo. Muchos juristas, entre ellos abogados y jueces poco familiarizados con el Derecho Internacional se han puesto a estudiarla y han descubierto su poder de atracción.

Es verdad que para los mismos internacionalistas era una institución poco conocida y, como mucho, relacionada con los crímenes de guerra, que ha sido su ámbito natural durante mucho tiempo.

Sin embargo, un día, un juez nacional español dicta una orden de búsqueda y captura de un ciudadano extranjero, por delitos cometidos en el extranjero, contra ciudadanos extranjeros. Se estaba ignorando el principio de la conexión nacional en la incriminación, basando su competencia en el ejercicio de una norma de derecho interno que se lo permitía. Es decir, se argumentaba la jurisdicción sólamente en la naturaleza del crimen, y la competencia en una norma interna.

En realidad el Caso Pinochet, para el Reino Unido, no se trataba de una demanda de jurisdicción universal sino, técnicamente, de una respuesta a una solicitud de extradición por parte de España, en el marco de un tratado en que cual ambos Estados eran partes.

Pero la orden siguió su curso, buscándose el fundamento en una casi desconocida institución, pero no por ello, inexistente. ¿Dónde radicaba la novedad?

La importancia que supuso este caso para la jurisdicción universal fue que era la primera vez que se enfrentaban a esta institución países de tradición jurídica anglo-sajona, porque en Estados de tradición de derecho civil había habido precendentes, aunque limitados a crímenes de guerra y, desde luego, no imputados a antiguos Jefes de Estado.

Esto quiere decir, ni más ni menos que la institución jurídica, con toda su polémica se habría paso en el mundo de los tribunales nacionales, porque en el mundo del Derecho Internacional ya estaba. Ahora bien, como toda institución jurídica, hay que construirla para poder delimitar sus contornos, establecer su contenido, sus límites, su alcance. En definitiva, hay que poner en valor la competencia de los Estados para el ejercicio de la jurisdicción universal.

No tengo la intención de entrar en los niveles conceptuales de competencia y jurisdicción, entre otras cosas porque hay una amplia literatura jurídica sobre ambos. Pero si tendré en cuenta las particularidades de estos conceptos en Derecho Internacional, porque como afirma el Prof. SÁNCHEZ LEGIDO en su magnífica obra sobre la jurisdicción universal, estas nociones son polisémicas, por tanto, como el mismo dice "conviene precisar ya que, en el contexto de la llamada jurisdicción universal, la noción de jurisdicción alude a un núcleo de problemas relacionados con la proyección de las competencias estatales en el espacio" (1).

Es más, la irrupción del derecho interno en esta institución jurídica ha hecho que se hable de jurisdicción universal penal y civil, como corolario de dicha irrupción, teniendo en cuenta que para el Derecho Internacional esa dicotomía no era necesaria. Siempre se hablaba, en Derecho Internacional, de reparación o de satisfacción. Ahora ya hablamos, de sanción penal o de indemnización civil, como si de derecho interno se tratara. ¿Significa esto una permeabilización de uno sobre otro? ¿De cuál sobre cuál?

Dicho esto, la metodología no resulta fácil, porque hay que recurrir a los aspectos más teóricos, como la naturaleza jurídica de la institución, al establecimiento de la norma y a la práctica, tanto internacional como nacional. En este caso, además, la experiencia española va a resulta muy útil para la conformación de la jurisdicción universal.

Por tanto, me dirijo al análisis de estos puntos, con la convicción de que sus resultados serán esclarecedores para una institución jurídica tan admirada como denostada.

A.- LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO PRINCIPIO JURÍDICO.-

Como cualquier otra norma jurídica internacional, la competencia que se atribuye al Estado para el ejercicio de la jurisdicción universal puede tener una pluralidad de orígenes, e incluso, puede tener una naturaleza múltiple.

---

(1) SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: ***Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional,*** Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 21.

Quizás nos resulte exagerada la afirmación de Jean-Michael SIMON, cuando asegura que "posiblemente una de las primeras referencias generales a la competencia para ampliar el ejercicio del poder soberano fuera de sus límites territoriales sobre hechos ilícitos se encuentra en el estudio del jurista holandés Hugo Grotius (1583-1645), quien ante el predominio del ius naturale en la Edad Media formuló en el año 1625 que "Debe también reconocerse que los reyes, y cualquier otro con derechos similares a éstos, pueden exigir que un castigo sea impuesto no sólo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también en contra de todos los males que no se dirijan específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona, al Derecho natural o al Derecho de las Naciones" (2).

No es que Groccio estuviera pensado en ese momento en lo que hoy denominamos "jurisdicción universal", porque de hecho, en la época, la concepción era de que el soberano era inmune e inatacable porque ***par in parem non habet imperium*** (entre iguales ninguno tiene más poder). Sin embargo, sí creo también que tenía en mente que no se podría construir un ius gentium, sin la consideración de un Derecho penal que permitiera punir sus violaciones, en el marco de los tribunales internos.

Ahora bien, como dice Luis PERAZA PARGA, "el principio de jurisdicción universal es fácil de explicar, pero complicado de interpretar y ejecutar" (3). Por tanto, como la norma existe, lo que no se puede ignorar, hay que precisar cuál es su origen o qué naturaleza tiene.

A nadie se le escapa que cuando existe base convencional, que existe como veremos en otro apartado, la norma tiene naturaleza convencional para la comunidad que conforman las Partes en el tratado. Sin embargo, no creo que la naturaleza de la jurisdicción universal tenga este orígen, ni siquiera creo que se argumente el derecho competencial de un Estado en el ejercicio de la jurisdicción universal, por el carácter convencional. La

(2) SIMON, Jan-Michael: ***Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público,*** en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* vol. 4, 2002, p. 26. Igual referencia podemos encontrar en PERAZA PARGA, Luis: ***Jurisdicción universal: De Argentina a Guatemala, pasando por México,*** en La Insignia, México, diciembre de 2004, http://www.lainsignia.org/2004/diciembre/der_024.htm.

(3) PERAZA PARGA, Luis: ***La Jurisdicción universal y el ejemplo del Tribunal Constitucional español,*** en *La Insignia,* México, octubre de 2005, http://www.lainsignia.org/2005/octubre/int_006.htm.

práctica demuestra, como se verá un poco más tarde, que la invocación, más que la norma convencional, es el principio jurídico o la norma consuetudinaria.

Un principio jurídico, teniendo en cuenta la acepción de nuestro diccionario de la Real Academia de la Lengua, es una primera proposición por la que empezar a estudiar la ciencia jurídica. En este sentido es el origen, el núcleo, la razón, la condición, la causa de una norma donde se recogen ideas, valores, conceptos, es decir, que indican verdades subjetivas porque pertenecen al mundo del deber ser (4). Por tanto estamos ante normas jurídicas fundamentales que se ajustan a los valores jurídicos o a la *opinio iuris* de alcance universal que se contienen en las norms jurídicas positivas.

En este sentido, hay un principio general del derecho, que resulta clave para nuestro análisis, el principio *Delicta puniri reipublicae interest* (El castigo de los delitos es de interés público) (5). Obviamente, este principio general del derecho es trasladable al ordenamiento jurídico internacional porque reconoce un valor fundamental que informa un sistema jurídico, en el conjunto del mismo o en un sector de él (6).

Desde esta perspectiva la jurisdicción universal no sería, *prima facie,* un principio general del Derecho Internacional pero si lo sería, como consecuencia del *Delicta puniri reipubliace interest,* en el sector del Derecho Internacional Penal. Por tanto, estamos ante un principio jurídico del Derecho Internacional Penal deducido de un principio general del derecho, pero también inducido por el reconocimiento de dicho principio.

Estos principios jurídicos, en cierta medida, como dice Albert GALINSOGA, son "descubiertos y formulados a partir de elementos ya presentes en los valores, las normas y la propia lógica interna del sistema jurídico, no se presentan como generaciones de nuevas obligaciones concretas no asumidas voluntariamente, sino como líneas de conducta razonables y comúnmente aceptadas a las que es más difícil oponerse indivi-

(4) DÍEZ-PICASO, Luis: ***Los principios generales del derecho en el pensamiento de Federico de Castro,*** en *Anuario de Derecho Civil,* tomo 36, nº IV, 1983, pp. 1267-1268.

(5) Este principio está recogido por MANS PUIGARNAU, Jaime M.: *Los Principios Generales del Derecho – Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos Jurídicos con la Jurisprudencia del Trobunal Supremo de Justicia,* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957, p. 131.

(6) SCHAWARZEMBERGER, George: *The Fundamental Principles of International Law,* en RCADI, vol. 87, 1955-I, p. 201.

dualmente" (7). Por tanto, como dice el mismo autor, "el reconocimiento supone un proceso – basado en un ejercicio razonable de la voluntad – a partir del cual uno o más sujetos de Derecho Internacional, individual o colectivamente, admiten el carácter jurídico de un fenómeno dotado de objetividad, esto es, que con independencia de la voluntad del sujeto, reúne unas características de efectividad, por una parte, y de legitimidad, por otra" (8).

Ahora bien, como dijo el Magistrado TANAKA, en su Opinión Disidente en la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del Sudoeste Africano, "el reconocimiento de un principio por las naciones civilizadas no significa (...) que deba ser reconocido por todas las naciones civilizadas, ni que sean necesarios actos oficiales, legislativos..." (9).

Por tanto pueden ser deducidos o inducidos y su reconocimiento o descubrimiento se vincula a la jurisprudencia, a la doctrina o a los propios sujetos del ordenamiento jurídico.

Por supuesto, los principios jurídicos pueden ser, como ya he dicho, generales de todo el derecho (el principio de la buena fe), específicos del Derecho Internacional Público (el principio de no intervención en asuntos internos) o concretos de un sector de este ordenamiento, como el principio de equidistancia en el Derecho del mar, el del *uti possidetis*, en el Derecho de autodeterminación, o el principio de suplantación procesal, en el Derecho de la protección diplomática.

Pues bien, en este contexto, el principio de jurisdicción universal es un principio específico del Derecho Internacional Penal. Por tanto, estamos ante una proposición abstracta que presta fundamento al hecho de que si se viola una norma de Derecho Internacional Penal, los interesados en su restablecimiento deben ser todos los sujetos del mismo. Es la base misma por la que los Estados están obligados a no reconocer situaciones antijurídicas.

Si a esta idea unimos la de que estamos en presencia de violaciones graves de derechos humanos, que tienen una vertiente, necesariamente

(7) GALINSOGA JORDÁ, Albert: *Naturaleza y Funciones de los Principios Jurídicos en el Derecho Internacional*, Segundo Ejercicio de Cátedra de la Universidad de Lleida (mimeo), 2002, p. 159.

(8) *Ibidem*, p. 165.

(9) C.I.J., *Recueil*, 1951, p. 23.

iusnaturalista, o si se prefiere, que tienen su base en valores bien establecidos, como la dignidad humana, la libertad, la justicia o la igualdad, enunciados como principios en la mayoría de las constituciones del mundo, podríamos afirmar la existencia de un principio jurídico que atribuye competencia al Estado para el ejercicio de la jurisdicción universal.

Por tanto la jurisdicción universal sería un elemento ontológico del Derecho Internacional que determina la existencia y exigencia de lo justo. Es, pues, un imperativo de la conciencia social. Y en este sentido, es un principio jurídico. En definitiva, como decía hace algunos años Yoram DINSTEIN, "la responsabilidad individual significa supeditación a sanciones penales. Cuando un ser humano individualmente contraviene un deber internacional lo compromete directamente y, por lo tanto, él compromete su vida, libertad y propiedad. De tal modo que, las obligaciones internacionales se vinculan intrincadamente al desarrollo de derecho penal internacional" (10).

Ahora bien, no creo que la existencia del principio de jurisdicción universal sea suficiente para el ejercicio mismo o para la atribución de competencia a un juez para que conozca de los asuntos implicados en el mismo. Haría falta, además, un acto jurídico interno que le atribuya la competencia o, al menos, una mínima práctica que pudiera invocarse como base para la existencia del principio en aquellos ordenamientos que lo permitan.

¿Estaríamos hablando, entonces, de un principio subsidiario? Así parecería deducirse si habláramos de él como corolario del principio *aut dedere aut judicare*. Ahora bien, la obligación *aut dedere aut judicare* tiene naturaleza exclusivamente convencional por lo que, en este contexto convencional, esta obligación *aut dedere aut judicare* es corolario del principio de jurisdicción universal, lo que, en el contexto de las normas generales de Derecho Internacional, no es.

Quizás, como más adelante veremos, a esta obligación *aut dedere aut judicare* pudiéramos llamarle, como hace Jaume FERRER, jurisdicción universal territorial (11), o condicionada, con lo que podría entenderse tanta confusión.

(10) DINSTEIN, Yoram: ***International Criminal Law***, en *Israel Yearbook on Human Rights*, nº 5, 1975, p. 55.

(11) FERRER LLORET, J.: ***Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)***, en *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, p. 315.

Podría parecer, por tanto, que la invocación de este principio de jurisdicción universal pudiera ser lo que algunos han llamado un principio delegado. Sin embargo, en este sentido comparto plenamente la idea de Jean-Michael SIMON, cuando dice que no se trata de "delegar una competencia" sino un interés legal único de los Estados afectados, no se trata, pues, de "delegar una competencia" sino que este interés constituye *per se* un contacto suficientemente relevante en términos legales (12).

Es verdad que cuando se analiza la jurisdicción universal como corolario del principio *aut dedere aut judicare*, la obligación para el Estado se resuelve con la obligación del Estado en el derecho de opción. Por el contrario cuando la fuente del principio de jurisdicción universal tiene una naturaleza de norma general, no se genera obligación del Estado, sino, en todo caso, un derecho del Estado. En este sentido el Prof. SÁNCHEZ LEGIDO desarrolla esta idea, apoyándose no sólo en la doctrina, individualmente tratada, sino en la jurisprudencia internacional, en la posición de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas e, incluso, en la posición de algunos casos de derecho interno (13).

En este sentido, Luis BENAVIDES considera que el principio de jurisdicción universal es una jurisdicción excepcional y un principio auxiliar, aunque no cree por ello que tenga que ser preferente la jurisdicción del Estado territorial (14).

Por tanto, no puede ser únicamente el corolario del principio *aut dedere aut judicare* porque este supone, como ya he dicho, una obligación de opción, en el marco de lo convencional. Como señala el Prof. BENAVIDES, la jurisdicción universal es la resultante de un derecho del Estado a ejercer esta jurisdicción por la comisión de ciertos crímenes internacionales, pero sin obligación. Por el contrario, el principio aut dedere aut judicare, implica una obligación de opción o alternativa en el marco convencional que lo establezca. De hecho, el Prof. BENAVIDES presenta una interesante tabla donde establece las diferencias entres ambas instituciones jurídicas. Entre estas diferencias señala, además de la ya mencionada, las siguientes: la jurisdicción universal es un principio basado en el derecho internacional consuetudinario, que se aplica a un número limitado de crímenes, de forma excepcional por todos los Estados, mientras que el principio *aut dedere aut judicare* son cláusulas de derecho convencional, que alcanza, hoy día a más de veinte convenciones con crímenes muy diversos, que solo puede ser invocado por los Estados partes (15)

(12) SIMON, Jan-Michael: *Jurisdicción universal... op. cit.*, pp. 34-35.

(13) SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel; *op. cit.*, pp. 254 a 258.

(14) BENAVIDES, Luis: ***The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope,*** en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 1, 2001, p. 32.

Se podrá compartir o no esta opinión pero no se podrá negar su fundamentación correcta. Sin embargo, hay que pensar que, hoy día, la mayoría de los crímenes sobre los que se pueden aplicar ambos principios son coincidentes. Por ejemplo, la base jurídica de los crímenes de guerra no es exclusivamente convencional, ni la del genocidio (Convención que, por cierto no contempla el principio *aut dedere aut judicare*), ni la de la tortura ni la de tantos otros, por eso, entre otras consideraciones, no opera el principio de reciprocidad.

No comparto, por tanto, plenamente la opinión de quienes consideran, como Eric DAVID (16), que al genocidio (como a cualquier otro crimen de Derecho Internacional susceptible de aplicación de la jurisdicción universal como hace el propio Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia respecto a los crímenes de guerra (17)) se le pueda aplicar el principio *aut dedere aut judicare* aunque no esté expresamente reconocido en la Convención de 1948.

Si creo, por el contrario, que se le puede aplicar el principio de jurisdicción universal, y ello es porque la base y el fundamento jurídico es la violación de una norma de *ius cogens*, de naturaleza consuetudinaria y no exclusivamente convencional.

Es tan importante esta diferencia entre el principio de jurisdicción universal y el principio *aut dedere aut judicare* que es la que determina que gran parte de la doctrina, incluyendo a importantes Magistrados de la Corte Internacional de Justicia todavía no hayan sabido diferenciar los dos principios. Ello ha llevado a gran parte de la doctrina a considerar que para la aplicación del principio de jurisdicción universal hace falta la presencia física del acusado en el territorio del Estado donde se esté ejer-

(15) *Ibidem*, p. 36.

(16) DAVID, Eric: *Principes de droits des conflicts armés*, Ed. Bruylant, Bruselas, 3ª ed., 2002, p. 668.

(17) *Caso Blaskic (IT-95-14), sentencia de 29 de octubre de 1997*, par. 29.

ciendo, como si del principio *aut dedere aut judicare* se tratara, para el que sí se requiere esta singularidad o condición de la presencia física (18).

Esta ha sido también la posición de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en su último proyecto de 1996 sobre el Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad. En su artículo 9, rubricado como "Obligación de conceder la extradición o de juzgar" (lo que ya da idea de la identificación que hace la CDI del principio de jurisdicción universal y del principio *aut dedere aut judicare*), se señala específicamente este último principio como principio convencional (del posible Código) que obligaría a extraditar o a enjuiciar. Nada que decir a esta formulación, que a fuerza de repetirse se está volviendo clásica. Sin embargo, en los comentarios al art. 8, el relator general dice lo siguiente:

> "La jurisdicción sobre los crímenes mencionados en el Código está determinada en primer lugar por el Derecho Internacional y en segundo lugar por el Derecho nacional. Respecto al Derecho Internacional, cualquier Estado Parte está facultado para ejercer su jurisdicción respecto del presunto responsable de alguno de los crímenes de derecho internacional enunciados en los artículos 17 a 20 que se encuentre en su territorio, en virtud del principio de la "jurisdicción universal" enunciado en el artículo 9" (19).

Véase como habla de Estados Partes e identifica ambos principios como uno sólo. Ya he manifestado mi opinión al respecto. Son dos principios de naturaleza distinta que, en el marco convencional, el principio *aut dedere aut judicare* es corolario del principio de jurisdicción universal. En todo caso estas afirmaciones hechas en 1996 pudieran ser otras en 2007 porque en este tema ha pasado un tiempo suficiente y se han dado datos creciente que apuntan hacia otras consideraciones, incluyendo las normas de carácter interno y la jurisprudencia de numerosos tribunales internos.

(18) Sobre estas cuestiones véase el magnífico análisis de SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: *Op. Cit.*, pp. 268-293.

(19) Informe de la Comisión de Derecho Internacional del 48° periodo de sesiones, comentario al art. 8, apdo. 7°, Doc. A/51/10, p. 29. Se ha utilizado el texto inglés por lo que la traducción es del autor.

Es verdad que la Corte Internacional de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto y, sin embargo, no lo ha hecho. Me refiero al Caso Yerodia Ndombasi por el que Congo denuncia a Bélgica por el intento de aplicación de la jurisdicción universal contra A. Yerodia Ndombasi, Ministro de Asuntos Exteriores en ejercicio de Congo, por crímenes internacionales (20). Ahora bien, la base del caso es diferente porque estamos ante un caso de inmunidad de jurisdicción más que de jurisdicción universal.

A pesar de ello, Bélgica, a través del *Tribunal de Grande Instance* de Bruselas decidió archivar el caso, interpretando que la Ley belga de 16 de junio de 1993 sobre represión de los crímenes graves de Derecho Internacional Humanitario sólo debe aplicarse cuando el acusado se encuentre bajo la jurisdicción territorial de Bélgica, lo que fue más adelante contestado por la *Cour de Cassation*, en su sentencia de 12 de febrero de 2003, quien reafirmó el carácter absoluto de la jurisdicción universal (21).

Estas divergencias tuvieron sus correspondientes discusiones parlamentarias, hasta el extremo de que la propia ley de 16 de junio de 1993 sobre represión de los crímenes graves de Derecho Internacional Humanitario ha tenido que ser abrogada y sustituida por otra ley, la ley de 5 de agosto de 2003 sobre represión de violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario (22).

En el sentido que hablamos aquí, es interesante resaltar el nuevo artículo 12 bis del Código Procesal Penal que introduce la nueva Ley belga de 5 de agosto de 2003, que reconoce que la jurisdicción belga será competente para conocer de las infracciones graves de Derecho Internacional Humanitario (a las que se refiere expresamente la ley) cuando una norma

(20) *ICJ, **Judgment of 14 February, 2002***. Ver HENZELIN, Marc: ***La compétence pénale universelle : Une question non résolue par l'arrêt Yerodia***, en *Revue Générale de Droit International Public*, n° 107, 2002, p. 819.

(21) ***Cour de Cassation, Section Française, 2e. Chambre, arrêt de 12 febvrier 2003*** (http://www.cass.be/juris). Sobre la experiencia belga en esta materia de la jurisdicción universal, véase D'ARGENT, Pierre : ***L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien?***, en *Revue Générale de Droit International*, n° 108, 2004, pp. 597 y ss.

(22) Ver el texto ed la nueva Ley en http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/loi2003.html .

internacional convencional o consuetudinaria le permita a Bélgica perseguir a los autores (23).

Como podemos ver, la conclusión subsiguiente es que Bélgica reconoce formalmente la posibilidad de que existan normas internacionales consuetudinarias que permitan a Bélgica perseguir a acusados que no están bajo su jurisdicción, por crímenes de guerra o en tanto estos constituyan crímenes contra la humanidad, al menos.

Por tanto, en mi opinión personal, se puede iniciar un procedimiento judicial, en aplicación del principio de jurisdicción universal, por parte de un órgano judicial interno de un Estado en cuyo territorio no esté el acusado, lo que no sería posible si lo que se aplica es el principio *aut dedere aut judicare*, que tiene otra naturaleza diferente y requiere, pues, la presencia física de la persona contra la que se ha solicitado una extradición, que debe cumplirse o, en caso contrario, se le debe juzgar, es decir, la obligación estatal de optar por una cosa u otra, frente al derecho del Estado de iniciar el procedimiento de la jurisdicción universal. Más adelante se podrá observar la práctica en este sentido.

Esto no quiere decir que se pueda llevar a cabo el enjuiciamiento *in absentia*, práctica prohibida por numerosos ordenamientos jurídicos internos y al que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es contrario. Pero, este problema jurídico es diferente del de la iniciación del procedimiento para culminarlo con todas las garantías intermedias, incluyendo, como he dicho, las procesales, que pueden ser también de carácter interno. Lo único que quiere decir es que no es una exigencia del Derecho Internacional, donde no se puede encontrar ninguna norma que determine la imposibilidad de ejercer el principio de jurisdicción universal porque el acusado no esté en territorio del Estado reclamante. Es más, el fundamento preciso de la jurisdicción universal es que al acusado no se le procesa en el país de donde es nacional o donde reside, por lo que subsidiariamente otro Estado, para impedir la impunidad, solicita su presencia y la solicita en el marco de un procedimiento para el que es competente, bien según la legislación interna, bien según la legislación internacional

(23) El texto exacto que recoge este aspecto de la ley belga es el siguiente: "...les juridictions belges sont également compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume et visées par règle de droit international conventionnelle ou coutumière liant la Belgique, lorsque cette règle lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites".

convencional, bien la norma consuetudinaria que se fundamenta en el principio de jurisdicción universal.

Esto no quiere decir tampoco que, en el marco de un procedimiento concreto, de naturaleza convencional, no pueda generarse una exclusión de la responsabilidad internacional de un Estado concreto. Ello está en la propia naturaleza convencional. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rehusado obligar al Reino Unido para que indemnice a un ciudadano kuwaití por actos de tortura cometidos en Kuwait (24). Sin embargo, esto, en mi opinión personal, no significa que no pueda abrirse un proceso interno por el que se pueda imputar un crimen internacional de tortura amparado por el principio de jurisdicción universal. Sólo significa que el Reino Unido no es responsable de la comisión de este crimen en Kuwait.

Por todo esto, no creo que se pueda dudar de la constitución del principio de jurisdicción universal, en el marco de los crímenes de Derecho Internacional, como un principio jurídico del Derecho Internacional Penal, porque si no, se estaría privilegiando la impunidad de un crimen de Derecho internacional.

Por ello, podríamos decir con SIMON que "el interés en la persecución general del crimen de genocidio como corolario del interés único de los Estados en la prohibición del genocidio constituye *per se* un nexo con tales actos suficientemente relevante en términos legales para ejercer el poder estatal de dictar sentencia" (25).

En todo caso, como sigue diciendo SIMON, "queda abierto el problema de si para alcanzar este interés se debe priorizar la competencia del Estado territorial en un caso determinado. Sin poder avanzar más en este terreno inseguro en el cual hasta ahora nadie ha entrado más profundamente, merece la pena recordar que bajo la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional la carga de la prueba de la supuesta violación de la soberanía de un Estado para dictar sentencia en actos de genocidio pesa sobre aquél que alega la violación, es decir, ¡el Estado que

(24) *Sentencia del TEDH Al-Adsani contra Reino Unido, de 21 de noviembre de 2001*, pars. 38-40.

(25) SIMON, Jean-Michael: *Op. Cit.*, p. 36.

alega la violación de su soberanía tiene que probar que está persiguiendo estos actos!" (26).

No hay que confundir el principio de jurisdicción universal con la institución jurídica de la Administración vicaria de la Justicia que es una práctica alemana y austriaca (27) mediante la cual los tribunales alemanes tienen competencia para enjuiciar a los extranjeros que han cometido delitos en el extranjero y que estando en territorio alemán la extradición no se produce porque no se puede o no se solicita o no se concede o que por cualquier otra circunstancia no se ejecuta o aplica (28).

Como dirían HÖPFER & ANGERMAINER el principio de jurisdicción universal sólo establece el derecho sin conferir jurisdicción al estado custodio, mientras que la institución jurídica de la Administración Vicaria de la Justicia asume la jurisdicción (29).

Esto ha permitido a los tribunales austriacos conocer de crímenes de genocidio a la vista de la inexistencia de una obligación explícita de la Convención contra el Genocidio sobre la jurisdicción universal, que ha permitido que la Administración Vicaria de la Justicia adjudicara la jurisdicción a Austria sobre el crimen de genocidio (30).

Tampoco hay que confundirlo con el principio de representación, mediante el que un Estado cede la jurisdicción a otro Estado. Por ejemplo, cuando en el Convenio Hispano-Español de 1954 se permitía la cesión de jurisdicción en favor de los Estados Unidos, de los delitos cometidos en las bases norteamericanas en España, por ciudadanos norteamericanos, tras reunir algunos requisitos.

Independientemente de lo manifestado hasta ahora, deberíamos de preguntarnos si es suficiente que el principio sirva de fundamento jurídico, o si sólo sirve como orientación interpretativa. En este caso, voy a recurrir al Prof. ARCE Y FLÓREZ cuando dice que «los principios generales del

(26) *Ibidem*.

(27) Ver sección 7 (2) (2) del Código Penal Alemán y la sección 65 (1) (2) del Código Penal Austriaco.

(28) MEYER, J.: ***The Vicarious Administration of Justice: An overlooked Basis of Jurisdiction,*** en *Harvard International Law Journal*, vol. 31, nº 1, 1990, pp. 115-116.

(29) HÖPFER, Frank & ANGERMAINER, Claudia: ***Adjudicating International Crimes,*** en REICHEL, Philip: (Ed): ***Handbook of Transnational Crime and Justice,*** University of Northern Colorado, Greeley, Colorado, 2005, nota 70, pp. 336-337.

(30) *Ibidem*, nota 72, p. 337.

Derecho se observan desde la óptica de su función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico, propiamente deben ser valorados como *superfuente* o *fuente de las fuentes*» (31).

Ahora bien, como dice el prof. REINOSO BARBERO (32), este principio de jurisdicción universal no puede contradecir a otras normas, tiene que ser susceptible de aplicación en defecto de ellas y tiene que ser considerado como tal, en el caso del Derecho Internacional, por los Estados, o sobre todo, si ha sido reconocido por la jurisprudencia.

La Resolución 3074 (XXVII) de 3 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas ya señalaba en su principio uno que "los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas".

Más recientemente, el 16 de diciembre de 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó 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*, entre los que señala el siguiente:

> "Con tal fin, cuando así lo disponga un tratado aplicable *o lo exija otra obligación jurídica internacional*, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la *jurisdicción universal*. Además, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes y prestar asistencia judicial y otras formas de cooperación para la administración de la justicia internacional, en particular asistencia y protección a las víctimas y a los testigos, conforme a las normas jurídicas internacionales de derechos humanos y sin perjuicio de

(31) ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990, p. 59.*

(32) REINOSO BARBERO, Fernando: *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 1987, p. 114-115.

disposiciones jurídicas internacionales tales como las relativas a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (el subrayado es personal) (33).

Como puede verse, la Asamblea General reconoce, indirectamente, la naturaleza no exclusivamente convencional del la jurisdicción universal. Y ella representa, sin duda alguna, por su composición, la *opinio iuris* de los Estados.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Informe sobre *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, en su principio 20, cuando habla de la competencia de los tribunales extranjeros es verdad que dice que "la competencia de los tribunales extranjeros se ejerce en el marco de una cláusula de competencia universal prevista en los tratados en vigor, o de una disposición de la ley interna estableciendo una regla de competencia extraterritorial para los crímenes graves según el derecho internacional" (34)

Por tanto sólo habla de una previsión convencional o de una norma interna, pero no dice cuál es la fundamentación de la norma interna, que no podría ser otra más que una norma general de Derecho Internacional Público. La norma general sería la jurisdicción universal que fundamentaría la ley interna que establezca la competencia de los tribunales internos.

De hecho, en el principio 22, el citado documento dice que "en ausencia de una ratificación que permita oponer tal cláusula de competencia universal a un país donde la violación ha sido cometida, los Estados pueden tomar medidas en su legislación interna para establecer su competencia extraterritorial sobre los crímenes graves según el derecho internacional cometidos fuera de sus territorio y que, por razón de su naturaleza, afectan no solamente al derecho penal interno, sino también al orden represivo internacional al que la noción de fronteras es extraña".

En el marco de las Organizaciones Internacionales gubernamentales regionales, por ejemplo, la Organización de Estados Americanos ha señalado que:

(33) Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

(34) Doc. *Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997.*

"La CIDH ya ha manifestado que la evolución normativa del derecho internacional público ha consolidado la jurisdicción universal, en virtud de la cual, cuando los órganos de la jurisdicción penal nacional no quieran o no puedan cumplir con la función de investigar y sancionar dichos crímenes internacionales, cualquier Estado tiene autoridad para "perseguir, procesar y sancionar a quienes aparezcan como responsables de dichos crímenes internacionales, aún aquellos cometidos fuera de su jurisdicción territorial o que no guarden relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, puesto que tales crímenes afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial"(35).

Por su parte, el propio Consejo Europeo de la Unión Europea, en su Decisión de 2003/335/JHA de 8 de mayo de 2003 (36), sin hacer mención expresa a la jurisdicción universal, si declara que "Los Estados miembros cooperarán en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes mencionados en el artículo 1, de acuerdo con el Derecho nacional y los acuerdos internacionales pertinentes". Por tanto, está aceptando que hay tratados internacionales que admiten la jurisdicción universal y que hay legislaciones nacionales que permiten la misma, en el marco del derecho internacional consuetudinario. Lo que también parece decir es que se requiere una base jurídica nacional para ello.

Esto sin embargo, en mi opinión, no le resta valor, aunque yo no creo que sea necesario, porque la eficacia del ejercicio de la jurisdicción universal vendrá dada por la competencia que se establezca en el ámbito nacional.

Por su parte, en el ámbito doctrinal de las ONGs, el principio 3 de los Principios de Princeton (37) sobre Jurisdicción Universal señala expresa-

(35) Ver documento ***Asilo y Crímenes Internacionales,*** de 20 de octubre de 2000, en el *Informe Anual de la Comisión Intermaericana de Derechos Humanos,* OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 abril 2001, http://www.cidh.oas.org/asilo.htm.

(36) Decisión 2003/335/JAI del Consejo, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, D.O. L 118 de 14.5.2003, p. 12/14.

(37) Para un studio más pormenorizado sobre estos principios, véase *MACEDO, Stephen (Ed): Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law, Principles and Papers of the Princeton Project on Universal Jurisdiction,* University of Pennsylvania Press, Princeton, 2003.

mente que "los órganos judiciales nacionales pueden recurrir a la jurisdicción universal, incluso aunque su legislación nacional no lo prevea específicamente" (38). En realidad podríamos decir que siguen el aforismo jurídico *cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potuit* (A quien se dio jurisdicción se considera que se le concedieron también aquellas cosas sin las cuales no puede ejercer la jurisdicción) (39).

Es más, el principio 7-2 de los Principios de Princeton señala expresamente que la amnistía es incompatible con las obligaciones jurídicas internacionales, por lo que en caso de otorgarse, los crímenes no precluyen (40).

Parece claro, pues, que la base de la competencia extraterritorial es la norma general de la jurisdicción universal.

El magistrado MOORE, en su opinión disidente en el caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional conocido como CASO LOTUS fundamentó la competencia de cualquier Estado para la persecución de los delitos de piratería cometidos en alta mar, de la siguiente manera:

> "A la vista de que es en el alta mar, sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, (por lo que al pirata se le) niega la protección del pabellón [...], y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad — *hostis humani generis* — a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar" (41).

Aparentemente podría parecer que MOORE inicia así un fundamento *expressis verbis* para la jurisdicción universal, pero, en realidad lo hace en función del lugar de la comisión del delito (alta mar), fuera del alcance de cualquier jurisdicción estatal. Por tanto, no está pensando en la gravedad del delito sino en el espacio donde se comete. Aun así, me parece importante que se señale este caso porque determina la existencia de *hostis humani generis*, es decir de enemigos de toda la humanidad, que puede servir a los efectos de la determinación del principio de jurisdicción universal.

(38) http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf.
(39) Recogido por MANS PUIGGARNAU, Jaime M.: *Op. Cit.*, p. 73.
(40) *Ibidem*.
(41) *CASO LOTUS*, **C.P.J.I.**, 1927, Série A, nº 10, p. 70 (traducción personal).

B.- LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL COMO NORMA CONSUETUDINARIA.-

El Tribunal Supremo israelí, en el CASO EICHMANN, argumentó la base de su jurisdicción en el derecho consuetudinario. Sin embargo, en la fecha en que se dictó la sentencia, 20 de mayo de 1962, nunca se había dictado ninguna otra sentencia en la materia de genocidio como para establecer la *opinio iuris* que requiere toda norma consuetudinaria. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Israel concluyó que tales crímenes "violaban los valores morales universales y los principios humanitarios que están en la base de las leyes penales adoptadas por las naciones civilizadas" (42).

Es verdad que la Corte Internacional de Justicia, en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte habla de una costumbre espontánea (43), que le permitió al Prof. CHENG hablar de la existencia de una norma consuetudinaria instantánea, refiriéndose a la duración como elemento esencial de la misma (44).

La mayor parte de la doctrina más cualificada también ha establecido la naturaleza de la jurisdicción universal como norma general de carácter consuetudinario (45), aunque es verdad que otros, más interesados y con menos fundamento (46), o no, se lo nieguen. Por ejemplo, el Prof. FLETCHER le niega este carácter, en su condición de penalista, porque no

(42) ***Attorney General of Israel v. Eichmann***, en *International Law Report*, vol. 36, 1962, p. 277.
(43) *I.C.J. Reports*, 1969, ***North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands)***, *Judgment, 20 February 1969*, 4 (23).
(44) CHENG, Bin: ***United Nations Resolutions on Outer Space – "Instant" International Customary Law?***, en *Indiana Journal of International Law*, vol. 5, 1965, pp. 23 y ss.
(45) Entre muchos, véanse RODLEY, Nigel: ***The Treatment of Prisoners under International Law***, Clarendon Press, Oxford, 2nd ed. 1999, pp. 130 y 133. BODANSKY, Daniel: *Human Rights and Universal Jurisdiction*, in GIBNEY, Mark (Ed): *World Justice: U.S. Courts and International Human Rights*, Westview Press, Boulder/San Francisco/Oxford, 1991; GILBERT, Geoff: ***Crimes Sans Frontières: Jurisdictional Problems in English Law***, en *British Yearbook of International Law*, nº 61, 1992, pp. 63, 415,423, 424; o, en la doctrina francesa, HUET, André & KOERING-JOULIN, Renée: ***Droit pénal international***, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, p. 191.
(46) La jurisdicción universal ha sido contestada por Henry Kissinger, que ha llegado, incluso a llamarla "tiranía judicial". Véase KISSINGER, Henry: ***The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking Judicial Tyranny***, en *Foreign Affairs*, July/August 2001. Esta opinión fue rebatida por ROTH, Kenneth: ***The Case for Universal Jurisdiction***, en *Foreign Affairs*, September/October 2001.

entiende que el derecho consuetudinario sirva de base a la justicia penal y también porque, en su opinión, está en juego, muchas veces, el principio *non bis in idem*. Su gran preocupación son los derechos del acusado (47).

Puedo entender estos argumentos, pero no los comparto porque en Derecho Internacional, la costumbre es una importantísima fuente del derecho y, por lo tanto, también del Derecho Internacional Penal. De hecho, el Estatuto de la Corte Penal Internacional acepta la norma consuetudinaria como derecho aplicable (48). En cuanto al principio *non bis in idem*, en Derecho Internacional Penal tiene sus particularidades, porque, por ejemplo, se ha podido juzgar a una persona y habérsele otorgado una amnistía o aplicado una ley de punto final o una ley de obediencia debida, lo cual supondría, como mínimo, la violación del derecho de acceso de las víctimas a la justicia a la que tienen derecho. En otros casos, este principio jurídico debería ser garantizado como máxima expresión del contenido fundamental del derecho a un juicio justo y equitativo.

En este sentido, el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia determina que un proceso ante el propio Tribunal, aún después del proceso en la corte nacional, sería apropiado bajo el principio de *non bis in idem* si "la corte nacional actúa en forma parcial o no independiente, [o] los procedimientos eran diseñados para proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional..." (49).

Estaríamos hablando, ahora de nuevo, de la famosa teoría de George SCELLE conocida como desdoblamiento funcional, mediante la cual el afirma que las funciones ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales de la comunidad internacional son desempeñadas por los mismos órganos internos de los ordenamientos nacionales que actúan como órganos internacionales. En definitiva que cuando se aplica el Derecho Internacional, un tribunal interno está ejerciendo como internacional (50).

(47) FLETCHER, George: ***Against Universal Jurisdiction***, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), pp. 580-584.

(48) Véase a este respecto mi trabajo FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio: ***El derecho aplicable por la Corte Penal Internacional,*** en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (Ed): ***La Criminalización de la Barbarie: la Corte Penal Internacional,*** Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 245-265.

(49) *The Prosecutor v. Dusko Tadic, a/k/a "Dule"*, Case No. IT-94-1-AR72 (13 Feb. 1995).

Para ser sincero, SCELLE no estaba pensando en que un agente interno, llámese por ejemplo, juez, tenga un doble papel, uno interno y otro internacional simultáneamente sino, como muy bien explica Antonio CASSESE, que opera como un Mr. Jackel y Mr. Hyde, exhibiendo una doble personalidad, en otras palabras, ellos son órganos nacionales que pueden funcionar como agentes nacionales o internacionales (51).

De hecho, cuando Antonio CASSESE se pregunta si esta doctrina puede ser valida hoy día, llega a la conclusión de que, en una sociedad internacional que sigue siendo fuertemente interestatal, donde muchos jueces internos, en el ejercicio de la jurisdicción universal, actúan en nombre de la comunidad internacional en su conjunto, salvaguardando el orden jurídico internacional, es donde se percibe que la doctrina del desdoblamiento funcional de SCELLE está plenamente vigente. Y, obviamente yo estoy de acuerdo con el maestro florentino. Igual piensa Carlos VILLÁN DURÁN (52).

En este sentido, como dice DELMAS-MARTY "el derecho penal puede aplicarse, en virtud del principio de competencia universal, por los jueces nacionales así "mundializados". A medida que las normas internacionales se integran en el derecho interno, los jueces nacionales se convierten en efecto, mediante una suerte de "desdoblamiento funcional" en los guardianes del derecho internacional (regional o mundial), en el sentido imaginado de forma premonitoria por Georges Scelle en los años treinta. Las condiciones varían según su sistema admita o no la aplicabi-

(50) Entre sus muchas obras donde hace referencia a esta teoría, pueden verse en SCELLE, Georges: ***Droit International Public: Manuel Élémentaire***, Paris, Domat-Montchrestien, 1944 aux pp. 21-22; también en SCELLE, George: ***Théorie du gouvernment international,*** en *Annuaire de l'Institut de droit public*, 1935, pp. 54-57; e igualmente en SCELLE, George: ***Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international***, in *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye* (1936), vol. 55, pp 91-106.

(51) CASSESE, Antonio: ***Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoublement fonctionnel) in International Law,*** en *European Journal of International Law*, 1990, vol. 1, nota 6. Para seguir todo su hilo argumental, véanse las pp.210-34.

(52) VILLÁN DURÁN, Carlos: ***La protección internacional de los derechos humanos en el Sistema de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados, en Memorias del Seminario los Instrumentos de Protección Regional e Internacional de los Derechos Humanos,*** Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2004, 71.

lidad directa, pero es suficiente con que el asunto sea de su competencia ordinaria (territorial o personal). Más sorprendente es que la "mundialización de los jueces" conduce a una extensión de su competencia a los hechos que no tengan ningún nexo de unión con el Estado (hechos cometidos en el extranjero por extranjeros, sobre víctimas extranjeras). Esta competencia universal debería fijarse en buena lógica en la protección de los valores universales" (53).

En el ámbito de la doctrina española también ha sido analizada la naturaleza de la jurisdicción universal como norma consuetudinaria y, como es natural, también ha sido polémica. Quizás la más contraria ha sido la Profª. MARTÍN MARTÍNEZ, de la Universidad de Málaga, quien se cuestiona incluso si con el ejercicio de esta jurisdicción universal, como norma consuetudinaria, no se tiene "la tentación de abandonar los requisitos de generalidad y uniformidad de la práctica estatal, sobre la base de que la práctica cualificada en materia de la jurisdicción universal es la que aportan un reducido grupo de Estados" (54).

Esta preocupación de la Prof. malagueña es, sin duda, muy acertada porque ella busca, como buena jurista, que se cumplan todos los requisitos para la existencia de una norma consuetudinaria. Sin embargo, en mi opinión, como luego reflejaré más pormenorizadamente, los requisitos de generalidad y uniformidad no se rompen por el simple hecho de que sean Estados occidentales los que apliquen dicha norma. Los demás Estados no sólo consienten sino que tienen la conciencia jurídica de que estamos ante normas consuetudinarias, con independencia de que algún Estado concreto la proteste contra algún delito específico o en un caso muy particular. Ninguno es objetor persistente, que yo sepa.

Es más, el Prof. SÁNCHEZ LEGIDO, sin pretenderlo, le contesta cuestionándose que esta respuesta negativa a la juridicidad de la jurisdicción universal, desde una perspectiva consuetudinaria, "sólo sería posible desde postulados radicalmente voluntaristas que ignorasen cambios experimentados en el proceso de formación de normas en el Derecho Internacional contemporáneo" (55). Por ello, estoy completamente de acuerdo con el profesor albaceteño cuando manifiesta rotundamente que "el método inductivo de razonamiento, basado en la búsqueda de indicios directos de aceptación de la regla de que se trate en la práctica estatal, no sea en la actualidad el único posible en Derecho internacional a los efectos de detectar la presencia de normas generales" (56).

(53) DELMAS-MARTY, Mireille: ***Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho,*** en http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL24919_rescoursespdm0203.pdf, p. 20.

(54) MARTÍN MARTÍNEZ, Mª del Mar: ***Jurisdicción universal y crímenes internacionales***, en SALINAS DE FRÍAS, Ana (coord.): ***Nuevos Retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea***, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2000, p. 171-172.

En todo caso, la puesta en práctica de esta norma se fundamenta, además de la gravedad de los delitos sometidos a ella, en el riesgo cierto de impunidad que representaría su inacción, lo que sería contrario a la conciencia jurídica de la comunidad internacional (57).

Ahora cabría preguntarse si con la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional se podría hablar de un conflicto de jurisdicción o, incluso, de una superación de la jurisdicción universal.

Es verdad que es interpretable si el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional permite o no la jurisdicción universal. De hecho esta cuestión se planteó en el debate sobre la Jurisdicción Universal habido en el Grupo de Trabajo sobre el Derecho Penal Internacional, en enero de 2006, en el Instituto Universitario de Florencia. Así, por un lado, el Preámbulo del Estatuto de Roma reafirma la obligación de los Estados de perseguir los crímenes internacionales. Por tanto, la complementariedad de la Corte Penal Internacional cedería ante la jurisdicción universal, que es un camino estatal de persecución. Consecuentemente, el actor primario seguiría siendo el Estado (58).

Para el Prof. DUPUY, por el contrario, el Estatuto de Roma lo que da prioridad es a la jurisdicción personal y territorial, sin mención alguna a la jurisdicción universal (59). Sin embargo, parece ser que la mayoría de Magistrados de la Corte Penal Internacional se han manifestado, en un documento interno, favorables a la compatibilidad de la jurisdicción uni-

(55) SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: *Op. cit.*, pp. 242-243.

(56) *Ibidem*, pp. 246-247.

(57) Esta es la base del argumento de la Profª. ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza: ***Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales,*** en QUEL LÓPEZ, Francisco (Ed.): ***Creación de una jurisdicción penal internacional,*** Colección Escuela Diplomática, nº 4, Madrid, 2000, p. 252.

(58) KRISHNAN, Elsa Gopala (Rapporteur): ***Universal Jurisdiction,*** European University of Florence, Working Group on International Criminal Law, 19 de enero de 2006, p. 2.

(59) *Ibidem*, p. 3

versal, siempre que, en la jerarquía de jurisdicciones la prioridad esté en el ámbito nacional, luego en el internacional y, finalmente, en el universal (60). Es decir, es evidente que se está pensando en limitar la jurisdicción universal como un último recurso frente a la impunidad.

El problema que yo observo en esta jerarquía es que la vía de la jurisdicción internacional es convencional, mientras que la de la jurisdicción universal no y esto le hace, si no prioritario, sí, obviamente, más eficaz, en el sentido de que la comunidad convencional del Estatuto de Roma es bastante menor que la que abarcaría la norma consuetudinaria.

Ahora bien, a pesar de ello, hay ordenamientos jurídicos internos que han aprovechado la regulación interna de sus responsabilidades respecto a la Corte Penal Internacional, para limitar su propia jurisdicción a los exclusivos casos de territorialidad y nacionalidad activa, como por ejemplo, el Reino Unido (61). Otros por el contrario han aprovechado la situación jurídica para establecer su propia jurisdicción universal, que no tenían regulada, como Alemania o Nueva Zelanda.

En todo caso, no hay que olvidar que la propia Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, se confirman los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nuremberg y por sus sentencias. Igualmente la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 que proclamaba la necesidad de una cooperación internacional en lo que respecta a la detección, arresto, extradición y castigo de los individuos culpables de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad.

Respecto a la doctrina, por ejemplo, la Resolución del *Institut de Droit International* sobre Jurisdicción Penal Universal respecto al crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, adoptada el 26 de agosto de 2005, reconoce que "la jurisdicción universal se base primariamente en el derecho internacional consuetudinario".

Hay quien ha considerado que la práctica de esta norma se está desarrollando sólo en la Europa Occidental y, por ende, no debe ser significativo de una práctica generalmente aceptada como derecho. Y esto, aparentemente puede ser verdad, como lo demuestran los diferentes casos

(60) *Ibidem*, pp. 3-4.

(61) Véase a este respecto la sección 51 de la ***UK International Criminal Court Act 2001***.

que se llevan a cabo en España, Francia (62), Bélgica, Reino Unido, Países Bajos (63). Y, además, puede ser verdad que todos los casos abiertos ante las distintas jurisdicciones han sido y están siendo complejos, porque entre otras cosas muestran novedades importantes respecto a los sistemas ordinarios penales. Sin embargo, como reconoce HUMAN RIGHT WATCH, cuando se produce la convergencia del derecho apropiado, recursos adecuados, actuaciones institucionales y deseo político, los casos son exitosos (64).

Ahora bien, esto, como he dicho, es una apariencia porque, si bien es verdad que es en el mundo jurídico europeo en el que se produce la mayor parte de los casos en los que se podría invocar el ejercicio de la jurisdicción universal, muchos otros Estados del mundo contribuyen a este ejercicio, como, por ejemplo México, en el caso de Manuel Cavallo, extraditado a España por crímenes contra la humanidad, o Afganistán que permitió que funcionarios británicos de la policía investigaran en su territorio la comisión de crímenes contra la humanidad, o los casos de Ghana, Chad, Togo o Guatemala que permitieron que oficiales belgas investigaran crímenes sometidos a la jurisdicción universal en su propio territorio (65). De hecho, la organización africana AFRICA LEGAL AID apoya totalmente esta idea (66).

Por tanto, habría que señalar que la aplicación de la jurisdicción universal, además de las múltiples contemplaciones que pueden deducirse de los distintos instrumentos jurídicos, supone una norma de carácter consuetudinario que se ha trasladado a los ámbitos del ordenamiento interno de numerosos Estados, entre ellos España. Esto indica una práctica, sin embargo, la práctica, en estos casos, no tienen tanta importancia. Como dice el Dr. Derek SMITH, "cuando estamos ante normas con un fuerte

(62) STERN, Brigitte : ***La Competénce Universelle en France – le Cas des Crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda***, en *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1997, p. 280 y ss.

(63) Para ver la práctica del ejercicio de la jurisdicción universal en toda Europa, véase HUMAN RIGHST WATCH: ***Universal Jurisdiction in Europe, The State of the Art***, vol. 18, nº 5 (D), june 2006.

(64) *Ibidem*.

(65) Todos estos casos están perfectamente documentados en el citado informe de HUMAN RIGHTS WATCH.

(66) AFRICA LEGAL AID: ***Preliminary Draft of the Cairo Guiding Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Violations of Human Rights Offences: An African Perspective***, en http://www.afla.unimaas.nl/en/act/univjurisd/preliminaryprinciples.htm, 2001.

componente moral y que son fundamentales para la comunidad internacional, el ejercicio de la práctica tiene menos importancia que la convicción general de los Estados en la formación del Derecho Internacional general" (67). Y el que las normas afectadas por crímenes sujetos a jurisdicción universal son normas de ius cogens parece fuera de toda duda (68).

Estoy de acuerdo con Giulia PINZAUTI, cuando considera que basta la existencia de una norma internacional, en este caso consuetudinaria, que establezca la jurisdicción universal, para que un tribunal interno no pueda ser acusado de actuar *ultra vires* (69). No le falta razón, en mi opinión personal, que ya he manifestado. Una cosa es falta de competencia de un tribunal interno específico y otra la falta de jurisdicción.

No es cuestionable el principio de jurisdicción universal alegando la incompetencia de los jueces de un Estado por hechos cometidos en periodos de conflicto armado que puedan calificarse de internos. El propio Tribunal para la Ex Yugoslavia, en el CASO TADIC, recuerda que:

> "el Derecho Internacional consuetudinario impone responsabilidad criminal por serias violaciones del art. 3 común, tal como resulta complementado por otros principios generales y reglas sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos" (70).

Precisamente en eso consiste la aplicación del principio de jurisdicción universal, que no sólo es una regla convencional contemplada en múltiples Tratados internacionales tal como se ha deducido, sino que responde a una *opinio iuris* muy consolidada (71).

(67) SMITH, Derek C.: ***La prohibición de la tortura como norma de ius cogens internacional***, Tesis Doctoral defendida en la Universidad de Sevilla, en la primavera de 1998, mimeo, p. 131.

(68) RANDALL, Kennett: ***Universal Jurisdiccion under International Law,*** en Texas Law Review, vol. 66, 1988, pp. 831-832. Ver también BASSIOUNI, Cheriff: ***Crimes against Humanity in International Law***, Martinus Nihoff, Boston-Leiden, 1992, pp. 489-495.

(69) PINZAUTI, Giulia: ***An Instance of Reasonable Universality,*** en *Journal of International Criminal Justice*, vol.3, nº 5, 2005, pp.1092-1105.

(70) CASO IT-94-I-AR72, ***Decision on the defense notion for interlocutory appeal on jurisdiction, de 2 de octubre de 1995***, parr. 132, pp. 69-70.

(71) Ver en este sentido GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo: ***El Derecho Internacional Humanitario y los conflictos internos (Aprovechando el Asunto TADIC)***, en *Revista Española de Derecho Militar*, julio-diciembre, 1996, nº 68, pp. 13 y ss., en especial pp. 32 y ss.

De hecho, la base jurídica que argumentó Israel para el enjuiciamiento del Sr. Eichmann, oficial nazi que perpetró crímenes internacionales durante la Segunda Guerra Mundial (72) fue la de la jurisdicción universal. La base que señalaría el Tribunal israelí, lo fundamentaba con las siguientes palabras:

> El "derecho para castigar" al acusado por el Estado de Israel surge ... de dos fuentes acumulativas: una fuente universal (perteneciente a la humanidad toda) que inviste al derecho a enjuiciar y castigar crímenes de este género en cualquier Estado de la familia de Naciones; y una fuente nacional específica que autoriza a la Nación víctima juzgar a cualquiera que ataque a su existencia" (73).

Es más, no se cuestiona ni siquiera la existencia o no del Estado de Israel en el momento de la comisión de los delitos. En este sentido, el Tribunal israelí ignoró hasta las obligaciones convencionales, centrando la base de su argumentación en el derecho consuetudinario. Así, dijo: "Israel tiene la facultad [...] en calidad de guardián del Derecho internacional y agente para su implementación, para enjuiciar al apelante. Siendo éste el caso, ninguna importancia ata al hecho de que el Estado de Israel no existía cuando los crímenes fueron perpetrados" (74).

En el CASO DEMJANJUK CONTRA PETROVSKI, el Tribunal de Apelaciones itinerante de los Estados Unidos, en 1985 (75), decidió aceptar la extradición solicitada por Israel de un guardián de un campo de concentración nazi, basándose también en el principio de jurisdicción universal, a pesar de que el crimen no había sido cometido ni en territorio de los Estados Unidos ni de Israel, ni por ciudadanos israelíes ni contra ciudadanos israelíes.

(72) Para conocer las circunstancias del caso, véase FAWCETT, J.E.: ***The Eichmann Case,*** en *British Yearbook of International Law*, 1962, vol. 38, pp. 181 y ss.; y SCHWARZENBERGER, G.: ***The Eichmann judgement,*** en *Current Legal Problems*, 1962, vol. 15, pp. 248 y ss.

(73) Caso ***Attorney General of Israel v. Eichmann*** (1st. Dist. Ct.- Jerusalem, 1961), en *International Law Report* vol. 36, p. 39.

(74) Caso ***Attorney General of Israel v. Eichmann*** (1st. Dist. Ct.- Jerusalem, 1961), en *International Law Report* vol. 36, p. 304.

(75) ***Demjanjuk versus Petrovsky,*** 776 F., Second 571, 6th Circ. 1985, cert. Denied, 475, U.S. 1016, 1986.

Este caso fue citado en la apelación del Caso Pinochet, ante la Cámara de los Lores, donde el Lord Browne-Wilkinson decía: "La naturaleza de *jus cogens* del crimen internacional de tortura justifica que los estados asuman jurisdicción para la tortura donde sea que esta haya sido cometida. La ley internacional prevé que las ofensas al jus cogens pueden ser castigadas por cualquier estado ya que sus ofensores son enemigos comunes de la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su detención y enjuiciamiento" (76).

El famoso CASO FILARTIGA, entre otros, supuso una confirmación dado que un Tribunal Federal norteamericano juzgó al Sr. Filartiga, antiguo miembro de la policía política paraguaya, a pesar de que los delitos no habían sido cometidos en territorio de los Estados Unidos ni había implicado ciudadanos norteamericanos (77).

Por tanto, la jurisdicción universal, como principio, ha sido suficientemente invocado para que los Estados hayan ido construyéndolo como parte del *corpus iuris* del Derecho Internacional, y no sólo por Estados europeo-occidentales (78).

Ahora bien, la mayoría de las normas internas respecto a la jurisdicción universal recogen la obligación convencional y, por lo tanto, se presume, si no se menciona expresamente, la exigencia del principio de territorialidad.

Sin embargo, esto está cambiando y ya hay muchas normas internas que permiten el ejercicio de la jurisdicción universal, sin necesidad de vincularlo a tratados internacionales. Algunas porque hacen referencia a delitos concretos, como el Código Penal austriaco (79), la Ley Orgánica del Poder Judicial española (que señala algunos delitos, diciendo que además de otros contemplados en tratados vinculantes para España), el

(76) Véase este caso en *International Legal Material*,nº 38, pág. 589.

(77) Filartiga versus Pena-Irala, 630 F., Second 876, 881-883, Second Circ., 1980.

(78) Hubo un primer caso en el continente africano en el que se invocó la jurisdicción universal que fue en Senegal. Para ver este ordenamniento jurídico al respecto, véase: CISSÉ, Abdoullah: ***Droit sénégalais,*** en CASSESE, Antonio et DELMAS-MARTY, Mireille (Eds): ***Juridictions nationales et crimes internationaux,*** Press Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 437 y ss.

(79) Véase un caso ante los tribuanles austriacos sobre la competencia en materia de jurisdicción universal en MARSCHIK, Axel: ***The Politics of Prosecution: European National Approaches to War Crimes***, en MCCORMACK, Timothy L.H. & SIMPSON, Gerry J. (eds): ***The Law of War Crimes, National and International Approaches***, Kluwer, The Netherlands, 1997, pp. 79-81.

modelo bielorruso (parecido al español), el modelo belga (80), el canadiense (81), el danés (82).

Otras porque expresamente mencionan este tipo de jurisdicción al hacer referencia a las normas generales de la misma, como el caso de Croacia (83), o el Código Penal Hondureño (84), o el Código Penal Etiope (85), o el Código Penal Finlandés (86), o el Código Penal de Tayikistán (87).

Ahora bien, el que se reconozca el principio de jurisdicción universal sólo para algunos crímenes no quiere decir que el principio no sea aplicable a otros crímenes (88). No puede haber contradicción entre las normas internas y las internacionales, porque de haberlas, se podría generar la responsabilidad internacional. Con ello quiero decir que es deseable que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, puedan establecer la jurisdicción universal para algunos crímenes, pero si hay otros crímenes que, a nivel internacional, le son de aplicación la jurisdicción universal, los Estados no pueden ampararse en esta circunstancia de orden interno para violar una norma convencional internacional (89). Esto ha hecho que RODRÍGUEZ-VILLASANTE haya reconocido que en el Título XXIV

(80) Ver la ***Loi relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions, 16 June 1993,*** en Moniteur Belge, 5 August 1993.

(81) Véase el caso ***Regina v. Finta, Supreme Court of Canada, 24 March 1994***. Este caso fue comentado por COTLER, Irwin, en el *American Journal of International Law*, nº 90, 1996, p. 460.

(82) Véase ***Prosecution v. Refik Saric, Supreme Court of Denmark, 15 August 1995,*** en *Ugeskrift for Retsvaesen* 195, 838.

(83) "... provisions of international law and international treaties or intergovernmental agreements"

(84)"... o cuando los principios de derecho internacional permitan a los tribunales ejercer tal jurisdicción".

(85) "Any person who has committed in foreign country: a) an offence against international law or an international offence specified in Ethiopian legislation, or an international treaty or a convention to which Ethiopia has adhered (...) shall be liable to trial in Ethiopia in accordance with the provisions of this Code".

(86) ...is based on an international agreement binding on Finland or on another statute or regulation internationally binding on Finland".

(87) "... a) they have committed a crime provided for by the rules of international law recognized by the Republic of Tajiskistan or by international treaties and agreements".

(88) Sobre los crímenes contra la humanidad, véase PEYRO LLOPIS, Ana: ***La competence universelle en matière de crimes contre l'humanité,*** Bruylant, Bruiselas, 2003.

(89) En este sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 es contundente: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificaicón del incumplimiento de un tratado".

del nuevo Código Penal español que recoge la incriminación de los delitos contra la comunidad internacional, "no están todos los que son", aunque ciertamente "son todos los que están" (90).

Por último, en el análisis de la naturaleza de norma general de la jurisdicción universal, hay que recordar que se está abriendo paso, como ya he señalado en la introducción, la dicotomía que hay en el derecho interno entre jurisdicción penal y jurisdicción civil (91), lo que puede contribuir a consolidar a la norma pero, también puede confundirla.

En palabras de TORO HUERTA, "la jurisdicción universal en materia civil supone que los tribunales nacionales están facultados para conocer de violaciones a los derechos internacionalmente reconocidos sin que para ello se requiera algún vínculo con el Estado del foro, salvo la presencia física del demandado (jurisdicción universal condicionada) o la existencia de una base de jurisdicción personal mínima que garantice un debido proceso (*minimum contacts doctrine*)" (92). En todo caso, como sigue manifestando el citado Profesor, "la jurisdicción universal en materia civil no está relacionada propiamente con el deber de justicia penal relativo a la investigación y sanción de los crímenes internacionales ni con el ejercicio de la jurisdicción universal en materia penal, aunque si se encuentra relacionada con el derecho de las víctimas a una adecuada reparación y con el derecho a la verdad" (93).

La crítica a estos aspectos civiles es que se están desarrollando en tribunales internos norteamericanos y pueden servir como instrumentos de reparación pero también de olvido. En estos casos donde están envueltos

(90) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: ***Protección penal de las víctimas de la guerra en el Código penal español de 1995. Garantía del respeto de los derechos en caso de conflicto armado,*** en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* julio de 1998, nº 9, p. 230.

(91) En este último año, por ejemplo, véasen tres aportaciones doctrinales, en distintos idiomas. Así, DONOVAN, Donald Francis & ROBERTS, Anthea: ***The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction***, en *American Journal of International Law,* vol. 100, 2006, pp. 142-164; FLAUSS, Jean-François: ***Compétence civile universelle et droit international général,*** en TOMUSCHAT, Christian & THOUVENIN, Jean-Marc (Eds.): ***The Fundamental Rules of International Legal Order. Ius cogens and Obligations Erga Onmnes,*** Martinus Nihjoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, pp. 385-415; y TORO HUERTA, Mauricio Iván del: ***La Jurisdicción Universal en materia civil y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos,*** en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* vol. VII, 2007, pp. 315-349.

(92) TORO HUERTAS, Mauricio Iván del: *op. cit.*, p. 325.

(93) *Ibidem*, p. 326.

violaciones graves de derechos humanos no conviene ceñirse sólo a indemnizaciones, porque el concepto de la reparación, en Derecho Internacional es mucho más amplio. Tampoco bastaría la represión penal, tal como se entiende en el derecho interno. Es algo más. En Derecho Internacional es la garantía de que no vuelva a suceder, la condena moral de toda la sociedad y la recuperación de la dignidad humana, como valor absoluto.

De hecho, el *Institut de Droit International*, en su sesión de Cracovia de 2005, decidió no estudiar conjuntamente ambas instituciones, por considerarlas de naturaleza distintas (94).

Esta cuestión ha llegado, incluso, a la Corte Internacional de Justicia. Los magistrados que se separaron de la opinión de la Corte en el Caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo contra Bélgica), HIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL, consideraron que esta jurisdicción civil universal no tiene la base de la aceptación general de los Estados. Es más su utilización por los Estados Unidos fue calificada como "ejercicio unilateral de la función de guardián de los valores internacionales" (95).

Por su parte, el principio número 1 de los Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal considera a ésta como jurisdicción penal, con lo que está explícitamente excluyendo la civil (96).

C.- EL ESTABLECIMIENTO JURÍDICO-INTERNACIONAL CONVENCIO-NAL DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL.-

En el plano convencional se han ido firmando Tratados Internacionales que no sólo sancionaban conductas criminales contra la humanidad sino

(94) Véase *Institute of International Law,* vol.71, part I, session of Krakow, 2005, first part, preparatory work, pp. 213 y ss.

(95) De hecho las palabras utilizadas por los Magistrados en este contexto fueron las siguientes: "While this unilateral exercise of the function of guardian of international values has been much commented on, it has not attracted the approbation of States generally". Véase ***CASE ARREST WARRANT OF 11 APRIL 2000 (DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO v. BELGIUM), Judgment of 14 february 2002***, *Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, par. 48, p. 12.

(96) http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf

que establecen como principio general en todas ellas el de una posible jurisdicción universal, al establecer la obligación de juzgar o extraditar y no excluir cualquier jurisdicción penal. Por tanto, el corolario de esta obligación *aut dedere aut judicare* y el de no excluir ninguna otra jurisdicción penal es la posibilidad convencional de utilizar la jurisdicción universal. El elenco es muy variado.

Por ejemplo, en el marco de los conflictos armados, los cuatro Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario de 12 de agosto de 1949 (97) y su Protocolo Adicional I (98), el Convenio de La Haya sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de 14 de mayo de 1954 (99) y su Protocolo Adicional Segundo de 26 de marzo de 1999 (100) o la Convenio internacional contra el reclutamiento, la utilización , la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 4 de diciembre de 1989 (101) donde se establece la jurisdicción universal que hemos tenido ocasión de señalar.

Este principio de la jurisdicción universal viene recogido en las 4 Convenciones de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario. Es en este cuerpo de derecho donde se refleja de forma explícita este principio. Así, el artículo 49 del I Convenio, por ejemplo, dice textualmente:

> "...Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado cargos suficientes..." (102).

Como puede observarse el alcance de esta obligación no se limita al

(97) BOE de 23 de agosto de 1952 (I), de 26 de agosto de 1952 (II), de 5 de septiembre de 1952 y de 2 de septiembre de 1952 (IV).

(98) BOE de 26 de julio de 1989. El Protocolo II no contempla sanciones penales.

(99) BOE de 24 de noviembre de 1960.

(100) BOE de 30 de marzo de 2004.

(101) No está aun ratificado por España. Su texto puede verse en http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMHY .

(102) Esta disposición se recoge igualmente en el art. 50 del II Convenio, en el art. 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio.

principio *aut dedere aut judicare* sino que va más allá y contempla la jurisdicción universal plena.

Además de esta cuestión, no hay que olvidar que el 26 de noviembre de 1968 se firmó la **Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad,** que si bien no ha sido ampliamente ratificada (España no ha procedido ni tan siquiera a firmarla) (103), la práctica demuestra que es considerada como derecho consuetudinario. Prueba de ello lo dan los constantes juicios que se producen todavía contra crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial o en situaciones posteriores (104) y contra los que nunca cabe la excepción de incompetencia *ratione temporis* y tampoco la excepción *rationae personae* o *ratione loci*.

En este sentido, el Tribunal de Casación francés que juzgó el caso Klaus Barbi, en su sentencia de 20 de diciembre de 1985 (105) consideró los crímenes contra la humanidad como imprescriptibles, por lo que se consideró competente para enjuiciar los hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial (106). Igualmente sucedió cuando una televisión norteamericana descubrió a Erick Priebke el 9 de mayo de 1994, viviendo en Bariloche, Argentina. Italia solicitó su extradición, inculpándole de la represalia llevada a cabo el 24 de marzo de 1944 cuando detuvo, junto a Karl Hass, a 335 personas y las fusilaron en la Via Ardeatina, de Roma. Priebke y Hass fueron condenados a cadena perpetua por el Tribunal Militar de Roma, el 7 de marzo de 1998.

Por su parte, el Protocolo Adicional I a los cuatro Convenios de Ginebra señala en su artículo 86 que:

(103) En la actualidad tiene 45 Estados Partes.

(104) Recuérdese el Caso Klaus Barbi, en Francia o el Caso de la matanza de las fosas Ardeatinas, en Italia, por lo que las autoridades judiciales francesas e italianas respectivamente condenan a Barbi, y a Erick Priebke y Karl Hass, en 1985 y 1998 respectivamente por hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Valga también como muestra los procedimientos que se llevan a cabo actualmente en España contra Videla o Pinochet, por los hechos ocurridos en los años 70 y 80.

(105) Esta sentencia puede verse publicada en el *Journal de Droit International*, 1986, pp. 129-142.

(106) Para un estudio más detallado de las circunstancias que tuvo en cuenta el Tribunal, véase el estudio de WEXLER, L.S.: ***The interpretation of the Nüremberg Principles by the Frech Court of Cassation: From Touvier to Barbi and back again***, en *Columbia Journal ofInternational Law*, vol. 32, 1994.

"Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar".

Por tanto, habla de una obligación de Las Altas Partes contratantes, más allá de que sean Partes en el conflicto, esto es, la obligación de "reprimir" y "adoptar todas las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones... que resulten del incumplimiento de un deber de actuar" de cualquier Estado Parte.

El artículo 88 del mismo Protocolo obliga a la Altas Partes Contratantes a prestarse "la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo" y, "en todos los casos, será aplicable la ley de la Alta Parte Contratante requerida. No obstante, las disposiciones de los párrafos precedentes no afectarán a las obligaciones que emanen de las disposiciones contenidas en cualquier otro tratado de carácter bilateral o multilateral que rija o haya de regir, total o parcialmente, en el ámbito de la asistencia mutua judicial en materia penal".

En el marco de las infracciones graves contra el patrimonio cultural en periodos de conflicto armado, el artículo 16-2° del Protocolo Adicional Segundo de 26 de marzo de 1999, a la Convenio de La Haya sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado de 14 de mayo de 1954 indica lo siguiente:

"2. Con respecto al ejercicio de la jurisdicción, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 28 de la Convención:

a) el presente Protocolo no excluye que se pueda incurrir en responsabilidad penal individual ni que se ejerza la jurisdicción en virtud del derecho nacional e internacional aplicable, y tampoco afecta al ejercicio de la jurisdicción en virtud del derecho internacional consuetudinario".

Si nos fijamos bien, habla del *ejercicio de jurisdicción en virtud del derecho internacional aplicable o del derecho internacional consuetudinario,* que no puede ser otra que la jurisdicción universal.

Por último, el artículo 9 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización , la financiación y el entrenamiento de mercenarios de 4 de diciembre de 1989, señala claramente que "La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno". Por tanto, está admitiendo la jurisdicción universal con tal de que esté admitida en el derecho interno.

Obviamente en todos estos Tratados internacionales y en los que veremos más adelante hay una identificación entre jurisdicción y competencia jurisdiccional. Yo creo que se están refiriendo a la competencia jurisdiccional.

En otro marco penal, y sin ánimo de ser exhaustivos, nos podemos encontrar con el Convenio de Tokio sobre infracciones u otros actos cometidos a bordo de aeronaves de 14 de septiembre de 1963 (107), en su artículo 3.3, "no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales", al igual que el artículo 4-3° de la Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970 (108) o el artículo 5-3° del Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 23 de septiembre de 1971(109) o el artículo 3-3° de la Convención de Nueva York sobre la prevención y el castigo de delito contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 14 de diciembre de 1973 (110) o el art. 5-3° de la Convención de Nueva York sobre la toma de rehenes de 17 de diciembre de 1973 (111) o el art. 6-5° del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 10 de marzo de 1988 (112) o el artículo 5-3° de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de 10 de diciembre de 1984 (113) o en el artículo 6-2° del Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977 (114).

(107) BOE de 25 de diciembre de 1969.
(108) BOE de 15 de enero de 1973.
(109) BOE de 10 de enero de 1974.
(110) BOE de 7 de febrero de 1986.
(111) BOE de 7de julio de 1984.
(112) BOE de 24 de abril de 1992.
(113) BOE de 9 de noviembre de 1987.
(114) BOE de 8 de octubre de 1980.

Es verdad que en ninguna de estas convenciones internacionales se hace mención expresa del principio de jurisdicción universal pero de sus respectivos textos podemos deducir la imposición del principio *aut dedere aut judicare*, la preferencia de jurisdicciones en relación al lugar de la comisión del delito, de la nacionalidad del delincuente o del lugar de la detención, y la referencia a cualquier otra jurisdicción penal, por tanto, en mi opinión estamos hablando de la jurisdicción universal, es decir, de la posibilidad de que una persona pueda ser juzgada por cualquier Estado por crímenes de Derecho Internacional cometidos en el extranjero, contra nacionales o incluso contra extranjeros (115). Esta es una opinión mayoritaria también de la doctrina, tanto española (116) como extranjera (117).

Es más, se han dado casos en lo que se analiza no es el derecho del Estado a la jurisdicción universal, sino la obligación *aut dedere aut judicare*, aunque no esté formalmente recogida en un tratado. Me explico, el Tribunal Constitucional Alemán, en un caso donde se trataba de interpretar el artículo 7 de la Convención contra el genocidio, que establece que "A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos. Las Partes contratantes se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes", y refiriéndose a este artículo manifestó la obligación absoluta de Alemania de extraditar o enjuiciar. De esta forma dijo que la "República Federal de Alemania estaría obligada a cumplir con una petición de extradición de Bosnia-Herzegovina" (118).

Es verdad que estamos hablando de normas convencionales pero el Prof. SÁNCHEZ LEGIDO ha elaborado un riguroso estudio sobre el grado de consenso que se puede percibir respecto a las partes convencionales para determinar si es posible afirmar la presencia del principio de jurisdicción universal, en el Derecho Interncional general. Su conclusión es que hay "signos que apuntan a la existencia de un consenso general, a favor de la jurisdicción universal, únicamente respecto de las infracciones graves previstas en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I, la tortura, la trata de seres humanos, el narcotráfico y los delitos contra la seguridad de la navegación aérea" (119).

No estoy completamente de acuerdo con el Prof. SÁNCHEZ LEGIDO en este aspecto, aunque comprendo sus fundamentos. Nada que decir respecto a los crímenes de guerra (más aun cuando estos se convierten en crímenes contra la humanidad), respecto a la tortura o los delitos contra la navegación aérea (yo incluiría también la marítima). Sin embargo, creo que no está demostrado que el narcotráfico pueda ser considerado como un crimen de derecho internacional para el que puede ejercerse la jurisdicción universal y, se olvida, además del genocidio y de otros delitos conexos con el terrorismo, que a día de hoy no podrían excluirse.

La base de la jurisdicción universal, pues, ni siquiera para los crímenes convencionalmente establecidos tiene por qué ser exclusivamente convencional para los crímenes reconocidos en estos tratados internacionales. Hoy día, no, podría mantenerse que el crimen de genocidio no es susceptible de aplicarle el principio de jurisdicción universal por el hecho de que convencionalmente no esté previsto.

Igualmente sucede con la tortura, por ejemplo. Es más, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, al respecto, ha asegurado que "una de las consecuencias del carácter de *ius cogens* reconocido por la comunidad internacional sobre la prohibición de la tortura es que todo Estado está facultado para investigar, procesar y sancionar o extraditar personas acusadas de tortura, que estén presentes en el territorio de su jurisdicción (...). Esta base legal para la jurisdicción universal de los Estados para que cualquier Estado pueda encontrar jurisdicción sobre los

(115) El ***Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*** de 21 de marzo de 1950 si establece por primera vez de forma más clara el principio de la jurisdicción universal.

(116) Entre ellos, véanse ABELLÁN HONRUBIA, Victoria: ***La responsabilité internationale de l'individu,*** en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, vol. 280, 1999, p. 373; REMIRO BROTONS, Antonio: ***El caso Pinochet. Los límites de la impunidad,*** Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 56.

(117) Basta fijarse en la Opiniones separadas de los Magistrados BUERGENTHAL, KOOIJMANS y HIGGINS, en el ***Caso Relativo a la Orden de Arresto de Bélgica contra el Ministro congoleño de Asuntos Exteriores, sentencia de 14 de febrero de 2001.***

(118) BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2000), "BVerfG, 2 BvR 1290/99 von 12.12.2000", 82. (http://www.bverfg.de/entscheidungen/frames /2000/12/12).

(119) SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel: *op. cit.*, p. 84.

casos de tortura se encuentra en el hecho del carácter inherentemente universal del crimen" (120).

En este sentido, KAMMINGA reconoce que, incluso, por ejemplo, "los Estados no partes en la Convención contra la Tortura tienen derecho, aunque no están obligados, al ejercicio de la jurisdicción universal respecto a la tortura sobre la base del derecho consuetudinario. . . Los autores que hayan cometido actos de tortura en Estados que no son partes de la Convención contra la Tortura pueden ser llevados ante un tribunal en cualquier lugar del mundo sobre la base de la jurisdicción universal" (121).

D.- LA PRÁCTICA ESPAÑOLA COMO PARADIGMA DE LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y DE SUS DIFICULTADES.

Para ilustrar cuanto vengo diciendo sobre la jurisdicción universal, voy a hacer referencia a España, debido a las repercusiones que están teniendo los procesamientos que se han iniciado en la Audiencia Nacional contra los responsables de Argentina, Chile, Guatemala, China, etc. durante el periodo en que se violaron gravemente los derechos humanos y las

(120) Traducción libre de la siguiente fuente directa ". . . at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty-making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime", en *Prosecutor v. Furundñija*, Judgement, Case No. IT-95-17/1-T (Trial Chamber, 10 December 1998), para. 156.

(121) KAMMINGA, Menno T.: ***Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences,*** Committee on International Rights Law and Practice, International Law Association, London Conference 2000 *(Final ILA Report)*, p. 8 . Se trata de una traducción personal del siguiente parágrafo: "States not parties to the Convention against Torture are entitled, but not obliged, to exercise universal jurisdiction in respect of torture on the basis of customary law. . . . Perpetrators of torture committed in states that are not parties to the Convention against Torture may therefore be brought to trial elsewhere on the basis of universal jurisdiction."

libertades fundamentales en aquellos países, sin que se diera satisfacción a las víctimas.

Si el Código Penal Militar español (122) recogía ya la incriminación de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario como el homicidio intencional, la tortura, incluyendo los experimentos biológicos, los ataques indiscriminados contra la población civil, etc., el nuevo Código Penal Común (123), dedica el título XXIV a los delitos contra la comunidad internacional, entre los que señala los delitos contra personas protegidas, los delitos de genocidio, o los de las víctimas de los conflictos armados.

En realidad España no hace más que cumplir con sus obligaciones internacionales, en el sentido de que se había comprometido a imponer penas por delitos tipificados internacionalmente en numerosos Convenios de los que España forma parte. Son, pues, obligaciones convencionales.

Los crímenes que recoge nuestro Código Penal son los delitos contra el Derecho de Gentes, es decir el magnicidio o cualquier delito de lesiones o actos contra las personas o lo locales internacionalmente protegidos, como Jefes del Estados, de Gobierno, Ministros, Diplomáticos acreditados, etc.; los delitos de genocidio; y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Sin ánimo de entrar a analizar este articulado del Código Penal español, en consonancia con todo el ordenamiento jurídico si merece la pena destacar una dimensión importantísima como es el principio de la jurisdicción universal que España acepta no sólo en los numerosos Tratados Internacionales de los que forma parte, sino como principio y que, de forma expresa, recoge el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de junio. Así, la jurisdicción española podrá conocer de hechos delictivos cometidos por extranjeros en el extranjero, en el

(122) Ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.

(123) Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE de 24 de noviembre de 1995. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: ***Protección penal de las víctimas de la guerra en el Código penal español de 1995. Garantía del respeto de los derechos en caso de conflicto armado,*** en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* julio de 1998, nº 9, pp. 223 y ss.

caso de genocidio (124) (art. 607 del Código Penal) o de apoderamiento ilícito de aeronaves (arts. 39 y 40 de la Ley 29/1964, Penal y Procesal de la Navegación Aérea).

Vemos, pues, como en estos delitos, la jurisdicción española es muy amplia, sin basarse exclusivamente en normas convencionales, aceptando la jurisdicción universal.

Igualmente podrá conocer de delitos causados en el extranjero, por extranjeros contra bienes, derechos o intereses de un nacional español, recogiéndose de forma expresa (art. 23.4 LOPJ) el delito de terrorismo y el de tortura.

Aquí exige el elemento de la conexión con un nacional español como víctima.

La actividad gubernamental española viene considerando, en la teoría, la globalización del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, pero ello no se acompaña de la práctica porque, a veces, su acción diplomática, sus instrucciones a los fiscales y sus discursos políticos se dirigen exclusivamente a la protección de los derechos humanos cuando han sido conculcados a alguno de sus ciudadanos y si estos no tiene graves repercusiones diplomáticas porque cuando las tiene, tampoco. Léase el caso Carmelo Soria en Chile u otros. En el caso Carmelo Soria, por ejemplo, el Gobierno español ha venido manteniendo negociaciones con el de Chile desde mediados de 1996 para tratar de obtener una "reparación moral" (125).

Afortunadamente los Estados no son sólo los gobiernos. Por ello, la independencia del poder judicial, en las sociedad democráticas, permite que haya jueces sensibilizados con estas cuestiones e incriminen a extranjeros, por crímenes internacionales cometidos en el extranjero, contra nacionales o no, si esos crímenes son de Derecho Internacional.

(124) Recordemos que, en puridad, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, del que España forma parte, no recoge el principio *aut dedere aut judicare*, luego España, convencionalmente hablando, no está obligada a recoger este principio en su ordenamiento interno.

(125) Ver en este sentido FERRER LLORET, Jaume: ***Impunity in cases of serious human rights violations: Argentina and Chile***, en *Spanish Yearbook of International Law*, 1996, pp. 3 y ss.

Es el caso de las actuaciones y procesamientos llevados a cabo en el seno de la Audiencia Nacional por los crímenes internacionales cometidos en Argentina, Chile, Guatemala, China, etc.

Los jueces de la Audiencia Nacional han venido instruyendo varios procesos contra Pinochet (126) y contra militares argentinos (127), a pesar de las leyes internas de obediencia debida o de amnistías (128). Sin duda, fue la detención de Pinochet en Londres, como consecuencia de la orden de búsqueda y captura cursada a la Interpol por el juez García Castellón que se inhibió a favor del juez Garzón por las conexiones de los delitos, a través de la *Operación Cóndor* (129), la que más interés ha despertado.

Es verdad que la Audiencia Nacional española dictó el 19 de abril de 2005 una sentencia contra el ex oficial de la marina argentina Adolfo Scilingo (130), condenándolo a 640 años de prisión por delitos de lesa humanidad cometidos durante el último gobierno militar argentino (1976-1983). En realidad, a pesar del ruido, era la primera sentencia que condenaba a un extranjero, por delitos cometidos en el extranjero contra extranjeros, aplicando el principio de jurisdicción universal.

Ahora bien, esta sentencia ha encontrado ecos distintos en la doctrina, como, por ejemplo, TOMUSCHAT, quien considera que la base o el fundamento no es la jurisdicción universal, tal como alega la propia sentencia. En opinión de TOMUSCHAT, los actos cometidos por Scilingo ni eran actos de genocidio ni de terrorismo, sino de crímenes contra la humanidad para los que la ley nacional española no establece este tipo de jurisdicción. La única argumentación posible de la Audiencia Nacional era la de la presencia del condenado en suelo español, quien había llegado a

(126) Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1998 y Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional, de 5 de noviembre de 1998.

(127) Véanse los casos de los militares argentinos Ricardo Miguel Caballo y Adolfo Scilingo (Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005).

(128) No olvidemos que el Tribunal Supremo argentino, en el Caso SIMON, de 14 de junio de 2005, declaró inconstitucional las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final.

(129) Para conocer el origen de las imputaciones y el seguimiento procedimental, véase GONZÁLEZ VEGA, Javier A.: ***La Audiencia Nacional contra la impunidad: los "desapareecidos" españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos***, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, vol. XLIX, nº1, pp. 285 y ss.

(130) GIL GIL, Alicia: ***The Flaws of the Scilingo Judgement***, en *Journal of International Criminal Justice*, vol.3, nº 5, 2005, pp.1082-1091.

España para declarar en otro procedimiento abierto por los vuelos de la muerte (131).

No obstante, independientemente de estos casos, yo sólo voy a referirme a dos casos en los que ha habido pronunciamientos expresos sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción universal que es lo que aquí me interesa resaltar. Se trata del Caso Guatemala en cuyo recorrido judicial se ha podido comprobar las enormes dificultades jurídicas habidas para la aceptación final y definitiva de la jurisdicción universal.

Rigoberta Menchú había presentado en 1999 un recurso, ante la jurisdicción española y, aunque menciona en su recurso el asalto a la Embajada española en Guatemala, en enero de 1980, donde murieron 3 españoles, uno de ellos con estatuto diplomático, el centro de su demanda es la investigación de asesinatos, torturas y detenciones ilegales cometidas durante la Presidencia de Romeo Lucas García y Efraín Ríos Montt.

El Juzgado Central de Instrucción n ° 5, por Auto de 27 de marzo de 2000 se declaró competente. El Ministerio Fiscal, recibiendo instrucciones del Gobierno, recurrió en reforma este auto ante el mismo juzgado, que fue desestimado por Auto de 27 de abril de 2000.

El Ministerio Fiscal, ante esta desestimación, recurre en apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, apelación que el Pleno de la Audiencia estima, por lo que declara improcedente que el Juzgado Central de Instrucción n° 5 pueda tener jurisdicción en este caso.

Esta decisión judicial de la Audiencia Nacional fue recurrida en casación por infracción de ley y precepto constitucional, ante el Tribunal Supremo quien se pronunció en la Sentencia de 25 de febrero de 2003.

¿Qué era, en realidad, lo que tenía que debatir el Tribunal Supremo? Si la norma contenida en el art. 23-4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya mencionada, tiene o no su fundamento en el principio de jurisdicción universal del Derecho Internacional.

El razonamiento del Tribunal Supremo alegó que este principio requiere la conexión de la nacionalidad de la víctima o del autor o de la presencia del acusado en territorio español por lo que no era posible establecer

(131) TOMUSCHAT, Christian: ***Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo case***, en *Journal of International Criminal Justice*, vol.3, n° 5, 2005, pp.1074-1081.

la extensión extraterritorial de la jurisdicción. Esta sentencia ha sido criticada, sobre todo, por la doctrina iusinternacionalista, en especial, la española.

Pues, bien, contra la sentencia del Tribunal Supremo se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español que, finalmente, adoptó la Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre (132)

Las conclusiones del Tribunal Constitucional español fueron las siguientes:

> "tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la Ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ".

Por tanto, el Tribunal Constitucional español consideró la prevalencia de la jurisdicción universal sobre la existencia o no de intereses españoles. En este sentido, como dice SANTOS VARA, "la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 tiene el mérito de poner fin a la incertidumbre en la que estaba inmerso el contenido y alcance de la aplicación extraterritorial del Derecho penal en relación con el genocidio y los crímenes contra la humanidad, tras las discrepancias

(132) Esta sentencia, obviamente, ha sido objeto de estudio por la doctrina iusinternacionalista española. Entre otros, véase PIGRAU SOLÉ, A.: ***A propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional , de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional,*** en *Revista Española de Derecho Internacional*, tomo 2, vol. LVII, 2005, págs. 893 a 911. También RUIZ MIGUEL, C. y BERMEJO GARCIA, R.: ***Una Sentencia incongruente, restrictiva e irresponsable (Nota a la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional)***, en *Revista Española de Derecho Internacional*, tomo 2, vol. LVII, 2005, págs. 911 a 924.

manifestadas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional a través de sus pronunciamientos, y pone también freno a los intentos de la Audiencia Nacional de introducir limitaciones en el ejercicio de su competencia para enjuiciar a los responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos que han tenido lugar fuera de nuestras fronteras" (133).

A raíz de estas actuaciones, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó en Pleno el 3 de noviembre de 2005 establecer las líneas de actuación al respecto, por lo que pronto se vio en la necesidad de admitir una querella, el 10 de enero de 2006 contra el ex-Presidente de China, el ex-Primer Ministro y otros contra el genocidio cometido contra el pueblo tibetano, sin que se mencione ningún interés directo español.

En este otro caso singular, España ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta doctrina del Tribunal Constitucional. Me refiero al Caso *Falun Gong*, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006.

El 3 de septiembre de 2004, 15 miembros del grupo *Falun Gong*, movimiento espiritual chino, convertido en un símbolo de la disidencia china tras los acontecimientos de la Palza de Tiananmen, presentaron una querella criminal contra Jia Qinglin, actual presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino (número 4 del régimen), junto a otros cuatro, Zhang Xiaoguang, Zang Sianlin, Dong Zongfong y Gao Kuixian, tras la ampliación de querella presentada el 30 de noviembre de 2004, por delitos de genocidio y terrorismo.

El Juzgado Central de Instrucción nº 2 dictó el Auto de 16 de septiembre de 2004 rechazando la querella criminal. Este Auto fue recurrido en reforma y fue nuevamente rechazado en Auto del mismo Juzgado de 8 de octubre de 2004. Este último fue recurrido en apelación e, igualmente, fue rechazado, en este caso por la Audiencia Nacional, en su Auto de 29 de abril de 2005. Este, a su vez, fue recurrido en casación ante el Tribunal Supremo, que se pronuncia acatando la doctrina del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala, por lo que ordena a la Audiencia Nacional a investigar el caso.

Es verdad que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 desarrolla toda una crítica a la doctrina de la aceptación de la jurisdicción universal pero que los magistrados se consideran vinculados por lo establecido por el Tribunal Constitucional, por lo que aceptan su doctrina.

(133) SANTOS VARA, Juan: ***La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala,*** en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 11, 2006, p. 20.

CONCLUSIONES.-

La jurisdicción universal emerge como principio jurídico específico del Derecho Internacional Penal, como corolario del principio general del derecho *Delicta puniri reipublicae interest* (El castigo de los delitos es de interés público), que en el marco del Derecho Internacional, este interés público es el de toda la comunidad internacional.

¿Cuál es, pues el fundamento de estas excepciones al principio de territorialidad que es el que establece la competencia de los tribunales nacionales? La respuesta es sencilla, el hecho de que el bien jurídico protegido es supranacional.

Hoy día nadie sostiene que la tortura o el genocidio o el terrorismo, en definitiva las violaciones graves, masivas y/o sistemáticas de los derechos humanos atentan contra víctimas individuales, sino contra una víctima colectiva: la comunidad internacional. Por tanto su incriminación no puede reducirse al estrecho territorio del Estado de la jurisdicción de la víctima, o del delincuente o de la comisión de los hechos, sino a todo el territorio del planeta.

La *ratio iuris* del principio se deduce del conjunto del sistema jurídico, que le da efectividad y legitimidad y que es independiente de la voluntad de los sujetos. Igualmente se induce de la actitud de los Estados en escenarios internacionales, o en sus propios ordenamientos jurídicos internos, así como de alguna jurisprudencia y de gran parte de la doctrina. Ha servido, pues, como *ratio decidendi* de numerosas normas internas y en numerosos casos judiciales.

El corolario de este principio en el marco convencional es la obligación *aut dedere aut judicare*, que se diferencia de su principio matriz, en que su naturaleza es una obligación de opción, mientras el principio matriz tiene naturaleza de derecho, sin alcanzar la obligatoriedad jurídica.

Este principio jurídico de la jurisdicción universal ha servido de base para que los Estados hayan comenzado un proceso de positivación de la norma, mediante el cual se ha incorporado al orden jurídico como normas consuetudinaria.

No se puede invocar que falta generalidad porque, lejos de lo que pudiera pensarse, la práctica va más allá de los Estados europeos occidentales. De hecho, hay ya experiencias directas en países africanos, iberoamericanos, asiáticos, etc., que se muestran de manera uniforme, en el sentido de aceptar la jurisdicción universal consuetudinaria contra crímenes de Derecho Internacional, cuando no hay otra opción para evitar la impunidad.

Estas manifestaciones jurídicas se perciben en las modificaciones e incorporaciones que se están haciendo en los ordenamientos jurídicos internos, en la aceptación de la cooperación por auxilio judicial o policial cuando se trata del ejercicio de esta jurisdicción por otros Estados, en la falta de objetores persistentes sobre la generalidad de la norma consuetudinaria, etc.

No puede argumentarse hechos aislados o falta de tiempo para la consagración de la norma porque la experiencia es muy larga, iniciada con los crímenes de guerra cometidos durante la II Guerra Mundial y continuada, ininterrumpidamente, durante los años 80, 90 y principios del siglo XXI, respecto al genocidio, los crímenes contra la humanidad, la tortura, etc. etc.

Obviamente la *opinio iuris* de esta norma está claramente determinada por la propia posición de los sujetos del derecho. Sus posiciones en las Organizaciones Internacionales, sus reformas de orden jurídico interno, sus intentos de limitación, construyen esa *opinio iuris*.

Un corolario del principio de la jurisdicción universal, que tiene naturaleza de derecho, es la obligación *aut dedere aut judicare*, que tiene naturaleza convencional, de obligación de opción. No pueden identificarse ambos principios porque, por ejemplo, el genocidio en el marco convencional no dispone de la obligación *aut dedere aut judicare*. Sin embargo, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, al no excluir ninguna otra jurisdicción, está implícitamente reconociendo la jurisdicción universal, independientemente de que como norma de ius

cogens, la prohibición del genocidio derive, igualmente, a la jurisdicción universal, por la vía consuetudinaria.

Es verdad que el Derecho Internacional ha tenido dificultades para precisar la naturaleza de la jurisdicción universal. Paradigma de ello han sido las enormes contradicciones habidas en los procesos abiertos en España por esta vía. Sin embargo, las dificultades lo único que a veces manifiestan es la resistencia de algunos Gobiernos, muchos de ellos por intereses propios, frente al de otros órganos del Estado, fundamentalmente los órganos judiciales.

Roma, 20 de marzo de 2007

LAS MEDIDAS CAUTELARES (PROVISIONALES) EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES. EL CASO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL MEDIO AMBIENTE

Héctor GROS ESPIELL *
Miembro del I.H.L.A.D.I.

I

1.- La posibilidad de pedir y de decidir la adopción de medidas cautelares para asegurar, garantizar y proteger, en lo inmediato, el o los derechos de la o las partes, eventualmente afectados, mientras dura un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, es algo necesario, inherente a la idea misma de la justicia a través de su realización procesal.

Es un extremo reconocido y regulado en prácticamente todos los sistemas procesales civilizados existentes en el Derecho Interno de los Estados que hoy integran la Comunidad Internacional (1).

Pero, además, la aparición y el desarrollo de sistemas jurisdiccionales internacionales y comunitarios, ha significado la recepción en estos sistemas del instituto de las medidas cautelares.

---

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Ex Juez y ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Miembro de l'Institut de Droit International. Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje. Ex Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay. Embajador del Uruguay en Francia y Delegado Permanente del Uruguay ante la UNESCO.

(1) Héctor Fix Zamudio, Prólogo al libro: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie E: Medidas Provisionales, N° 1, Compendio 1987 – 1996, San José, 1996, pág. V; Piero Calamandrei, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945; Videla Aranguren, Régimen Internacional de las Acciones Cautelares, Revista Argentina de Derecho Internacional, Buenos Aires, 1944; Eduardo J. Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3ª. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, págs. 321 - 327; Editorial .....Enrique Véscovi y ..... Morelos.....; Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° ..... Montevideo.....

Así encontramos su reconocimiento expreso en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, en la Convención Europea de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros muchos textos internacionales (2).

Hoy no se concibe un sistema procesal internacional que no prevea, regule y aplique, eventualmente, medidas cautelares.

2.- La bibliografía sobre el tema de las medidas cautelares en los procedimientos internacionales, es muy amplia.

Sin pretender exponerla ahora, creo que es útil destacar algunas de sus manifestaciones más importantes, señalando, sin perjuicio del punto que luego encararemos, el desarrollo que la cuestión ha tenido en las jurisdicciones dedicadas a la protección internacional de los Derechos Humanos, especialmente en el Sistema Interamericano (3).

II

3.- Las medidas conservatorias están previstas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 41) y en el Reglamento de la Corte (art. 73 – 78) (4). El texto inglés del Estatuto las denomina "provisional

(2) Héctor Fix Zamudio, Los Organismos Jurisdiccionales de Solución de Controversias Jurídicas Internacionales y Comunitarias, en Héctor Gros Espiell Amicorum Liber, Bruylant, Bruxelles, 1997, Tomo I.

(3) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie E: Medidas Provisionales, 4 volúmenes, San José, 1996; J. M. Pasqualucci, "Medidas Provisionales en la Corte Internacional de Derechos Humanos, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 19, San José, Costa Rica, enero – junio de 1994, pp 47 – 112; Asdrúbal Aguiar Aranguren, Apuntes sobre las Medidas Cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Rafael Nieto Navia, "Las Medidas Provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Teoría y Praxis"; los estudios publicados en la obra de La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, editada por Rafael Nieto Navia, San José, Costa Rica, 1994, pp. 19 – 31 y 369 – 398; Héctor Gros Espiell, La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, Análisis Comparativo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 184 y siguientes y Juan Carlos Hitters, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, T. II, págs, 482 – 485, Ediar, Buenos Aires, 1991.

(4) El artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dice: "1- La Corte tendrá la facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2.- Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Congreso de Seguridad las medidas indicadas". Véase: Sh. Rosenne, Provisional Mesures in International Law. The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea, Oxford University Press, Oxford, 2005; Héctor Gros Espiell, Medidas Provisionales y Competencia en la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 4, Montevideo, 1984; Silvina S. González Napolitano, Las Medidas Provisionales en Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales, UBA, La Ley, Buenos Aires, 2004.

mesures", el francés las llama "mesures conservatoires" y el español "medidas provisionales" (5).

4.- Al considerar la o las medidas provisionales pedidas, la Corte Internacional de justicia sólo analiza "prima facie" su competencia.

Esto es una constante de su jurisprudencia.

Y últimamente ha reiterado este criterio, en la Ordenanza del 13 de julio de 2006, en el caso relativo a las "usines de pâte a papier sur le fleuve Uruguay (Argentina c. Uruguay), al decir:

> *"57. Considérant que, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'est pas tenue de s'assurer de maniére définitive qu'elle a comptétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne peut indiquer ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent prima facie constituer une vase sur laquelle (s)a compétence...purrait etre fondée (voir Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requéte: 2002) (Republique démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J Recueil 2002, p. 241, par 58)* (6).

Lo había ya señalado en 1991 en la Ordenanza del 29 de julio, en el caso del pasaje por el Grand – Belt (párrafo 14, pág 15 del Recueil) y lo había vuelto a expresar en el año 2002, en la Ordenanza del 10 de julio (párrafo 58, p. 241 del Recueil), citada expresamente en la Ordenanza del 13 de julio de 2006.

(5) Según el artículo 111 de la Carta de las Naciones Unidas los "textos en chino, francés, ruso, inglés y español son igualmente auténticos. "Sobre la interpretación de los textos no coincidentes en los diferentes idiomas, art. 33 párrafo 4 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que dice: " 4.- Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado"..

(6) C.I.J, 2006, caso citado, párrafo 57, pág. 15.

5.- Los pedidos por las partes de las medidas provisionales tienen un trámite urgente. Sólo después que la Corte toma, por una Ordenanza, una decisión sobre la cuestión de las medidas provisionales solicitadas, la Corte entrará al fondo del asunto, luego de considerar, si las hay, las excepciones preliminares (art. 79) y de seguirse el trámite procesal previsto en su Reglamento (arts. 38 – 72).

6.- Las medidas provisionales pueden ser pedidas por las partes o ser dispuestas de oficio por la Corte Internacional de Justicia (art. 75 del Reglamento).

7.- Las medidas provisionales pueden pedirse por las partes o indicarse de oficio por la Corte, cuantas veces sea necesario, "en todo momento" si se presentan "hechos nuevos" (arts. 73 y 75 del Reglamento).

La Corte ha hecho referencia expresa a esto en el párrafo 86 de la Ordenanza del 13 de julio de 2006 en el caso de las fábricas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina c/ Uruguay) (7).

8.- Estas medidas han tomado creciente actualidad e importancia en los últimos años de la actuación de la Corte Internacional de Justicia (8).

9.- La decisión de la Corte sobre medidas cautelares es obligatoria para las partes. Desde 2001 (9), la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, ha afirmado siempre el carácter obligatorio de la decisión sobre las medidas cautelares, que tendrían el mismo carácter obligatorio, definitivo e inapelable, de las sentencias, (art. 94 de la Carta de las Naciones Unidas; arts. 59 – 60 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

10.- El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia "forma parte integrante" de la Carta de las Naciones Unidas (art. 92 de la Carta).

(7) Ordonnance du 13 juillet 2006, Affaire des Pates a Papier sur le Fleuve Uruguay, (Argentine c/ Uruguay).

(8) La Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Sra. Rosalym Higgins, dijo en su discurso del 12 de abril de 2006, en la sesión solemne de la Corte en ocasión de su 60 Aniversario: "However, what is a relatively new is the frequent recourse to the Court for provisonal measures were made, over the past decade the Court has been asked 17 times to execise its power to issue provisional measures to preserve the respective rights of parties to a case. It granted the measures in 15 of those instances. In 2001, the court ruled that raising a cluster of important legal issues that will surely merit our particular attention in the periodimmediately ahead".

(9) Sentencia de la C.I.J del 27 de junio de 2001 en el caso La Grand, Allemagne c/ Etats Unis d'Amerique, C.I.J, Recueil, 2001.

De tal modo el artículo 41 del Estatuto, sobre las medidas provisionales, es una norma que posee la misma naturaleza y fuerza que las normas de la Carta.

Ahora bien. El artículo 103 de esta Carta dispone:

> *"En caso de conflicto entre obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, producirán obligaciones impuestas por la presente Carta".*

Esta norma, - de difícil y controvertida interpretación en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en la doctrina – por el efecto que produce respecto de un eventual conflicto entre una obligación contraída en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y otra u otras nacidas en virtud de otra convención internacional, ha de ser interpretada como dando a las normas de la Carta – y por ende a las del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia -, una especia de superioridad jerárquica en el Derecho Internacional, o por lo menos en el derecho Convencional Internacional (10).

Es interesante tener en cuenta esto para aplicar tal conclusión a cualquier eventual contradicción entre el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y otras normas sobre la materia eventualmente existentes en el Derecho Internacional.

11.- El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en su relación con los artículos 92 de la Carta y 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, constituye uno de los elementos para arribar a la conclusión de que la Carta puede ser considerada como la Constitución de la Comunidad Internacional (11) .

(10) Jean Marc Thouverin, Article 103, en La Charte des Nations Unies, Direction de Jena – Pierre Cot et Aain Pellet, 3ed, Economica, París, 2005, Tomo II, pág. 2133; R. B. Berhart, Commentary on Article 103, en B. Simma (ed), The Charter of the United Nations, Oxford University Press, 2002, p. 1292; A. Toublanc, L'Article 103 et le valeur juridique de la Charte des Nations Unies, R.G.D.I.P, 2002 – 4, París, octobre 2004, p- 439.

(11) Eduardo Jiménez de Aréchaga, Derecho Constitucional de las Naciones Unidas, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958; Pierre Marie Dupuy, The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Reivisited, Max Plank Year Book of United Nations Law, Vol. I, 1997 ; Pierre Marie Dupuy, Ultimes remarques sur la « constitutionalité » de la Charte des Nations Unies , en La Charte des Nations Unies, Constitution Mondiale ?, Sous la direction de Regis Chemain et Alain Pellet, Pedone, Paris, 2006.

En esa "Constitución" de la Comunidad Internacional, de la que la Corte Internacional de Justicia , podría, quizás, ser considerada como la Corte Suprema (12), se integraría con una norma, el artículo 41 del Estatuto de la Corte, que tendría rango "constitucional" en virtud del artículo 92 de la Carta. De tal modo las medidas cautelares o provisionales poseerán la naturaleza y la jerarquía de disposiciones cautelares de la organización y del procedimiento judicial del "órgano judicial principal de las Naciones Unidas", (la Corte), para emplear las palabras que utiliza el artículo 92 de la Carta".

12.- Ya hemos adelantado (13), que desde el año 2001 la Corte Internacional de Justicia considera que las medidas decididas por la Corte son de obligatorio cumplimiento.

El tema había sido antes objeto de diferentes opiniones doctrinarias.

La Corte, en el caso citado La Grand, Alemania c/ Estados Unidos realizó un exhaustivo análisis del tema (14).

Interpretó el artículo 41 del Estatuto, teniendo en cuenta su texto (párrafo 100 de la sentencia), su objeto y su fin (párrafo 102), los principios conexos (párrafo 103) y los trabajos preparatorios (párrafos 104 – 107), así como el criterio de que la obligatoriedad de la ordenanza indicando medidas cautelares no contradice o viola el artículo 94 de la Carta, referente a las "decisiones", "decision", "décision", de la Corte. Así la Corte entendió en el párrafo 109 de la sentencia citada que:

> *"En dèfinitive, aucune des sources d'interpretation mentionnès dans les articles pertinents de la Convention de Vienne sur la droit des traités, y compris les travaux prèparatoires, ne contradit les conclusión tires des termes de l'article 41 lus dans son contexte à la lumière de l'objet et du but du Statut. Ainsi, la Cour parvient à la conclusion que les ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 ont un caractère obligatoire »* (15)

(12) Gilbert Guillaume, La CIJ, Cour Supreme Mondiale ?, en La Charte des Nations Unies, cit.

(13) Párrafo 11 del presente trabajo.

(14) Párrafos 98 – 109, C.I.J, Recueil, 2001, pàg. 501 – 506.

13.- Es necesario ahora recordar como nació y como ha evolucionado el actual artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, desde su nacimiento en 1922 en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, hasta llegar al texto actual.

Lo haremos en el párrafo 15 del presente trabajo.

Pero sin embargo es interesante recordar desde ya que la historia de este artículo 41 de su Estatuto, ha sido hecha por la propia Corte Internacional de Justicia, a título de análisis de los trabajos preparativos, en su sentencia del 27 de junio de 2001, en el caso La Grand, en los párrafos 104 a 107 (16).

14.- El actual Estatuto de la Corte Internacional de justicia "está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional" (art. 92 de la Carta de las Naciones Unidas) (17).

De tal modo el Estatuto de 1922, con los ineludibles ajustes introducidos luego de la creación de las Naciones Unidas y de la nueva situación de la Corte Internacional de Justicia como "órgano judicial principal de las Naciones Unidas" (art. 92 de la Carta), ha pasado a ser el de la Corte actual.

En consecuencia el artículo 41 del Estatuto vigente proviene del que se encontraba en el Estatuto de la Corte Permanente.

La primera versión del ante proyecto de Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, preparado por el Comité de Juristas designado por el Consejo de la Sociedad de las Naciones, no contenía nada sobre las medidas provisionales. La disposición previniéndola fue incorporada mas tarde, en un segundo proyecto elaborado por el Comité, como consecuencia de una propuesta del jurista brasileño Raúl Fernández (18).

La propuesta de Fernández se basaba en el Tratado Briand del 13 de octubre de 1914, concluido entre Estados Unidos y Suecia.

(16) C.I. de J. Recueil, 2001, Affaire La Grand, (Allemagne c Etats Unis d'Amérique, Arrêt du 27 juin 2001, Párrafos 104 – 107, págs. 503 – 505.

(17) Peter Tomka, Article 92, en La Charte des Nations Unies, Sous la Direction de Jean Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, 3a. Edition Economica, París, 2005, Tome II, pág. 1945.

(18) Comité Consultatif de Juristas, La Haya, 1920.

El Comité elaboró, inspirándose en la propuesta de Fernández, un nuevo proyecto (19).

Luego la Sub Comisión de la Tercera Comisión de la Primera Asamblea de la Sociedad de las Naciones examinó lo que entonces era el artículo 39 del Proyecto de Estatuto, y después de estudiar diversas enmiendas aprobó el texto, que llevaría el número 41, en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Pasó después del fin de la Sociedad de las Naciones y del nacimiento de las Naciones Unidas, a ser, en 1945, sin haber sido discutido, el artículo 41 del Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (20).

III

15.- No hemos de tratar en este trabajo la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materias ajenas a la cuestión relativa al medio ambiente. Pero es necesario destacar que esta jurisprudencia, en cuanto se funda en el artículo 41 del Estatuto de la Corte y en el Reglamento de ésta, y en los principios y criterios que lo inspiran, constituye la base ineludible para analizar específicamente la jurisprudencia de la Corte sobre medidas provisionales en relación con el medio ambiente.

En especial deberán siempre tenerse presentes las conclusiones hechas en las ordenanzas de 1979 (21), 1986 (22), de 1991 (23), de 1992 (24), del 3 de marzo de 1999 (25), de 2002 (26) y de 2003 (27).

---

(19) *Op. Cit.* Págs. 567 – 568 y 609.

(20) C.I.J, Affaire La Grand, Arrêt du 27 juin 2001, párrafos 104 – 107, Recueil, 2001, págs. 503 – 505.

(21) C.I.J. Personnel Diplomatique et Consulaire des Etats Unis á Teheran, Recueil, 1979, pár. 36, p. 19.

(22) C.I.J, Differend Frontalier, Recueil, 1986, par. 13, pag. 13.

(23) C.I.J, Affaire Lockerbie, Jamahiruya arabe Libyenne c Royaunne Unie, Recueil, pág. 16, par. 39.

(24) Affaire du Passage par le Grand – Belt, Finlande c/ Danemark.

(25) Affaire La Grand, Allemagne c. Etats Unis d'Amerique, Recueil, 1999.

(26) Activitès armeés sur le Territoire du Congo (nouvelle rêquete) (République Démocratique du Congo c Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J, Recueil, 2002)

(27) C.I.J. Recueil, Certaines Procédures Pénales Engagées en France (République du Congo c/ France), Mesures Conservatoires, ordonnance du 17 juin 2003.

16.- ¿Cuáles son los extremos que la Corte Internacional de justicia exige que existan para que puedan indicarse medidas provisionales?.

El artículo 41 del Estatuto de la Corte establece que estas medidas provisionales deberán tomarse "para resguardar los derechos de cada una de las partes".

Es decir que debe haber un derecho de una de las partes, o de las dos, que es necesario "resguardar". Es preciso "resguardar" ese derecho, frente a su violación o al peligro de su violación, por la vía de una medida cautelar o provisional, pedida por una de las partes (art. 73 del Reglamento de la Corte) o tomada de oficio (art. 75 del Reglamento de la Corte).

Precisado este punto de partida, cabe analizar que otras exigencias en cuanto al derecho violado o al peligro de violación de este derecho, ha exigido la Corte en su jurisprudencia, para que puedan indicares medidas provisionales para resguardar ese derecho violado o en peligro de serlo.

No cabe duda de que si ya se ha violado y se está violando un derecho, es pertinente la adopción de una medida provisional para que cese esa violación, hasta que la Corte se pronuncie en la sentencia final.

Pero cuando se trata de un peligro de violación futura, ¿cómo hay que calificarlo para que puedan adoptarse por la Corte medidas cautelares (provisionales)?.

En primer lugar el peligro debe ser significativo, grave e inminente.

En toda la jurisprudencia de la Cortes sobre esta cuestión está implícita la consideración de que no debe ser algo fútil, insignificante o intrascendente. Una situación de esta naturaleza no podría lleva a la Corte a indicar medidas provisionales.

Ha sido en el caso relativo al proyecto Gabcikovo – Nagymaros (Hungría c Eslovaquia), que la Corte, en la sentencia sobre el fondo, desarrolló conceptualmente el sentido de los vocablos "peligro", "grave" e "inminente". En el párrafo 54 de esa sentencia dijo:

« La Cour considère cependant que, quelque sérieuses qu'aient été ces incertitudes, elles ne sauraient, à elles seules, établir l'existence objective d'un « péril » en tant qu'élément constitutif d'un état de nécessité. Le mot « péril » se distingue du dommage matérialisé. Mais il ne saurait y avoir d'état de nécessité sans un « péril » possible ne

saurait à cet égard suffire. Il pourrait d'ailleurs difficilement en aller autrement dès lors que le « péril » constitutif de l'état de nécessité doit être à la fois « grave » et « imminent ». L' « imminences » est synonyme d' « immédiateté » ou de « proximité » et dépasse de loin le concept d' « éventualité ». Comme l'a souligné la Commission du droit international dans son commentaire, le péril « extrêmement grave et imminent » doit s'être « trouvé peser au moment même sur l'intérêt menacé » (Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol. II, deuxième partie, p. 48, par 33), Cela n'exclut pas, de l'avis de la Cour, qu'un « péril » qu s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour « imminent » dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'est serait pas moins certaine et inévitable » (28).

Y en el párrafo 57 agregó:

« La Cour conclut de ce qui précède que, s'agissant aussi bien de Nagymaros que de Gabcikovo, les périls invoqués par la Hongrie, sans préjudice de leur gravité éventuelle, n'étaient en 1989 ni suffisamment établis, ni « imminents » ; et que, pour y faire face, la Hongrie disposait a l'époque d'autres moyens que la suspension et l'abandon de travaux dont elle avait la charge. Qui plus est, des négociations étaient en cours, qui elle avait la charge. Qui plus est, des négociations étaient en cours, qui auraient pu aboutir à une révision du projet et au report de certaines de ses échéances, sans qu'il fût besoin de l'abandonner. La Cour en infère que le respect par la Hongrie, en 1989, de ses obligations aux termes du traité de 1977 n'aurait pas abouti 'a une situation « que l'adage summum jus summa injuria caractérise parfaitement » (Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol II, deuxième partie, p. 48, par 310) » (29).

Es decir que el peligro debe ser grave e inminente, no sólo posible o eventual.

(28) C.I.J, Recueil, 1997, Arrêt du 25 septembre 1997, Affaire Relative au Projet Gabcikovo – Nagymaros, párrafo 54, pág. 42.

(29) C.I.J, Recueil 1997, caso citado, párrafo 57, pág. 49.

En segundo lugar debe tratarse de una situación que presuponga "un perjuicio irreparable".

En la Ordenanza del 29 de julio de 1991, en su párrafo 16, el Affaire du Pasaje pas de Grand – Belt (Finlande c Danemark), la Corte dijo:

« Considérant que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires confère à la Cour par l'article 41 de son Statut a pour objet de sauvegarder le droit de chacune des parties en attendant que la Cour rende sa décision, et présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire » (30)

En el caso de las Usines de Pâte a Papier, (Argentine c. Uruguay) la Corte precisó que debía tratarse de la existencia de un "riesgo inminente de perjuicio irreparable". Dijo al respecto en el párrafo 73 de su Ordenanza del 13 de julio de 2006:

«Considérant que, de l'avis de la Cour, le dossier de l'affaire ne contient cependant aucun élément demostrant que la décision de l'Uruguay d'autoriser la construction des usines créerait un risque imminente de préjudice irréparable pour le milieu aquatique du fleuve Uruguay ou pour les intérêts économiques et sociaux des populations riveraines établies du côté argentin du fleuve » (31)

En tercer lugar, debe tratarse de una situación que requiera una solución urgente, es decir que tenga que ser adoptada antes que el caso sea resuelto por la situación de fondo.

En el caso de Grand – Belt, (Finlande c Danemark) la Corte dijo:

«Considérant que les mesures conservatoires visées à l'article 41 du Statut sont indiquées « en attendant l'arrêt définitif » de la cour au fond et ne sont par conséquent justifiées que s'il y a urgence, c'est – à – dire s'il est probable qu'une action préjudiciable aux droits de l'une

(30) C.I.J, 1991, Ordonnance du 29 juillet 1991, Affaire du Pasaje par Le Grand – Belt, (Finlande c/ Danemark), párrafo 16, pág. 16.

(31) C.I.J 2006; Affaire Relative à des Usines de Pâte a Papier sur le Fleuve Uruguay (Argentine c Uruguay), Ordonnance, 13 juillet 2006, párrafo 73, pág. 18.

ou de l'autre Partie sera commise avant qu'un tel arrêt définitif ne soit rendu » (32).

Y agregó en el párrafo 27:

«Considérant cependant que la Cour, prenant acte des assurances données par le Danemark selon lesquelles aucune obstruction matérielle du chenal Est ne se produira avant la fin de l'année 1994, et tenant compte du fait que la procédure sur le fond dans la présente affaire devrait normalement être menée à son terme auparavant, est d'avis qu'il n'a pas été établi que les travaux de construction porteront atteinte pendente lite au droit revendiqué » (33).

En el caso del affaire Relative a des Usines de Pâtes à Papier sur la Fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), ordenanza del 13 de julio de 2006 la Corte dijo :

62 . Considérant que le pouvoir qu'a la Cour d'indiquer des mesures conservatoires à l'effet de sauvegarder le droit de chacune des parties ne peut être exercé que s'il y a nécessité urgente d'empêcher que soit causé un préjudice irréparable aux droits qui font l'objet du différend avant que la Cour ait eu l'occasion de rendre sa décision (voir Passage par le Grand – Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil, 1991, p. 17, par. 23 ; Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, C.I.J, Recueil 2003, p. 107, par. 22) » (34).

En cuarto lugar, la Corte se atribuye el poder de analizar si ella "estima que las circunstancias lo exigen". Es decir si las circunstancias imponen que se indiquen medidas provisionales. Este análisis de las circunstancias, que podrá significar el análisis de la consideración global todos los elementos del caso, ha de ser hecho teniendo en cuento como tales circunstancias "se presentan actualmente" (35), lo que quiere decir no en el

(32) C.I.J, Recueil, 1991, Affaire citado, párrafo 23, pág. 17.
(33) C.I.J, Recueil 1991, Affaire citado, pág. 27.
(34) C.I.J., 2006, Affaire citado, (Usines de Pâte a Papier) párrafo 62, , pág. 16.
(35) C..I.J. 2006, Affaire citado párrafo 77.

pasado o en un futuro eventual, sino cuando la Corte está llamada a indicar las medidas.

En el caso del año 2006 sobre las Usines de Pâte a Papier, en el párrafo 77 dijo:

77. Considérant que, compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que les circonstances de l'espèce ne sont pas de nature à exiger l'indication d'une mesure conservatoire enjoignant à l'Uruguay de suspendre l'autorisation de construire les usines de pâte à papier ou de suspendre les travaux de construction proprement dits » (36).

17.- ¿Cuál es la línea general que resulta de esta jurisprudencia?.

Parecería que hasta ahora la Corte ha tenido una actitud más bien restrictiva, limitando en lo posible las situaciones ante las cuales ha decidido indicar medidas provisionales.

No puede decirse, sin embargo, que haya sido una jurisprudencia equivocada ni injusta.

La tendencia ha sido más bien la de limitar las situaciones en que pueden adoptarse tales medidas, aplicando con estrictez las exigencias requeridas, prefiriendo dejar la dilucidación de las situaciones denunciadas para la sentencia final o para un arreglo bilateral, político o diplomático, entre las partes antes de llegar a una solución jurisdiccional.

Sin embargo hay que destacar que en un caso en que estaba en juego una vida humana, la Corte, con gran sensibilidad, en su ordenanza del 3 de marzo de 1999, en el caso La Grand (Alemania c/ Estados Unidos), juzgó que:

«les circonstances exigeaient qu'elle indiquât , de toute urgence et sans autre procédure, des mesures conservatoires, conformément à l'article 41 de son Statut et au paragraphe 1 de l'article 75 de son Règlement (C.I.J, Recueil 1999 (I), p. 15, par 26 » (37).

Todo hace pensar que en el futuro, cuando se presenten casos en que están en juego derechos esenciales relativos a la persona humana, afecta-

(36) C.I.J, 2006, Affaire citado párrafo 28.
(37) Recueil 2001, Affaire La Grand (Allemagne c Etats Unis d'Amerique), Arrête du 27 juin, 2001, párrafo 32, pág. 479.

dos de una manera grave e irreversible, la Corte actuará en forma análoga.

La perspectiva de que vayan llegando a la Corte más casos vinculados con el medio ambiente, permite estimar que la jurisprudencia futura de la Corte Internacional en materia de medidas provisionales, tendrá en cuenta las exigencias de urgencia, y de receptividad y amplitud conceptual, que la materia de estas situaciones exige.

IV

18.- La Corte Internacional de Justicia había encarado antes de 2006 cuestiones vinculadas con el medio ambiente, pero el caso de las "Usines de Pâte a Papier" (Argentina c. Uruguay) será la primera vez que, en la sentencia sobre el fondo, las habrá de tratar de una manera principal y determinante.

Lo había hecho, sin embargo, en varias ocasiones, aunque no de una manera esencial y primordial, entre otras en:

En la opinión consultiva del 8 de julio de 1996 sobre la amenaza o el empleo de armas nucleares, en relación con la protección del medio ambiente, en tiempos de paz y en período de conflicto armado y el Derecho Internacional Humanitario.

Lo había efectuado, también, en relación con los efectos sobre el medio ambiente, la ecología y la biodiversidad, en la sentencia del 25 de septiembre de 1997, en el caso del proyecto de construcción de una represa sobre el río Danubio (Hungría c/ Eslovaquia).

Y, finalmente, se ha pronunciado, ante las alegadas consecuencias, hechas por una parte, sobre el efecto en relación con las aguas de un río, en el caso de las fábricas de celulosa, en la ordenanza sobre medidas provisionales del 13 de julio de 2006 (Argentina c/ Uruguay).

19.- De tal modo, la Corte Internacional de Justicia se había referido antes del año 2006, en varias ocasiones, al tema del medio ambiente y del Derecho Ambiental.

20.- Sin perjuicio de algún otro antecedente que podría recordarse (38) la Corte entró plenamente al asunto en 1996, en la opinión Consultiva del 8 de julio de ese año sobre la "Licité de la Menace ou de l'Emploi d'Armes Nucléaires"

En sus párrafos 27 a 33 expresó (39) :

«27. Dans leurs exposés écrits et oraux, certains Etats ont en outre soutenu que tout emploi d'armes nucléaires serait illicite au regard des normes en vigueur en matière de sauvegarde et de protection de l'environnement, compte tenu de leur importance fondamentale.

Divers traités et instruments internationaux en vigueur ont été expressément cités, dont le protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 – qui, à son article 35, paragraphe 3, interdit l'emploi de « méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves `l'environnement naturel » - et la convention du 18 mai sur l'interdiction d'utiliser es techniques de modification de l'environnement (article premier). Ont également été citées la déclaration de Rio de 1992 (principe 2) – qui expriment la conviction commune des Etats concernés qu'ils ont le devoir.

« de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans l'autre Etats ou dans des régions (zones) ne relevant d'aucune juridiction nationale »

Ces instruments, de même que d'autres dispositions relatives à la protection et à la sauvegarde de l'environnement, s'appliqueraient à tout moment, en temps de guerre comme en temps de paix, et seraient violés par l'emploi d'armes nucléaires ayant des effets étendus et transfrontaliers ».

« 28. D'autres Etats ont soit mis en question le caractère contraignant de ces dispositions du droit de l'environnement, soit contesté que la convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de

(38) C.I.J., 1995, Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais Nucléaires (Nouvelle – Zélande c. France, Ordonnance de 22 septembre 1995, Recueil, 1995, párrafo 64, pág. 64.

(39) C.I.J, 1996, Avis Consultatif du 8 juillet 1996, Recueil, párrafos 27 '- 33, pág. 241 - 243

l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles ait un quelconque rapport avec l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit arme, soit encore nié être liés de façon générale par les dispositions du protocole additionnel I, ou bien rappelé qu'ils avaient réservé leur position sur l'article 35, paragraphe 3, de celui-ci.

Certains Etats, ont également soutenu qu l'objet principal des traités et normes relatifs à l'environnement est de protéger l'environnement en temps de paix ; que ces traités ne mentionnent pas les armes nucléaires ; qu'ils ne se réfèrent ni à la guerre en général ni à la guerre nucléaire en particulier ; et que ce serait fragiliser l'empire du droit et la confiance nécessaire aux négociations internationales que de faire dire aujourd'hui à ces traités qu'ils interdisent le recours aux armes nucléaires ».

29. La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour le générations a venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercés dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règle du droit international de l'environnement ».

« 30. La Cour est toutefois d'avis que la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement son tout non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale pendant un conflit armé ».

« La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un Etat de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui son les sienne de protéger l'environnement. Néanmoins, les Etats doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité ».

« Ce point de vue trouve d'ailleurs un appui dans le principe 24 de la déclaration de Rio, qui dispose :

> « La guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les Etats doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin… ».

31. La Cour observera par ailleurs que l'article 35, paragraphe 3, et l'article 55 du protocole additionnel I offrent à l'environnement une protection supplémentaire. Considérées ensemble, ces dispositions consacrent une obligation générale de protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves ; une interdiction d'utiliser des méthodes et moyens de guerre conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront de tels dommages, et une interdiction de mener des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles.

Ce sont là de puissantes contraintes pour tous les Etats qui ont souscrit à ces dispositions ».

« 32. La résolution 47/37 de l'Assemblée générale du 25 novembre 1992, intitulée « Protection de l'environnement en période de conflit armé », présente également un intérêt à cet égard. Elle consacre l'opinion générale selon laquelle les considérations écologiques constituent l'un des éléments à prendre en compte dans la mise en ouvre des principes du droit applicable dans les conflits armés. Elle précise en effet que « la destruction de l'environnement non justifiée par des nécessités militaires et ayant un caractère gratuit et manifestement contraire au droit international en vigueur » . Tenant compte de ce que certains instruments ne sont pas encore contraignants pour tous les Etats, l'Assemblée générale, dans ladite résolution, « (l)ance appel à tous les Etats qui ne l'ont pas encore fait pour qu'ils deviennent parties aux conventions internationales pertinentes ».

Dans l'ordonnance qu'elle a rendu récemment au sujet de la Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires (Nouvelle – Zélande c France), la Cour a déclaré que la conclusion à laquelle elle était parvenue était « sans préjudice des obligations des Etats concernant le respect et la protection de l'environnement naturel »

(ordonnance du 22 septembre 1995, C.I.J, Recueil 1995, p. 306, par 63). Cette déclaration s'inscrivait certes dans le contexte des essais nucléaires ; mais elle s'applique à l'évidence aussi à l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit armé ».

33. La Cour constate ainsi que, si le droit international existant relatif à la protection et à la sauvegarde de l'environnement n'interdit pas spécifiquement l'emploi d'armes nucléaires, il met en avant d'importantes considérations d'ordre écologique qui doivent être dûment prises en compte dans le cadre de la mise en œuvre des principes de règles du droit applicable dans le conflits armés ».

21.- En 1997 ; en su sentencia del 25 de septiembre , en el caso relativo al proyecto Gabcikovo – Nagymaros (Hungría c Eslovaquia), dijo en el párrafo 53 (40):

53. La Cour ne voit aucune difficulté à reconnaître que les préoccupations exprimées par la Hongrie en ce qui concerne son environnement naturel dans la région affecté par le projet Gabcikovo – Nagymaros avaient trait à un « intérêt essentiel » de cet Etat, au sens où cette expression est utilisée à l'article 33 du projet de la Commission du droit international.

La Commission, dans son commentaire, a indiqué qu'il ne fallait pas, dans ce contexte, réduire un « intérêt essentiel », de l'Etat à sa seule « existence », et que tout était, en définitive, question d'espèce (voir Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol II, deuxième partie, p. 48, par. 32) ; en même temps, elle a mentionné, parmi les situations susceptibles d'engendrer un état de nécessité, « un danger grave... pour la conservation écologique (du) territoire (d'un Etat) ou d'une partie de son territoire » (ibid, p. 34, par. 3), et a precisè, en se référence à la pratique de ses Etats, que « C'est surtout dans les deux dernières dècennies que la sauvegarde de l'équilibre écologique en est venue à être considérée comme répondant à un « intérêt essentiel » de tous les Etats » (Ibid, p. 38, par 14).

(40) C.I.J, 1997, Recueil, Arrêt du 25 septembre 1997, Affaire relative au Proyect Gabcikovo – Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia) párrafo 53, pág. 41.

La Cour rappellera qu'elle récemment eu l'ocassion de souligner dans les terms suivants toute l'importance que le respect de l'environnement revêt à son avis, non seulement pour les Etats mais aussi pour l'ensemble du genre humain :

« l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce qu les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement « (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif ; C.I.J, Recueil, 1996, p. 241. 242, parr. 29).

22.- En la ordenanza del 13 de julio de 2006 la Corte destacó, la cuestión del medio ambiente y su importancia, recordando anteriores afirmaciones, al decir en el párrafo 72:

"Considérant que, en ce qui concerne les droits de nature substantielle invoqués par l'Argentine, la Cour a conscience des préoccupations exprimées par cet Etat quant à la nécessité de protéger son environnement naturel et, en particulier, la qualité des eaux de fleuve Uruguay; que la Cour rappelle avoir eu, par le passé, l'occasion de souligner toute l'importance qu'elle attache au respect de l'environnement:

"l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations á venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans l'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles de droit international de l'environnement" (Licéitè de la menace ou de l'emploi d'armes nuclèaires, avis consultatif, C.I.J Recueil 1996 (I), p. 241 – 242, par 29; voir aussi Projet Gabciokvo – Nagymaros (Hongrei/Slovaquie), C.I.J Recueil 1997, p. 78, par 140).

23.- Pero, además, en la misma ordenanza del 13 de julio de 2006, la Corte hizo muy importantes precisiones sobre la relación entre el derecho al medio ambiente y el derecho al desarrollo.

Dijo así en el párrafo 80:

"80. Considérant que la présente affaire met en évidence l'importance d'assurer la protection sur le plan de l'environnement, des ressources naturelles partagées tout en permettant un développement économique durable ; qu'il convient notamment de garder à l'esprit la dépendance des Parties vis á vis de la qualité des eaux du fleuve Uruguay en tant que celui – ci constitue pour elles une source de revenus et de développement économique ; que, dans cett perspective, il doit être tenu compte de la nécessité de garantir la protection continue de l'environnement du fleuve ainsi que le droit au développement économique des Etats riverains ».

V

24.- Las medidas cautelares (provisionales) constituyen un elemento esencial, en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, para proteger y garantizar los derechos de las partes, en el curso de los procedimientos jurisdiccionales, pendente litis, hasta que se dicte, en cada caso, la sentencia final sobre el fondo.

Para entrar a la consideración de un pedido de medidas provisionales, la Corte Internacional de Justicia sólo realiza un examen preliminar, prima facie, de su competencia.

El procedimiento para la consideración de una solicitud de medidas provisionales tiene un trámite urgente y se desarrolla antes de la prosecución del resto de la secuencia procesal.

La ordenanza que indica medias provisionales tiene, según la jurisprudencia de la Corte, carácter obligatorio para las partes.

25.- En los últimos años ha aumentado significativamente el número de asuntos en que se han solicitado medias provisionales a la Corte Internacional de Justicia.

En este aumento ha incidido el tipo de casos, es decir de la materia, en que la Corte ha debido intervenir.

Hasta hoy el criterio predominante de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia para acordar medidas provisionales ha sido, en general, restrictivo y limitativo, condicionando estrictamente la conceptualización de la violación o del peligro de violación, de uno o de varios derechos de las partes.

Sin embargo, en algún caso, en relación con el derecho a la vida, el tema fue encarado por la Corte con una enérgica y positiva actitud humana.

26.- Todo hace pensar que en los casos que en el futuro llegarán a la Corte Internacional de Justicia, en temas vinculados con los Derechos humanos y en asuntos de Derecho Ambiental, aparejarán generalmente solicitudes de adopción de medidas provisionales, aumentando así el número y la importancia de las decisiones que, al respecto, deberá adoptar, por ordenanzas, esta Corte.

París, septiembre de 2006.

EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Hortensia D.T. GUTIÉRREZ POSSE *
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I.- LAS JURISDICCIONES

a) Las jurisdicciones de los Estados.

b) La jurisdicción penal universal.

c) Las jurisdicciones internacionales penales.

II.- LA COOPERACIÓN

a) La cooperación entre los Estados.

b) La cooperación con las jurisdicciones internacionales.
A modo de colofón.

* Profesor Titular Consulto de Derecho Internacional Público. Universidad de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional penal, entendido como el conjunto de normas de fuente convencional y consuetudinaria que tipifican conductas como ilícitas imputando la responsabilidad a los individuos, es una rama del ordenamiento jurídico internacional y, por ende, participa de sus características. En ese sentido, sus normas pueden tener tanto una naturaleza dispositiva -generando derechos y obligaciones entre quienes reconocen o aceptan vincularse por ellas- como imperativa, siendo oponibles *erga omnes*. En el primer caso, tipificarán delitos internacionales; en el segundo, se tratará de crímenes internacionales. Esto es, de conductas que, por su extrema gravedad, conmueven los cimientos mismos de la comunidad internacional al violar principios fundamentales del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos o de la paz y seguridad internacionales.

Sin embargo, al tratarse de una rama del derecho internacional -un derecho que en general se sustenta en la coordinación- la efectiva aplicación de este ordenamiento jurídico depende en gran medida de la voluntad política de los Estados; sea conociendo en la comisión de los ilícitos, sea cooperando para que otras jurisdicciones conozcan en ellos.

En efecto, los Estados, como entidades soberanas, determinan las conductas que consideran punibles así como los criterios en base a los cuales entenderán en ellas, ejerciendo su jurisdicción. Por ende, tanto el juzgamiento de los delitos como el de los crímenes internacionales les corresponde en primer lugar aún cuando en el caso de los crímenes internacionales podrían encontrarse habilitados para entender tribunales internacionales, independientemente de lo que dispusiesen los derechos internos, puesto que prevenir, juzgar y sancionar su comisión es trascendente para la comunidad internacional en su conjunto y puede constituir una vía de pacificación luego de conflictos o, aún, de situaciones de grave tensión interior.

Ahora bien, en todo supuesto la voluntad de cooperar entre los Estados o con una jurisdicción internacional resultará un elemento imprescindible a la realización de la justicia puesto que muchas de las pruebas habrán de recabarse en extraña jurisdicción así como la detención, extradición o entrega de los imputados. Y aún, en el caso de las jurisdicciones internacionales, las penas que se impongan habrán de ejecutarse en establecimientos que los Estados pongan voluntariamente a disposición de esas instancias. De allí la importancia de la adopción de las medidas internas que fuesen pertinentes para el cumplimiento de las obligaciones que se hayan asumido en el ámbito internacional.

El derecho internacional penal depende, entonces, de la conjunción y adecuada coordinación de dos ordenamientos jurídicos; el internacional -que tipifica el ilícito e imputa la responsabilidad- y el interno, que hace posible su efectiva aplicación. Con tal alcance cabe considerar primero lo atinente a las jurisdicciones habilitadas a entender para detenerse, luego, en aspectos vinculados a la cooperación y asistencia judicial como elemento imprescindible a la realización de una justicia penal cuando los hechos trascienden la frontera de un Estado.

I. LAS JURISDICCIONES

a. Las jurisdicciones de los Estados

El conocimiento de las infracciones a las normas internacionales penales puede corresponder tanto a la jurisdicción doméstica de los Estados -en razón del vínculo con el acto ilícito o las personas involucradas o dado el carácter del crimen cometido- como a una jurisdicción internacional a la que se le haya atribuido competencia para entender en un crimen de este ordenamiento jurídico.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que los Estados, en razón de su soberanía, gozan de la capacidad de establecer en sus ordenamientos internos las conductas que consideran delictivas, aplicando a través de sus tribunales la legislación que adopten con tal objeto. Por ende, aún el conocimiento de ilícitos de fuente internacional ha de corresponder en primer lugar a las jurisdicciones domésticas.

Con el fin de ejercer su jurisdicción -también soberanamente- los Estados adoptan los criterios que han de aplicar, no encontrándose condicionados para ello por normas del derecho internacional general puesto que este ordenamiento se basa en gran medida en el principio de la igualdad soberana de todos ellos. En ese sentido, un análisis de derecho com-

parado permitiría verificar que se siguen tanto criterios territoriales -en razón del lugar en que el acto se cometió o en el que éste produce efectos- como de nacionalidad del acusado o de la víctima. Asimismo, es posible comprobar que en ocasiones los Estados pueden decidir acudir a procedimientos distintos de los puramente jurisdiccionales del ámbito interno -y ello, aún con relación a conductas que consideren ilícitas- como forma de contribuir a la reconciliación luego de producidos hechos que conmovieron la paz interior. Esto es, decidir la amnistía de presuntos responsables (1) o disponer para la investigación de los hechos la constitución de comisiones cuasi-judiciales. Estas Comisiones de la Verdad pue-

(1) En materia de diligencias penales el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional contempla en el art. 6. 5 la posibilidad de que a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procuren conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado. Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU entiende que las leyes de amnistía son contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Barrios Altos* (Chambipuna Aguirre y otros c. Perú), Sentencia del 14-III-2001, Serie C, N° 75, las consideró carentes de efectos legales. La práctica de los gobiernos en los últimos años exhibe ejemplos de este tipo de medidas aun cuando acotadas en su alcance. En Camboya, en 1994, el gobierno adoptó una norma poniendo fuera de la ley al Kmer Rouge pero brindando la posibilidad de otorgar una amnistía a los rangos inferiores y medios que desertasen sin perjuicio de que eventualmente se llevase ante la justicia a los culpables del genocidio ocurrido entre 1975 y 1979; en Argelia, la ley adoptada en 1999 relativa al restablecimiento de la concordia contempla la posibilidad de otorgar a quienes desistan de cometer actos subversivos el beneficio de eximirlos o disminuirles la pena o colocarlos bajo un régimen de *probation;* el Acuerdo de Paz de 1999 con relación a Sierra Leona contuvo el perdón y la amnistía para todos los que participaron en los enfrentamientos pero no se incluyó a quienes fuesen acusados de cometer crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y violaciones graves del derecho internacional humanitario, conforme a la reserva efectuada en ese sentido por el Representante Especial del Secretario General de la ONU al firmar este acuerdo. En la Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* Simón, J. H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad, el 14 de junio de 2005 declaró sin efecto las leyes 23.492 y 23.521 -que habían sido consideradas leyes de amnistía en una decisión anterior del mismo Tribunal- así como cualquier acto fundado en ellas que pudiese oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Argentina. Parte de la doctrina entiende, sin embargo, que amnistías selectivas en razón de la gravedad de los hechos de los que se acusa si se acompañan con el respeto del derecho de las víctimas a una compensación y a la verdad, no parecerían merecer objeciones, señalándose en ese sentido que los instrumentos de derechos humanos, si bien contienen la obligación de proteger los derechos que amparan, no incluyen la obligación de juzgar penalmente a quienes los infringen; *conf.*, Broomhall, Bruce, International Justice and the *International Criminal Court – Between Sovereignty and the Rule of Law*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 93 y sigs.

den ser un valioso sustituto del proceso jurisdiccional cuando circunstancias internas indiquen que comportan una alternativa apropiada para la pacificación interior. En general, se trata de organismos establecidos por el propio Estado con la competencia de recoger pruebas con relación a graves ilícitos, tales como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, o genocidio, a través de testimonios de las víctimas o de confesiones de los responsables, investigando las causas y redactando un informe público de los hechos con recomendaciones (2). Cabe tener en cuenta, sin embargo, que estas Comisiones -instituidas por voluntad del Estado- son distintas de las Comisiones internacionales de investigación de los hechos en lo que hace a situaciones en las que se violarían masivamente normas del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos que ha sido práctica del Consejo de Seguridad establecer como un mecanismo en el marco de sus facultades para el arreglo pacífico de controversias (3) o de la prevista en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (4). En otros casos, los Estados concernidos, o el Estado en cuyo territorio tuvo lugar un conflicto armado

(2) La Comisión de la Verdad de Sudáfrica, que actuó entre 1995 y 1998, a más de estas capacidades, gozaba de la facultad de otorgar amnistías o recomendar procesamientos a título individual. El Aide-Mémoire, adoptado por el Consejo de Seguridad de la O.N.U. –S/PRST/ 2002/ 615 March 2002- sobre la consideración de medidas tendientes a la protección de los civiles en los conflictos armados señala la necesidad de poner término a la impunidad de los responsables de serias violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos por lo que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra deberían excluirse de disposiciones de amnistía, entendiéndose que los arreglos locales que se adoptasen para la verdad y la reconciliación sólo podrían incluir tal medida en lo que hace a los rangos inferiores.

(3) Carta O.N.U., Capítulo VI, estas Comisiones tienen por objeto recoger información y prueba en miras a la eventual incriminación de responsables con el carácter de organismos subsidiarios del Consejo de Seguridad, conforme al art. 29 de la Carta; tal el caso de la Comisión para la ex -Yugoslavia, Resolución 780 (1992); de la Comisión para Ruanda, Resolución 935 (1994); o de la Comisión para Burundi. Resolución 1012 (1995); pueden considerarse antecedentes de estas Comisiones a la Comisión de los Balcanes, creada en 1913 por la Fundación Carnegie para la paz internacional, la Comisión de 1919 sobre las responsabilidades de los autores de la guerra y sobre la aplicación de sanciones por violaciones de leyes y costumbre de la guerra, en relación con la Primer Guerra Mundial, y la Comisión de crímenes de guerra de las Naciones Unidas, creada en 1943, por los Aliados en guerra contra el Eje.

(4) 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, art. 90, con competencia de naturaleza voluntaria para proceder a investigar cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el Protocolo o como cualquier otra violación grave de los Convenios o de ese Protocolo y para facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y del Protocolo.

que no sea de índole internacional, pueden entender pertinente concordar en el ámbito internacional el establecimiento de un tribunal especial con el objeto de garantizar plenamente los derechos del acusado a través de una integración mixta; esto es, no sólo con jueces designados por el Estado en cuestión sino también con jueces internacionales, ajenos al conflicto armado en cuyo contexto se habrían cometido los crímenes para los que se les atribuye competencia (5).

La multiplicidad de criterios adoptados por los Estados para establecer su jurisdicción conduce a que en ocasiones concurran sus voluntades para conocer en un mismo hecho porque la conducta dañosa, o sus efectos, se perpetra o concierne a más de un Estado. Si así fuese, el derecho internacional general no aporta ninguna norma útil para solucionar la cuestión que se plantea cuando dos o más Estados, sobre bases distintas, alegan tener jurisdicción para conocer en un mismo ilícito. De este modo, eventuales cuestiones de conflicto de jurisdicción sólo podrían resolverse a través del acuerdo entre los Estados interesados. Este acuerdo puede

(5) En el caso de Sierra Leona, luego de concluido el Acuerdo de Paz de 1999 entre el gobierno, el Frente Unido Revolucionario (RUF) y el Secretario General de la ONU, el gobierno solicitó a la ONU que estableciese un Tribunal Internacional para juzgar a los responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario durante la guerra civil. El Consejo de Seguridad instruyó al Secretario General por la Resolución 1315 (2000) para que negociase con Sierra Leona el establecimiento de un tribunal especial independiente, recomendando que en su competencia se incluyesen crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves al derecho internacional así como crímenes establecidos en el derecho de Sierra Leona cometidos por personas que tengan la mayor responsabilidad por estos crímenes. Luego de concluidas las negociaciones el Secretario General presentó su informe al que acompañó el acuerdo al que se llegó y el estatuto del tribunal (S/2000/ 915). Es decir que este Tribunal se estableció por un tratado y no por una Resolución del Consejo de Seguridad. En el art. 8 del Estatuto se prevé que su jurisdicción es concurrente con la de los Tribunales de Sierra Leona pero que tiene primacía sobre ellos. El Tribunal está integrado por dos Salas de 3 jueces y una Cámara de Apelación de cinco jueces. Sierra Leona designa uno de los 3 jueces de cada Sala y dos de la Cámara, los restantes serán designados por la ONU al igual que el Fiscal y el Secretario. Sierra Leona designa el Fiscal Adjunto. El Tribunal tiene competencia para conocer en crímenes de lesa humanidad, violaciones al artículo 3 común y al Protocolo II así como otras violaciones al derecho internacional humanitario. El art. 4 del Estatuto incluye los ataques intencionales contra civiles, personas *hors de combat* y personal y material de las misiones de paz así como el reclutamiento forzado de niños menores de 15 años con el fin de que participen directamente en las hostilidades. La aplicación del derecho de Sierra Leona corresponde cuando una situación en particular o uno de sus aspectos se considere que no está regulada o que está inadecuadamente regulada por el derecho internacional. El art. 10 establece que las amnistías otorgadas con relación a los crímenes incluidos en los arts. 2-4 del Estatuto no impiden el juzgamiento por el Tribunal. El Tribunal debe aplicar las Reglas de Procedimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Cámara de Apelaciones ha de considerar como guía la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de los Tribunales *ad hoc*.

alcanzarse como modo de solucionar un concreto diferendo o bien incluirse en un tratado bilateral o multilateral en el que se establezca el criterio a seguir para determinar la jurisdicción que ha de conocer si, a partir de su vigencia, se cometiese un ilícito que interesase a más de uno de los Estados Parte. Asimismo, ciertos tratados multilaterales en los que se tipifican delitos o crímenes internacionales incluyen criterios atributivos de jurisdicción. Tal el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, en la que se establece que la jurisdicción habilitada para conocer en el delito de piratería es la del Estado cuyo buque o aeronave militar haya realizado el apresamiento (6) o de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en la que se dispone que las personas acusadas de cometer el crimen han de ser juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la Corte penal internacional que correspondiese (7). Otros tratados, en cambio, contemplan criterios alternativos. Así, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional los Estados Parte se obligan a establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados en ella cuando se cometan bajo su jurisdicción pero están también facultados para hacerlo cuando la víctima sea uno de sus nacionales, cuando quien incurra en el ilícito sea un nacional suyo o una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; cuando la participación en un grupo delictivo organizado se lleve a cabo fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio; o cuando el blanqueo de capitales se realice fuera de su territorio con miras a la comisión dentro de su territorio de uno de los delitos que determina al respecto este tratado (8). La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (9) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (10) disponen en términos más o menos similares que los Estados Partes quedan obligados a instituir su jurisdicción cuando los crímenes que se tipifican en estos tratados se comentan en un territorio bajo su jurisdicción

(6) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 107.

(7) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. 6.

(8) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 15.

(9) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 5.

(10) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 4.

o cuando el presunto delincuente sea su nacional pero que, asimismo, están habilitados a establecerla -si lo considerasen apropiado- cuando la víctima sea su nacional. En todos estos supuestos en los que se concuerdan criterios alternativos entre quienes expresan la voluntad de obligarse por el tratado, en realidad no se está solucionando *a priori* un eventual diferendo por la concurrencia de jurisdicciones penales sino que tales normas permitirían inferir una voluntad política de los Estados Partes de ver reflejadas en las normas convencionales disposiciones internas en las que siguen los criterios de territorialidad, o de nacionalidad activa o pasiva. Por cierto, en doctrina se suelen postular soluciones diversas a este tipo de conflictos. Un criterio propuesto es el del "vínculo razonable" conforme al cual el ejercicio de la jurisdicción dependería de la conexión más fuerte posible -*the strongest possible connection*- entre la conducta y el foro que sostiene tener jurisdicción (11). Otro criterio agrega la conveniencia de considerar los principios de no intervención y proporcionalidad (12) y un último criterio entiende que el Estado puede ejercer su jurisdicción sólo cuando se ve afectado sustancialmente por el acto (13).

Los Estados que siguen el criterio de territorialidad suelen invocarlo como fundamento de dos interpretaciones que, en realidad, se contraponen. Así, en tanto que unos toman en cuenta que el ilícito ha comenzado o de algún modo ha tenido lugar en su territorio, sin considerar dónde se producen los efectos (14), otros Estados, en cambio, entienden que tienen jurisdicción precisamente porque los efectos se producen en su territorio independientemente del lugar en el que el ilícito se haya cometido (15).

(11) Mann, F.A., "The doctrine of jurisdiction in international law", *RCADI*, 111, 1964, pp. 82 y sig.

(12) Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 313; véase al respecto Bantekas, I, Nash, S. y Mackarel, M., *International Criminal Law*, London, Cavendish, 2001, pp. 15 y sigs.

(13) McDougal, M. and Reisman, W. M., *International Law in Contemporary Perspective*, Mineola, New York: Foundation Press, 1981, p. 1274.

(14) La jurisdicción territorial se fundamenta en el principio de soberanía territorial del Estado y, en sus orígenes, tenía como objetivo contribuir a la consolidación de la centralización del poder frente a formas de justicia privada que atentaban contra la paz y la seguridad de una determinada comunidad.

(15) En el caso del *Lotus* (Francia-Turquía), C.P.J.I., serie A, n" 10, en el que el buque de bandera francesa Lotus había abordado en alta mar al buque de bandera turca Boz-court, las autoridades turcas entendieron que en razón de que el buque en el que como consecuencia del abordaje murieron miembros del equipaje tenía bandera turca, le correspondía a sus autoridades competentes juzgar al capitán del buque francés. Francia, en cambio, sostenía que debía entender en el caso

Esta segunda interpretación, comportaría alegar un criterio de protección de sus intereses nacionales ya que entenderán gozar de jurisdicción siempre que de algún modo se consideren afectados por el ilícito. Tal sería el caso si se ingresasen drogas ilícitas en su territorio por una asociación constituida con tal fin fuera de él. El Estado, sobre la base del criterio que se comenta, probablemente sostendría estar habilitado para juzgar a los miembros de esa asociación ilícita aun cuando operase fuera de su territorio.

Los Estados que postulan un criterio de jurisdicción personal activa sostienen gozar de jurisdicción si el actor de una conducta tipificada como ilícita en su legislación es su nacional, independientemente del lugar en que haya llevado a cabo el acto o de aquél en el que produzca efectos (16). Quienes, en cambio, fundan el ejercicio de la jurisdicción en la nacionalidad pasiva, entienden encontrarse habilitados a juzgar cuando la víctima es su nacional, alegando su interés en proteger a sus nacionales en el extranjero cuando consideren que el Estado territorial es negligente, no desea procesar al culpable o no se encuentra en condiciones de hacerlo.

Los distintos criterios de incriminación penal adoptados por los Estados en razón de su soberanía -que podrían llegar a plantear problemas de conflictos de jurisdicción- pertenecen, en realidad, al ámbito del derecho penal internacional (17) y no al del derecho internacional penal, aun cuando la incriminación de la conducta como delito o como crimen reconozca su fuente en el ordenamiento jurídico internacional y sin perjuicio de que, en algunos supuestos, la norma internacional que tipifique la ilicitud también pueda contener reglas atributivas de jurisdicción que los Estados que se encuentren obligados por ellas deban implementar en sus

su jurisdicción. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 97. 1 establece que en caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, sólo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado del que dichas personas sean nacionales.

(16) en sus orígenes este tipo de jurisdicción tenía por objeto el control de las personas sometidas a un señor feudal donde quiera que éstas se encontrasen; al presente, se aplica en ciertos supuestos tales como la situación en que se encuentran miembros de las fuerzas armadas de un Estado estacionadas durante un periodo determinado en el extranjero en aplicación de un acuerdo de seguridad colectiva

(17) Yokaris, Angelos, "Les critères de compétence des jurisdictions nationales", en Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet Alain (dir.), *Droit International Pénal*, París, Pedone, 2000, pp. 897 y sigs.

ámbitos internos a través de las medidas que entiendan pertinentes. En ese sentido, cabe recordar que aún cuando en ciertos ordenamientos internos pudiese entenderse suficiente con relación al principio *nullum crimen sine lege* la vigencia del tratado en el que se establece la figura penal o la existencia de la norma consuetudinaria que la contiene, a fin de satisfacer el requerimiento del principio *nulla poena sine lege*, siempre sería necesaria la norma local que establezca la que correspondería al ilícito en cuestión (18) puesto que un intento de subsumir el delito o el crimen internacional en figuras penales ya existentes del ordenamiento nacional podría conducir a decisiones por analogía contrarias a los principios de legalidad y especialidad, propios del derecho internacional penal.

b. La jurisdicción penal universal

El antecedente de la aceptación por los Estados soberanos de la conveniencia de una jurisdicción penal de tipo universal se remonta al siglo XIX y está directamente vinculado con el convencimiento de que ciertas conductas -perjudiciales en sus relaciones mutuas- no podían quedar sin castigo por el hecho de que se cometiesen en espacios fuera de las jurisdicciones nacionales. En virtud de ello, los Estados adoptaron la práctica de incluir en sus legislaciones normas que atribuían a sus tribunales la competencia para conocer en ciertos ilícitos de fuente internacional (19). Así fue del caso en lo que hace a los delitos de piratería o de tráfico de esclavos. Con el transcurso de los años y, en particular luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando el individuo no sólo ve reconocidos sus derechos en virtud del ordenamiento jurídico positivo a partir de la vigencia de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas sino que también se le imponen concretas obligaciones frente a la comunidad internacional, la violación de estas obligaciones va a comprometer su responsabilidad, no debiendo ser que quede impune la comisión de tales actos. En estos casos el juzgamiento de los presuntos responsables persigue una doble finalidad; sancionar al imputado -a través de un juicio en el que se

(18) Abellán Honrubia, Victoria, "La responsabilité internationale de l'individu", *RCADI*, 280-1999, p. 263.

(19) tal el caso de la Constitución de la Nación Argentina, art. 118; véase Resolución del Institut de droit international, 7-IX-1883, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, t. VII, p. 123.

respeten las reglas del debido proceso (20) - a la par que prevenir la reiteración de los crímenes más graves de trascendencia internacional, desalentando a quienes en el futuro intentasen cometerlos. El ejercicio de una jurisdicción penal universal no requeriría, entonces, un vínculo específico entre el acto o la persona y el Estado que la alegue sino que se basaría en el ordenamiento jurídico internacional que la establece para ciertos crímenes (21). Esto es, que en la especie no resultarían aplicables criterios de derecho interno de territorialidad -porque el crimen no se habría cometido en un espacio bajo la jurisdicción del Estado que va a juzgar o no surtiría efectos específicos en su territorio- ni de nacionalidad, porque ni el acusado ni la víctima habrían de ser sus nacionales. El único vínculo entre la persona y la jurisdicción estadual sería el hecho de que se la acusa de la violación de una obligación *erga omnes* que, en virtud del derecho internacional, habilitaría a ejercer universalmente la acción penal (22).

Una jurisdicción penal con tal alcance es la acordada por los Estados en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, con relación a las conductas allí tipificadas como infracciones graves; esto es, como crímenes de guerra (23). Esta obligación convencional de juzgar o dar a juzgar a las personas acusadas de cometer o dar la orden de cometer las infracciones graves a los Convenios, en los años transcurridos desde 1949, ha adquirido el carácter de una obligación del derecho internacional general oponible a todos los Estados en razón de que el contenido mismo de los principios de derecho internacional humanitario incorporados a los Convenios, por el hecho de su aceptación generalizada, tienen el carácter de derecho consuetudinario (24). Pero los Convenios de Ginebra de 1949

(20) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.

(21) *conf.*, Randal, K., "Universal jurisdiction under international law", *Texas Law Review*,, 1988- 66; Kobrick, E.S. "The *ex post facto* prohibition and the exercise of universal jurisdiction over international crimes", *Columbia Law Review*, 1987-87.

(22) la Corte Suprema de Israel, en decisión del 29-V-1962, en el caso *Eichman*, al rechazar la excepción de falta de jurisdicción por carencia de vínculo alguno -territorial o de nacionalidad- sostuvo que no sólo los crímenes en los que conocía tenían carácter internacional sino que por su envergadura conmovían los cimientos mismos de la comunidad internacional por lo que el Estado de Israel tenía la capacidad de ejercer la jurisdicción universal sin interesar que a la época de los hechos este Estado no hubiese existido; extracto citado en Bassiouni, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 124-125.

(23) Convenios I/ 49; II/ 50; III/ 129; IV/ 146.

(24) C.I.J., caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, fondo, (Nicaragua-Estados Unidos), *Recueil*. 1986, para. 218.

no sólo contienen la obligación de hacer comparecer ante los tribunales nacionales a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer un crimen de guerra que se encuentren en el territorio de un Estado, sea cual fuere su nacionalidad, sino que -en primer lugar- se establece que con tal objeto han de buscarlas. Por cierto, una vez que el Estado las detenga, si lo prefiere, y según las disposiciones de su propia legislación, podría no entender pertinente ejercer su jurisdicción pero en tal supuesto debería extraditarlas para que sean juzgadas por otro Estado interesado, si éste ha formulado contra ellas cargos suficientes. Es decir que, con relación a los crímenes de guerra tipificados en los Convenios, con su adopción en 1949, se incorporó al ámbito material de la jurisdicción penal universal la obligación de buscar a los acusados de cometerlos o de haber dado la orden de cometerlos sea cual fuese su nacionalidad o el lugar en el que la conducta tuvo lugar. Asimismo, el deber asumido a través de estos tratados comporta una alternativa puesto que si se lograse la detención de los inculpados el Estado puede tanto llevarlo ante sus Tribunales para que sean juzgados con todas las garantías de procedimiento y de libre defensa o bien entregarlos a otro Estado a condición de que éste tenga interés en el enjuiciamiento, habiendo formulado cargos con tal objeto. Por ende, en virtud de los Convenios y del derecho consuetudinario que se ha gestado a partir de sus normas se establece una jurisdicción universal obligatoria en el sentido de que es deber de los Estados ejercer su jurisdicción ante infracciones graves de las obligaciones que establecen. Por otra parte, sería dable interpretar que no sólo habilitan una jurisdicción universal territorial, con relación a quienes se encuentren en espacios sometidos a su jurisdicción, sino que también con sustento en esta normativa los Estados estarían facultados a ordenar investigaciones o iniciar causas contra acusados que no se encuentren en su territorio siempre que su sistema jurídico contemplase tal tipo de procedimientos.

Ahora bien, para que sea aplicable este sistema -conforme al cual la jurisdicción universal opera con relación a las infracciones graves establecidas en los Convenios, atribuyendo a los Estados la alternativa de juzgar o dar a juzgar- es necesario que los Estados adopten las medidas internas que pudiesen resultar pertinentes. En efecto, en razón de las características de cada derecho interno, muy posiblemente no sólo podría ser del caso que se debiese establecer el Tribunal que habría de tener competencia y el procedimiento a seguir -sea para conocer en el fondo, sea para

resolver sobre la legalidad de un pedido de extradición formulado por un tercer Estado- sino que, a más, en virtud del principio de especialidad propio del derecho penal, quizás en la legislación doméstica habría que determinar la sanción a aplicar, reiterando para ello la figura tipificada como crimen en la normativa internacional (25). En ese sentido, al adoptar medidas internas parecería importante tomar en consideración que la jurisdicción habría de extenderse a todos las personas que violen las normas sea cual fuese su nacionalidad e independientemente de si la infracción se cometió en el territorio del Estado en cuestión o en el extranjero. Por otra parte, en aplicación del principio *ne bis in idem,* sería deseable que se contemplasen situaciones en las que una persona acusada ya hubiese sido juzgada por la misma infracción ante una jurisdicción extranjera, caso en el cual no parecería resultar procedente intentar llevarlo nuevamente ante la justicia. Asimismo, con relación a infracciones cometidas en el extranjero, habrían de tomarse en cuenta los problemas que podría plantear reunir pruebas, considerándose todos estos aspectos en acuerdos de asistencia judicial de los que los Estados fuesen Parte o en los que negociasen en un futuro.

Ahora bien, a la luz del objeto y fin del derecho internacional humanitario y de la evolución de este ordenamiento jurídico, cabe señalar que también sería dable interpretar -a la luz de las disposiciones de los Convenios en materia de jurisdicción penal universal- que este tipo de jurisdicción podría aplicarse a todas las violaciones de las leyes y usos de la guerra que constituyen crímenes de guerra (26) así como a las violaciones de las conductas prohibidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; ello, aun cuando en estos supuestos pudiese tratarse no ya de una jurisdicción que los Estados estuviesen obligados a establecer sino que su institución sería facultativa.

La obligación de adoptar medidas internas para juzgar a las personas imputadas de cometer crímenes de guerra que se encuentren en un territorio bajo la jurisdicción de un determinado Estado *-forum deprehensionis-* o de darlas a juzgar a otro Estado que haya formulado contra ellas cargos suficientes *-aut dedere aut judicare-* ulteriormente ha sido incor-

(25) de La Pradelle, Géraud, "La compétence universelle", en Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet Alain (dir.), *Droit International Pénal,* París, Pedone, 2000, pp. 905 y sigs.

(26) Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 85.

porada en otros tratados multilaterales con vocación universal, vinculando a los Estados que expresan el consentimiento en obligarse por ellos. Tal el caso de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (27), de 1984; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (28), de 1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 1971 (29); la Convención para la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973; la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 1979; la Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, de 1988 (30); el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas sobre la plataforma continental, de 1988; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 1997 (31); el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 1999 (32); o la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000 (33). Sin embargo, aun cuanto en estos tratados se establece una obligación en cabeza del Estado Parte de adoptar normas internas para prevenir y sancionar las violaciones, la extradición de la persona acusada de haber cometido alguna de las infracciones que se tipifican en estos acuerdos por parte del Estado en cuya jurisdicción se encuentre ha de ser objeto de la voluntad de concordar con el Estado que la requiera los términos en que se llevaría a cabo. En consecuencia, en principio, no correspondería entender que en estos instrumentos jurídicos se instituye directamente la obligación de cooperar en miras a la represión de los crímenes o de los delitos que son el objeto de estos regímenes convencionales ya que en realidad se trataría del ejercicio de jurisdicciones extra-territoriales conforme a lo que ha sido pactado (34), por lo que operaría como norma general entre los Estados que han expresado el consentimiento en obligarse por ellos, sin perjuicio de que pudiese mediar un acuerdo específico aplicable a un caso determinado.

(27) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 5.

(28) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, art. 4.

(29) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, art. 5.

(30) Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, art. 3.

(31) Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, art. 3; la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina, *in re* Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición, el 10 de mayo de 2005, desestimó el pedido formulado por el Reino de España de aplicar este tratado para acceder a la extradición por "delitos de terrorismo" en virtud de hechos ocurridos en ese país al entender que el Convenio no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los Estados parte y sin, para ello, pronunciarse sobre el carácter "internacional" o no de las conductas en cuestión.

(32) Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, art. 3.

(33) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, arts. 15 y 16.

Así, la existencia de una regla consuetudinaria de juzgar o dar a juzgar, en principio, sólo parecería estar establecida con claridad en el ámbito de las infracciones graves contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949 (35) -es decir, de ciertas conductas en situación de conflicto armado internacional y directamente vinculadas con éste- y la violación de esta regla podría llegar a comprometer la responsabilidad internacional de naturaleza civil de todo Estado si se configurasen los elementos del hecho internacionalmente ilícito.

El ejercicio de la jurisdicción penal universal con relación a este tipo de crímenes implica, entonces, que el Estado que no haya hecho comparecer al inculpado ante sus propios tribunales habría de extraditarlo cuando le sea requerido para llevar adelante el juicio por otro Estado que ha formulado cargos suficientes. Esta regla de "juzgar o dar a juzgar" está llamada, así, a garantizar la universalidad del sistema represivo previsto por los Convenios (36); sin embargo, parecería que en el estado actual de

(34) *conf.*, Bantekas, I, Nash, S. y Mackarel, M., *International Criminal Law*, London, Cavendish, 2001, pp. 27 y sigs.

(35) el Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia ha señalado que las jurisdicciones nacionales de la ex - Yugoslavia, así como las de todo Estado, están obligadas por el derecho consuetudinario a juzgar o extraditar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, TPIY., *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-AR108bis, *Appeals Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber I of 11 July 1997*, 29-X-1997, para. 29; Tomuschat, Christian, "La cristallisation coutumière", en Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet Alain (dir.), *Droit International Pénal*, París, Pedone, 2000, pp. 23 y sigs.

(36) En ese sentido, y a título de ejemplo, en el caso *Demjanjuk* contra *Petrovski*, juzgado en Estados Unidos en 1985, se aplicó por el Tribunal que conoció la jurisdicción universal con respecto a tales crímenes. Así, se decidió que se podía otorgar la extradición a Israel, Estado solicitante, o a cualquier otro país, de un presunto guardián de un campo de concentración nazi. El Tribunal entendió que los actos cometidos por los nazis y los colaboradores nazis son crímenes universalmente reconocidos y condenados por la comunidad de países ya que son crímenes contra el derecho de gentes y contra la humanidad por lo que el país que incoa diligencias judiciales actúa en nombre de todos los Estados.

las relaciones internacionales no correspondería extenderla en modo directo a toda conducta tipificada como ilícita por el ordenamiento jurídico internacional. En efecto, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, se sugería establecer la obligación de los Estados de prohibir la comisión de estos crímenes, sea donde fuese que se hubiesen cometido o sea quien fuese la persona que los cometió, juzgando o extraditando a los acusados (37); propuesta que no aparece reflejada con tal alcance en el texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado por los Estados, del cual el Proyecto en cuestión es uno de los antecedentes. A la luz de ello sería dable interpretar que la práctica no revela una obligación de derecho internacional general de juzgar o dar a juzgar en todo supuesto en que se violasen normas de *jus cogens* que generan obligaciones *erga omnes;* por cierto, sin perjuicio de lo que Partes en un tratado que las vinculase pudiesen acordar con efecto entre ellas (38).

Un aspecto a ser destacado, sea que se trate de la jurisdicción universal que emana de los principios contenidos en los Convenios de Ginebra de 1949, sea en el supuesto de la jurisdicción extra-territorial que opera entre Estados Partes a tratados con vocación de universalidad, es el de que la cooperación a través de la adopción de medidas internas se presenta como un factor trascendente con relación al derecho penal. Es dable imaginar que un Juez nacional ha de buscar los elementos del crimen del que se acusa a una persona en la norma que lo establece, lo que no siempre emerge con absoluta claridad de la regla de fuente internacional, y -a más- el magistrado interviniente deseará precisiones en lo que hace a los regímenes en materia de tentativa, complicidad, prescripción o penas a aplicar, todo lo cual puede que se considere directamente vinculado al principio de legalidad y a los principios que derivan de éste; es decir, a reglas

(37) *Informe CDI*, 1996, arts. 8 y 9, pp.42-50; el Relator Especial designado por la Comisión para este tema había incluido un artículo sobre el principio *aut dedere aut punire* en el proyecto que presentó en 1987, que la Comisión adopto en la sesión de 1988, como un modo de solucionar la cuestión de la implementación del Código

(38) con relación a casos que revelarían una práctica no uniforme de los Estados, aún con relación a los Convenios de Ginebra de 1949, véase Abellán Honrubia, Victoria, "La responsabilité internationale de l'individu", *RCADI*, 280-1999, pp. 373 y sigs.; en particular, en lo que hace a España, Francia, e Israel, Estados en los que aún aceptándose la jurisdicción universal como fundamento del ejercicio de la competencia penal en algunos supuestos se exige que la persona acusada esté en el territorio del Estado, en tanto que en otros la naturaleza del crimen sería suficiente para fundarla sin que existiese ese vínculo territorial.

fundamentales inherentes al debido proceso como uno de los derechos fundamentales del acusado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

La institución de la jurisdicción penal universal, entonces, se presenta como un recurso que tiende a paliar lo que podrían percibirse como debilidades del sistema internacional desde que la coexistencia de Estados soberanos aparecería como antitética a una jurisdicción única, obligatoria, independiente de que concurran en su aceptación las voluntades de los sujetos originarios de este ordenamiento jurídico. Sin embargo, como el derecho internacional positivo es un sistema de normas jurídicas que no sólo está integrado por un subsistema de coordinación sino que también comprende un subsistema de cuasi-subordinación -originado en la concordancia de esas voluntades soberanas (39) - es conforme a derecho que en el marco de este subsistema se instituyan jurisdicciones penales, de naturaleza obligatoria, con las que los Estados han de cooperar; tal el caso de las jurisdicciones penales internacionales establecidas por Resolución del Consejo de Seguridad en el ámbito de las facultades contenidas en el Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

c. Las jurisdicciones internacionales penales

La institución de jurisdicciones internacionales de naturaleza penal con competencia para conocer en ilícitos cometidos por individuos constituyó una modificación sustancial en el derecho internacional puesto que la efectiva aplicación del ordenamiento jurídico no iba ya a quedar librada exclusivamente a la voluntad de cada Estado soberano y ante ellas comparecerían acusados de cometer crímenes que interesan a toda la comunidad, independientemente del cargo oficial que pudiesen detentar. Ahora bien, estas jurisdicciones se han establecido sea por tratados entre Estados sea por resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, necesariamente, unas y otras se vinculan con las jurisdicciones nacionales aún cuando la relación entre ambas instancias -internacional e interna- no tenga siempre el mismo carácter. Al primer tipo -esto es, a las que se establecen por acuerdo de voluntades entre Estados- pertenecieron los Tribunales Militares

(39) Carta O.N.U., en particular, arts., 25, 39, 41, 42 y 103.

Internacionales de Nüremberg y de Tokio y, al presente, la Corte Penal Internacional. Al segundo, los Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad para la ex -Yugoslavia y para Ruanda.

En el caso de los Tribunales Militares Internacionales su jurisdicción -en el ámbito de sus competencias- prevalecía sobre las de derecho interno. En cambio, en el caso de la Corte Penal Internacional, ésta es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales en el sentido de que sólo podrá ejercerse con relación a los Estados que la acepten (40) siempre que el Estado en cuestión no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo (41). Es decir que, en ese sentido, podría interpretarse que el objetivo último de este tratado no es el de que entienda la Corte sino el de instar a los Estados a que adopten en el plano nacional las medidas necesarias para asegurar que las personas acusadas de haber cometido los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (42) sean efectivamente sometidas a la acción de sus tribunales. Sin embargo, hay un supuesto en el que el tratado que la instituye permitiría considerar que su jurisdicción tendría, en principio, primacía sobre las jurisdicciones nacionales ya que está habilitada a ejercer su competencia cuando una situación fuese remitida para su conocimiento por el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta (43). Es decir que este caso se vincularía, en cuanto al ejercicio por el Tribunal de la facultad de decidir, al del establecimiento de una jurisdicción penal *ad hoc* por una decisión de este órgano como ocurre con los Tribunales para la ex - Yugoslavia y para Ruanda. Ello no obstante, en lo que hace a la institución misma de estos Tribunales, no se trata de situaciones análogas. En efecto, el primero de ellos fue creado por el Consejo de Seguridad en ejercicio de los poderes que se le confieren en el Capítulo VII de la Carta (44),

(40) Estatuto CPI, art. 12.

(41) *ibid.*, art. 17. 2.

(42) *ibid.*, Preámbulo.

(43) *ibid.*, art. 13 b); el Consejo de Seguridad por la Resolución 1593 (2005) decidió remitir la situación en Darfur desde el 1 de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional y decidió -además- que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal aun cuando Sudan, al 14-XI-2005, no es Estado Parte al Estatuto de la Corte.

(44) Carta ONU, arts. 39 y 41.

actuando de oficio (45). En cambio, en el caso del Tribunal para Ruanda, éste fue establecido también por el Consejo actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta (46) pero su institución había sido requerida por el Estado interesado; esto es, Ruanda. A pesar de esta diferencia, ambos Tribunales ad hoc gozan de jurisdicción concurrente con los Tribunales nacionales pero ambos tienen primacía sobre ellos en el sentido de que en cualquier etapa del procedimiento pueden pedir oficialmente a los Tribunales nacionales que convengan en la competencia del Tribunal Internacional (47) .

En lo que hace a la capacidad de decidir en derecho atribuida a los Tribunales Internacionales, tampoco tiene ésta siempre el mismo alcance. En efecto, los Tribunales Militares Internacionales gozaban de una competencia de tipo personal ya que estaban habilitados para juzgar y castigar a las personas que, actuando en el interés de los países del Eje, sea a título individual, sea como miembros de organizaciones, hubiesen cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad (48). El Tribunal Penal Internacional para la ex -Yugoslavia goza, en cambio, de una competencia de tipo territorial, referida a los crímenes que se cometan en el territorio de la ex - Yugoslavia a partir de 1991 y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda tiene tanto competencia personal como territorial ya que está habilitado para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda en 1994 y los cometidos por nacionales ruandeses en países vecinos por el mismo lapso. Por último, la competencia de la Corte Penal Internacional es territorial y personal puesto que

(45) Consejo de Seguridad, Resolución 808 (1993).

(46) Consejo de Seguridad, Resolución 955 (1994).

(47) Estatuto TPIY., art. 9 y Estatuto TPIR., art. 8; una de las personas actualmente condenadas por Tribunal Penal Internacional para la ex -Yugoslavia, Dusko Tadic, fue entregada por Alemania al Tribunal cuando éste lo solicitó no obstante que su juzgamiento se había iniciado ante dicha jurisdicción. En un acuerdo concluido en Roma, el 18-II-1996 entre los Presidentes de la República Federativa de Yugoslavia, Croacia y la República de Bosnia y Herzegovina se estableció la revisión por el Tribunal Internacional de ciertos casos de detención para su juzgamiento por las autoridades nacionales de estos países; conforme a los arts. 9 y 11 bis del Reglamento de Procedimiento y Prueba, la Fiscalía puede plantear ante la Primera Instancia la incompetencia de un tribunal nacional en un proceso en curso porque el acto por el que está conociendo está calificado como delito de derecho común; el procedimiento tiene por objeto sustraer al acusado de su responsabilidad internacional penal; o el objeto del procedimiento se refiere a hechos o a puntos de derecho que inciden en investigaciones o procedimientos en curso ante la instancia internacional.

(48) Estatuto Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, art. 6.

puede entender cuando sea Parte del Estatuto el Estado en el que haya tenido lugar la conducta de que se trate o el de la nacionalidad del acusado (49), a menos que la situación le haya sido remitida por el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, caso en el cual no sería necesario que fuese Estado Parte aquél en el que se presente la situación que es objeto de la decisión (50).

Ahora bien, el hecho de que al considerarse las jurisdicciones internacionales penales la referencia inexcusable sea a los Tribunales Militares instituidos con motivo de la Segunda Guerra Mundial, los creados por el Consejo de Seguridad o la Corte Penal Internacional, no implica que el propósito de luchar contra la impunidad a través del establecimiento de instancias internacionales cuando los Estados no estuviesen en condiciones o no deseasen ejercer su jurisdicción date recién de mediados del siglo XX. En efecto, una propuesta de crear por acuerdo de voluntades una Corte Penal Internacional ya había sido formulada en el siglo XIX por Gustave Moynier -uno de los fundadores del actual Comité Internacional de la Cruz Roja- con el objeto de conocer en las violaciones del Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña que se había adoptado en 1864. Sin embargo, esta iniciativa no encontró eco en los Estados. El Tratado de Paz de Versalles, al establecer la responsabilidad personal del Kaiser Guillermo II y de quienes habían ejecutado sus órdenes, también reconocía el derecho de los Estados Aliados y Asociados de establecer tribunales militares con el objeto de juzgar a los soldados alemanes acusados de crímenes de guerra; aun cuando estos tribunales nunca se establecieran (51). Ya en 1937, en el período entre las dos Guerras Mundiales, bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones se adoptó una Convención para la Creación de una Corte Penal Internacional pero este tratado no entró en vigor al no alcanzarse el número necesario de ratificaciones que se preveía en su texto.

(49) Estatuto CPI, art. 12. 2.

(50) *ibid.*, art. 13. b).

(51) véase lo relatado al respecto en el Capítulo IX, El derecho internacional humanitario y los crímenes de guerra y en el Capítulo XI, El derecho internacional de los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de genocidio; cabe agregar que en el Tratado de Paz de Sèvres, de 1920, con relación a Turquía, se preveía el juzgamiento de los responsables no sólo cuando las víctimas hubiesen sido soldados de los Estados Aliados o Asociados o civiles en territorios ocupados, sino también cuando se tratase de sujetos del Imperio Otomano en lo que podría considerarse un primer intento de delinear lo que al presente son los crímenes de lesa humanidad.

Luego de terminada la Segunda Guerra Mundial, bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas, se adoptó en 1948 la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. El art. 6 de este tratado establece que "las personas acusadas de genocidio...serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". En virtud de esta referencia a una corte de naturaleza penal, el mismo día en que en el ámbito de la Asamblea General se adoptó el texto de la Convención, también se encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (52) preparar un Estatuto para la corte internacional y un Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. La Comisión trabajó a lo largo de los años en los dos proyectos; el uno, referido a la cuestión del establecimiento de la jurisdicción penal internacional, y el otro -vinculado a la formulación de los Principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en la sentencia del Tribunal- un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En 1991, finalmente, este organismo subsidiario de la Asamblea General adoptó en primera lectura un Proyecto de Código de crímenes que se envió para sus comentarios a los Estados miembros. En este proyecto, en el que se definían crímenes, también se consideraba la cuestión de la participación en su comisión así como eximentes de responsabilidad y penas a aplicar. En 1994 la Comisión adoptó una versión final del Proyecto de Estatuto para la Corte Penal bajo la forma de tratado, sometiéndolo a la Asamblea General (53), y en 1996 a la luz de los comentarios de los gobiernos adoptó el proyecto final del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, sugiriendo que podría asumir la forma de una tratado, una Declaración de la Asamblea General o incluirse en el articulado del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Ambos instrumentos fueron antecedentes particularmente

(52) Asamblea General, A/ 260 B (III); la Comisión de Derecho Internacional es un organismo subsidiario de tipo técnico-jurídico de la Asamblea General, creado por Resolución A / 174 (II) para colaborar con este órgano en la labor que se le encomienda en el art. 13. 1 a) de la Carta de promover estudios y hacer recomendaciones para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

(53) Crawford, James, "The ILC'Draft Statute for an International Criminal Tribunal, *AJIL*, 1994-88, pp. 140 y sigs. y "The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court, *AJIL*, 1995-89, pp. 404 y sigs.

valiosos para la preparación del Estatuto y, en lo que hace al Código, el Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia ha destacado que este proyecto constituye un instrumento internacional autorizado que puede constituir evidencia del derecho consuetudinario, aclarar el alcance del contenido de ciertas normas o el hecho de que se encuentren en proceso de formación o indicar puntos de vista de juristas eminentes que representan los sistemas legales del mundo (54).

En el Proyecto de Estatuto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional se proponía que la Corte se estableciese mediante un tratado internacional y -reconociendo que era esencial lograr el máximo apoyo posible por parte de los Estados- se sugería que la jurisdicción debía basarse en el consentimiento y contemplar la cooperación entre los Estados y el Tribunal.

La Asamblea General decidió proseguir los trabajos para el establecimiento de una corte penal internacional, tomando como base el proyecto de estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional. Para ello se formó un Comité *ad hoc* que sesionó en dos oportunidades en 1995 y en el que la distinción entre un Código y un Estatuto que había realizado la Comisión no se retuvo sino que se optó por preparar un instrumento único con una detallada definición de los crímenes así como disposiciones sobre principios generales de derecho penal, gestándose la idea de considerar una jurisdicción que fuese complementaria de las nacionales en el sentido de que sólo estuviese habilitada para entender si un Estado no deseaba o no estaba en condiciones de hacerlo. Durante 1996 se reunió en dos oportunidades la Comisión Preparatoria, convocada por la Asamblea General, invitándose a participar a los Estados Miembros, organizaciones internacionales gubernamentales y organizaciones no gubernamentales. Durante 1997 la Comisión sesionó en tres oportunidades, llegándose a un texto consolidado de las varias propuestas en enero de 1998, el que contenía una suerte de código penal de fondo y de forma. El 15 de junio de ese año, la Conferencia Diplomática convocada por la Asamblea General, inició en Roma sus trabajos, participando las delegaciones de alrededor de 160 Estados y de organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales (55). El 17 de julio de 1998, finalmente, se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional bajo la forma de un tratado internacional -por 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones- así como el Acta Final de la Conferencia. Al entrar en vigor el Estatuto, la Asamblea de los Estados Partes aprobó los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba que han de guiar al Tribunal en el ejercicio de su competencia. La Parte IX del Estatuto está dedicada a la cooperación internacional y la asistencia judicial y, si bien la primer disposición de esta parte contiene una regla general que establece la obligación general de los Estados Partes de cooperar plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia (56), muchas otras normas de su articulado así como de las Reglas de Procedimiento y Prueba particularizan esta obligación con expresa referencia a medidas que fuesen pertinentes en sus derechos internos.

(54) TPIY., *The Prosecutor v.Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, *Judgement*, 10-XII-1998, para. 227.

II. LA COOPERACION

a. La cooperación entre los Estados

El accionar conjunto de Estados soberanos para luchar contra el delito se fundamentó, originariamente, en el deseo de cada uno de ellos de ver aplicado efectivamente su ordenamiento penal; aún, en casos en que fuese necesario para ello lograr la comparecencia de inculpados u obtener información y otras pruebas que no se encontrasen bajo su jurisdicción. Con el objeto, entonces, de posibilitar el juzgamiento por sus tribunales, los Estados han desarrollado mecanismos en el ámbito internacional que comportan el auxilio recíproco en la búsqueda y entrega de personas acusadas de incurrir en conductas consideradas ilícitas en sus derechos internos a la par que obtener evidencias para llevar adelante una investigación. Tal el caso de la institución de la extradición o, ya en el siglo XX, de la creación de la Organización Internacional de Policía Criminal. Estos

(55) sobre los trabajos preparatorios y las negociaciones véase, entre otros, M. Cherif Bassiouni (ed), *The Statute of the International Criminal Court; A Documentary History*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 1998 y "Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court, *Cornell International Law Journal*, 1999-32, pp. 443 y sigs.

(56) Estatuto CPI., art. 86.

mecanismos están referidos a delitos comunes puesto que si el acto fuese considerado de naturaleza política -calificación que corresponde al Estado territorial- no les serían aplicables (57). Ellos se basan en el principio de reciprocidad entre iguales jurídicamente y generalmente se plasman en tratados internacionales.

La ulterior tipificación en el ámbito internacional de delitos y crímenes requirió que también con relación a estas figuras penales se concordasen mecanismos de cooperación y asistencia judicial; sea -como ya era habitual- en tratados bilaterales, sea en acuerdos regionales o en aquéllos concluidos con vocación de universalidad. En algunos supuestos, el instrumento internacional que determina el ilícito incluye normas directamente vinculadas a la cooperación entre los Estados Partes tendientes al efectivo juzgamiento y castigo de los responsables para lo cual, las más de las veces, es necesaria la adopción de medidas internas legislativas, administrativas, judiciales, o de otra índole. Con el establecimiento de instancias internacionales penales con competencia en el conocimiento de crímenes internacionales, una vez más, la efectiva aplicación del derecho tornó necesario que los Estados cooperasen con ellas para lo cual los mecanismos que habían desarrollado en sus relaciones recíprocas resultaron modelos útiles a ser considerados; por cierto, con las adaptaciones pertinentes en razón de que la vinculación no se establecía ya entre soberanos sino con jurisdicciones creadas directa o indirectamente por los Estados, con las características que derivan de los instrumentos jurídicos que las instituyen.

La extradición, quizás el más antiguo de estos mecanismos de cooperación internacional, comporta la entrega de una persona por el Estado en cuyo territorio se encuentra a otro Estado que la requiere para juzgarla o para que cumpla en él una condena (58). En razón del principio de igual-

(57) el delito político, a diferencia del delito común, comporta un atentado contra el Estado en su carácter de entidad político-jurídica por lo que el fundamento de la no extradición de los delincuentes políticos radica en el hecho de que su conducta es sólo punible por el propio Estado afectado; Podestá Costa, L.A., Ruda, Jose María, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, TEA, 1979, t. I., pp. 430-431

(58) La Rosa, Anne Marie, *Dictionnaire de droit international pénal – Termes choisis*, Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales-Genève, Presses Universitaires de France, 1998, p. 38; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, art.102 b), establece que a los efectos de sus normas por extradición se entiende la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno

dad jurídica que regula las relaciones entre los Estados, esta institución se basa en el acuerdo de voluntades entre el Estado requirente y el requerido; sea en aplicación de un tratado vigente entre ambos, sea en función del principio de reciprocidad. Es decir que, en cuanto al fondo, la fuente de derechos y obligaciones deriva del ordenamiento internacional pero, una vez formulada una solicitud de extradición, el procedimiento que se aplique corresponde al derecho interno del Estado requerido (59) ya que se trata de un acto soberano de gobierno -y no un acto del poder judicial (60) - que, en general, se presenta a través de la vía diplomática. En efecto, la intervención de una instancia jurisdiccional del Estado requerido ante una solicitud de extradición no reviste el carácter de un verdadero juicio penal ya que no se conoce sobre el fondo ni implica decisión alguna acerca de la culpabilidad o inocencia del individuo cuya entrega se requiere en relación con los hechos que han dado lugar al pedido.

La práctica de los Estados en esta materia revela una serie de reglas que se encuentran reflejadas en la mayoría de los tratados de extradición. Así, con sustento en el principio *nulla poena sine lege*, la conducta de que se trate ha de ser considerada como ilícita en los ordenamientos internos de ambos Estados; esto es, que ha de mediar una doble incriminación (61). Con tal objeto se suele incluir en los tratados sea una lista de figuras penales, sea una pena mínima, por las que se puede solicitar la extra-

(59) en la Argentina la extradición está regulada por la ley 24.767 de cooperación internacional en materia penal, publicada en el Boletín Oficial el 16-I-1997, y el Decreto 420/2003, publicado en el Boletín Oficial el 28-VII-2003, conforme al cual es obligatorio el trámite judicial de las solicitudes recibidas en el marco de la ley; véase, D'Alessio, Andrés J., De Paoli, Gustavo A. y Tamini, Adolfo L., "La nueva ley de extradición y cooperación en materia penal" en *La Ley*, 1997-C, pp. 1175 y sigs.; esta ley es aplicada supletoriamente y como norma interpretativa en la relación con el tratado en el que específicamente se funde una solicitud; *conf.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* Crousillat Carreño, José Francisco, s/ extradición, 18-IV-2006, en el que en este aspecto se remite al dictamen del Procurador con cita de *Fallos*: 322:1558; 323:3680; 324:1564, entre otros.

(60) Poutiers, Mikaël, "L'extradition des auteurs d'infractions internationales", en Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet Alain (dir.), *Droit International Pénal*, París, Pedone, 2000, pp. 933 y sigs.

(61) en el caso *Pinochet*, la Cámara de los Lores, aplicando la norma interna –*Extradition Act, 1989*-, señaló que la Convención contra la Tortura establece un crimen internacional por lo que el Parlamento, al adoptar la *Criminal Jurisdiction Act* de 1988 implementando la Convención en el ordenamiento interno, reconoció como una obligación internacional del Estado otorgar la extradición por este crimen con relación a los hechos invocados que se hubiesen producido luego de la entrada en vigor de la norma interna -esto es, luego del 29-IX-1988- entendiéndose con ello satisfecho el requisito de la doble incriminación.

dición. El principio de especialidad en materia penal emerge de tratados en los que se establecen concretamente los delitos por los que las Partes se otorgarán recíprocamente la extradición y, desde un punto de vista histórico, esta práctica está vinculada con la diferenciación entre delitos políticos y delitos comunes. La denegatoria de la extradición por considerar el Estado requerido que el delito es político es un acto de soberanía que, a más, preserva su derecho de conceder asilo si así lo entendiese oportuno. Sin embargo, en ciertos tratados multilaterales se suelen excluir a los crímenes que se instituyen en ellos de la categoría de delitos políticos. Así, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas disponen que los actos tipificados como ilícitos en sus normas no serán considerados delitos políticos para los efectos de extradición (62). En tanto que, en lo que concierne a los crímenes de guerra, si bien los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I a los Convenios establecen la obligación de juzgar a la persona acusada de cometer infracciones graves a sus normas, o darla a juzgar, nada disponen con relación a la naturaleza -común o política- de estos crímenes. Ello no obstante, cabe interpretar que la obligación *aut dedere aut judicare* contenida en estos tratados implícitamente comporta la obligación de cooperar en materia de extradición; esto es, examinar favorablemente cualquier pedido planteado por un país que justifique su interés jurídico en la acusación, si se cumplen los requisitos exigidos por el derecho del Estado requerido (63).

Es de práctica que, una vez otorgada la extradición, el Estado requirente sólo pueda juzgar por el delito en el que fundó su pedido, denegando la re-extradición de la persona si un tercer Estado la peticionase con relación a delitos cometidos antes de la extradición de no mediar el consentimiento del Estado del que originariamente se la extraditó. En cuanto a la pena de muerte, cabe señalar que en muchos tratados se dispone que el Estado requerido puede denegar la solicitud de extradición cuando en el Estado requirente se contemple la pena de muerte para el delito por el que se formula el pedido a menos que este Estado dé garantías de no condenar a esta pena en caso de que su solicitud fuese aceptada. Asimismo, los Estados no suelen otorgar la extradición por delitos del derecho militar que no son delitos de derecho penal común ni acceder a la entrega de sus nacionales cuando la extradición es requerida por otro Estado. En lo que hace al principio del doble procesamiento *-non bis in idem-*, en muchos tratados se establece que una persona no será extraditada si ya ha sido juzgada y absuelta o condenada por el mismo delito en otro Estado así como también cuando haya sido indultada o se haya dictado una amnistía con relación a los delitos o crímenes por los que se la solicita. Suele ser de práctica establecer que no es obligatoria la extradición si, sea en el Estado requirente, sea en el Estado requerido, el delito o la pena han prescripto (64). Cabe recordar, sin embargo, que en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas se adoptó en 1968 la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; tratado que contempla tanto la no prescripción de la acción como de la pena en lo que hace a los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, *apartheid* y genocidio conforme a las figuras penales que expresamente se indican en sus disposiciones (65). Asimismo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece que los crímenes de su competencia no prescribirán; esto es, crímenes de guerra, crímenes de

(62) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. 3; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 5; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prevé que el Estado en que se encuentre la persona acusada de no extraditarla someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, considerándose incluidos entre los delitos que dan lugar a la extradición en los tratados celebrados entre los Estados Partes a los que se tipifican en esta Convención; arts. 6, 7 y 8

(63) en los Convenios y el Protocolo, si bien se prevé la posibilidad de extradición como una alternativa al Estado en cuyo territorio o poder se encuentra la persona acusada, no se incluye ninguna norma referida a la cuestión de la aplicación de las excepciones que suelen estar establecidas en la legislación nacional

(64) la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina ha entendido que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, en aplicación de normas del derecho internacional consuetudinario a las que le atribuye el carácter de imperativas, son imprescriptibles; *conf.*, Priebke, Erich, *Fallos*:318:2148; Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, *Fallos*: 327:3294 y 3312; en cambio, desestimó una solicitud por delitos de terrorismo en el marco del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas -en vigor tanto para el requirente como para el requerido- por entender que la acción estaba prescripta a la luz de la legislación argentina y que el Convenio en cuestión no modifica para los delitos en él contemplados las disposiciones del tratado bilateral entre la Argentina y el Estado requirente desde que no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho, sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los estados partes; Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición, 10-V-2005

(65) la falta de una amplia ratificación por parte de los Estados suscita interpretaciones no concordantes en cuanto a si la Convención sería -o no- declarativa del derecho vigente.

lesa humanidad, genocidio y agresión, tal como se tipifican en sus normas (66).

El principio de no indagar ni en relación con los motivos alegados por el requirente en su solicitud ni sobre su sistema de administración de justicia, rechazándose todo intento del acusado de producir prueba tendiente a demostrar que ese Estado no respeta los derechos que emanan del debido proceso en razón del modo en que estaría organizada la administración de justicia, es una aplicación de la buena fe conforme a la cual los Estados han de cumplir la obligaciones internacionales contraídas por ellos. Sin embargo, en razón de que ciertos sistemas jurídicos no admiten el proceso penal y la condena en ausencia, el Estado requerido podría subordinar la extradición a las seguridades que brindase el requirente en el sentido de que reabriría el caso para oír al condenado, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa y dictándose en consecuencia una nueva sentencia.

Eventuales diferencias entre los sistemas jurídicos de Estados Partes a un tratado de extradición pueden conducir a interpretaciones no concordantes de sus normas por lo que en algunos tratados multilaterales se incluyen disposiciones específicas a ser aplicadas en sus ámbitos de validez cuyo objeto es prevenir o morigerar los efectos de tales diferendos en lo que hace a las materias que regulan. Tal el caso de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en la que se establece que ningún Estado Parte procederá a la extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura (67). En general, la última decisión sobre la entrega de una persona es una decisión política, basada en la soberanía del Estado, por lo que corresponde adoptarla al Ejecutivo, siendo los tribunales -en principio- extraños a la revisión de una denegatoria.

Una forma peculiar de cooperación penal fue la acordada entre los Estados interesados -Estados Unidos, Reino Unido, Libia y Holanda- con motivo del caso *Lockerbie* sobre la base de una Resolución del Consejo de Seguridad (68). En efecto, el Consejo de Seguridad había solicitado al

(66) Estatuto Corte Penal Internacional, art. 29.

(67) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 3.

(68) Consejo de Seguridad, Resolución 1192 (1998).

Reino Unido que otorgase todas las facilidades necesarias para que el tribunal penal que se iba a constituir sesionase en Holanda. Este pedido fue adoptado como norma interna por el Parlamento británico, autorizando la realización del proceso. Así, el traslado de los acusados desde Libia a la sede del Tribunal en Holanda se llevó a cabo en un avión de las Naciones Unidas. Holanda consintió el paso de los acusados y de testigos por su territorio a la sede del Tribunal. El procedimiento se realizó siguiendo las normas escocesas pero el caso se ventiló ante una Sala de tres Jueces, y no ante un jurado como lo establece esa legislación, y el derecho de apelación se otorgó ante una Sala escocesa de cinco jueces sesionando en Holanda.

La colaboración internacional en materia penal comprende también la asistencia judicial; esto es, la ayuda en la investigación, el intercambio internacional de pruebas o el cumplimiento de condenas extranjeras, conforme a lo acordado por los Estados interesados en tratados de asistencia mutua legal. En general, se sigue la regla *locus regit actum*, lo que permite al Estado requerido ejecutar los exhortos o cartas rogatorias de conformidad con su ordenamiento interno. Por otra parte, su cumplimiento suele estar sujeto a la autorización -o *exequatur*- de la autoridad jurisdiccional a fin de verificar que el pedido cumple los recaudos tanto del derecho interno como del derecho internacional. En algunos de estos tratados se incluyen cláusulas que autorizan el rechazo del pedido si se entendiese que se podrían violar los derechos del acusado; si se considerase que el delito es político; si su ejecución vulnerase la soberanía del Estado requerido; si la producción de la prueba hiciese necesario el recurso a la fuerza pública; o si se tratase del testimonio de una persona que goza de inmunidad de jurisdicción en el Estado requerido. No es usual, en cambio, que -a semejanza de lo que se suele pactar en tratados de extradición- se incluyan cláusulas referidas a la doble incriminación o que se establezca que la prueba producida sólo será usada para el caso que se la solicita. En definitiva, son tratados bilaterales o multilaterales de cooperación judicial que los Estados negocian sobre la base del mutuo y libre acuerdo de voluntades. Así, sin una específica norma convencional no es posible que en derecho un Estado intente obligar a otro a proveer a la producción de pruebas, lo que no implica que en el ámbito interno un tribunal pudiese decidir -conforme a su ordenamiento jurídico- requerir a quien se encuentre bajo su jurisdicción producir pruebas que en algún modo se vincula-

sen a hechos que transcurren en un tercer Estado. Por último, cabe señalar que los acuerdos de cooperación también pueden tener por objeto el cumplimiento de condenas dictadas en los Estados Parte y, en general, están referidos al cumplimiento de condenas privativas de libertad dictadas en un Estado extranjero a ser cumplidas en el país del que la persona es nacional. El Estado requerido será el que deberá aceptar o denegar el pedido, siendo aplicable su legislación en cuanto al cumplimiento de la pena aún cuando el Estado de la condena pueda ser quien la revise o, en su caso, conceda la amnistía, el indulto o la conmutación.

Cabe señalar que en el ámbito del derecho internacional humanitario la asistencia mutua judicial se prevé explícitamente en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (69) con relación a cualquier proceso relativo a una infracción grave de este ordenamiento. En esta ayuda quedan comprendidos tanto los actos de asistencia mutua para la acusaciones penales realizadas en el extranjero como la delegación de la acusación o de la ejecución de decisiones penales extranjeras. Asimismo, ciertos tratados multilaterales en los que se tipifican delitos o crímenes internacionales contienen disposiciones tendientes a instar la asistencia judicial entre los Estados Parte; tal el caso del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (70), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional (71), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (72) o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (73).

(69) Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 88.

(70) Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, arts.8, 9, 13, 14, 15, referidos a la extradición, cooperación y asistencia .

(71) Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional, arts. 13, 15, 16, 17, 18, 19, 21, regulan la cooperación para fines de decomiso del producto del delito, la extradición o el juzgamiento si no se extradita, el traslado de personas condenadas a cumplir una pena, la asistencia judicial recíproca, investigaciones conjuntas, remisión de actuaciones penales.

(72) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, arts. 7, 8, 9, regulan el juzgamiento en caso de no accederse a la extradición, la asistencia judicial, inclusive el suministro de pruebas.

(73) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, arts.4, 5, 6, 12, regulan el juzgamiento en caso de que no se extradite, la cooperación en la búsqueda, identifica-

La Organización Internacional de Policía Criminal -INTERPOL-, otra forma acordada por los Estados en su lucha contra ilícitos que trascienden sus fronteras, tiene su origen en el Primer Congreso Internacional de Policía, realizado en Mónaco en 1914, en el que catorce países consideraron la posibilidad de establecer una Oficina Internacional de Información Penal y discutieron métodos para hacer más efectivas las extradiciones. El Segundo Congreso, celebrado en Viena en 1923, instituyó la Comisión Internacional de Policía Criminal -con sede en esa ciudad- a fin de perfeccionar la más amplia asistencia recíproca entre todas las autoridades de policía según las leyes de los diversos Estados. Luego de la Segunda Guerra Mundial la Comisión trasladó su sede a París y en 1956 la Asamblea General, esto es el cuerpo que gobierna esta institución, acordó redactar un nuevo Estatuto en el que el nombre de la institución se cambió por el de *International Criminal Police Organisation*, aumentando considerablemente el número de sus miembros. Entre la funciones de INTERPOL se encuentra la de recibir y enviar pedidos de asistencia, recoger información sobre inteligencia penal referida a delitos o delincuentes con elementos internacionales y distribuirla a través de las oficinas nacionales de los Estados Miembros. De la práctica de la Organización cabe inferir que es dable considerar como un ilícito internacional en el ámbito de su competencia toda actividad criminal que tenga una incidencia internacional; sea en razón de los actos cometidos, sea en virtud de la personalidad o de la conducta de su autor (74).

b. La cooperación con las jurisdicciones internacionales

La cooperación internacional en materia penal no sólo se acuerda entre Estados en su lucha contra ilícitos -de fuente interna o internacional- sino que también cabe acudir a ella cuando quienes han de conocer sean jurisdicciones internacionales. Sin embargo, en este caso no se trata, como en los supuestos que se han considerado hasta el presente, de relaciones entre soberanos iguales jurídicamente. Por otra parte, la relación entre los Estados y las instancias internacionales está condicionada por el instrumento a través del cual se las instituyó. En efecto, distinto es el caso de

(74) Bourdon, William, "La coopération judiciaire interétatique", en Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel y Pellet Alain (dir.), *Droit International Pénal*, París, Pedone, 2000, pp. 921 y sigs.

los Tribunales *ad hoc* para la ex - Yugoslavia y para Ruanda del supuesto de la Corte Penal Internacional. Los primeros, establecidos por Resolución del Consejo de Seguridad con arreglo al Capítulo VII de la Carta; en tanto que la segunda tiene su fuente en un tratado entre Estados que expresan su consentimiento en vincularse por sus normas. En el caso de los Tribunales *ad hoc*, la Resolución del Consejo de Seguridad impone a todos los Estados sin distinción alguna la obligación de adoptar las medidas necesarias para aplicar dichas Resoluciones (75), lo que significa que todos los Estados tienen la obligación de cooperar con estos Tribunales Internacionales y prestarles asistencia en todas las etapas de las actuaciones para asegurar que se atiendan las peticiones de asistencia sea para reunir pruebas, interrogar testigos, sospechosos y expertos, sea para identificar y localizar o tramitar documentos. En ese sentido, cabe señalar que también habrían de cumplirse todas las órdenes dictadas por las Salas de Primera Instancia, tales como las órdenes de detención, de registro, de entrega o de traspaso de personas y cualesquiera otras órdenes necesarias para llevar adelante el proceso. De este modo, toda resolución conteniendo el pedido de traslado de una persona para ponerla a disposición de los Tribunales *ad hoc* habría de considerarse la aplicación de una medida coercitiva dictada con sustento en el Capítulo VII de la Carta (76). Por ende, la obligación de entregar a las personas acusadas de cometer crímenes de la competencia de estos Tribunales no cabe asimilarla a la extradición que otro Estado pudiese requerir (77). La obligación de transferir a las personas reclamadas prevalece, así, sobre todos los obstáculos jurídicos que pudiesen plantearse en función de la legislación nacional o

(75) Carta ONU, arts. 41 y 25; TPIY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-AR108bis, *Appeals Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber I of 11 July 1997*, 29-X-1997, para. 25-26, en el que se señaló el carácter de obligación *erga omnes*, es decir de obligaciones que incumben a todos los Estados con relación a la comunidad internacional en su conjunto en razón del interés jurídico que ésta tiene en que sus derechos se vean protegidos

(76) *conf., Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, S/ 25704, para. 125-127, Estatuto TPIY., art. 29 y Estatuto TPIR., art. 28

(77) Warbrick, C., "Cooperation with the International Criminal Tribunal for Yugoslavia", *ICLQ*, 1996-45, pp. 945 y sigs.

de tratados de extradición de los cuales fuese parte el Estado en cuestión (78). Sin embargo, dificultades que se presentaron en la práctica para lograr la entrega de sospechosos al Tribunal, en particular en lo que concierne al Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, llevaron a que las tropas de la Fuerza Multinacional de Estabilización -SFOR- y la Administración de Transición de las Naciones Unidas en Eslavonia Oriental, Baranja y Srijem Occidental -UNTAES- tuviesen un papel importante que cumplir con relación a la detención de personas inculpadas de haber cometido crímenes de la competencia de esa jurisdicción internacional (79). Por cierto, esta obligación de cooperar en nada empece el derecho de cada Estado de determinar, conforme a su estructura interna, el órgano competente para recibir y dar curso a una solicitud. En lo que concierne a la Corte Penal Internacional, al haber sido instituida por un tratado internacional en el que expresamente se establece su carácter de complementaria de las jurisdicciones nacionales, su accionar está basado en gran medida en la voluntad política de los Estados -en particular de los Estados Partes (80) - de cooperar con el Tribunal, adoptando todas las medidas que fuesen necesarias en el plano nacional para que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no queden sin castigo (81).

Así, para los tribunales internacionales contar con la cooperación de los Estados es esencial. Esta cooperación puede ser de tipo vertical en razón de que el Tribunal goza de la capacidad de dictar resoluciones vinculantes para los Estados -como es del caso con relación a los Tribunales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda-, o puede tratarse de un sistema que se aproxime más a la cooperación horizontal que se instituye entre

(78) Reglas de Procedimiento y Prueba de ambos Tribunales *ad hoc*, art. 58; TPIY., *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2-X-1995, para. 58-59, en la que se afirma que a partir de la creación de un tribunal internacional para juzgar crímenes del tipo de los que se acusa a una persona que es objeto del pedido de entrega, es esencial que este tribunal tenga primacía sobre las jurisdicciones nacionales

(79) el *Memorandum* de acuerdo del 9-V-1996 establece que el Tribunal Penal Internacional para la ex -Yugoslavia puede requerir la cooperación de la OTAN

(80) Estatuto CPI., art. 86.

(81) *ibid.*, art. 88; Mochochoko, Phakiso, "International Cooperation and Judicial Assistance", en Lee, Roy (ed.) *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 305 y sigs.

Estados soberanos, tal como ocurre con la Corte Penal Internacional. En efecto, si bien se establece para los Estados Partes al Estatuto una obligación general de cooperar, previéndose también la posibilidad de que un Estado no parte preste asistencia sobre la base de un arreglo especial o de cualquier otra manera que se entendiese adecuada (82), al detallarse y especificarse formas de cooperación se dispone que los procedimientos han de conformarse en todos los casos a las medidas internas que hayan adoptado con tal fin los Estados.

El principio de especialidad, propio del derecho penal internacional de cooperación inter-estadual, se incluye en el Estatuto de la Corte puesto que se dispone que quien haya sido entregado al Tribunal sólo será procesado, castigado o detenido sobre la base del crimen por el cual haya sido entregado a menos que el Estado que lo entregó lo dispense de ello (83). Por otra parte, también se contemplan supuestos de solicitudes concurrentes; esto es, un pedido de entrega (84) emanado de la Corte y un pedido de extradición de la misma persona formulado por un Estado, distinguiéndose el caso en el que el pedido de extradición emane de un Estado Parte al Estatuto de aquél en el que la solicitud se origine en un Estado que no es Parte. En el primer supuesto, si el Estado requirente es un Estado Parte y la Corte ya ha declarado que la causa es admisible, el Estado requerido debe dar prioridad al pedido de la Corte. Si, en cambio, aún no medió pronunciamiento sobre la admisibilidad, el Estado requerido podrá iniciar la tramitación del pedido de extradición pero sólo tendrá la facultad discrecional de dar curso a la extradición una vez que la Corte haya resuelto que la causa es inadmisible. Cuando el Estado requirente no es un Estado Parte al Estatuto, el Estado requerido dará prioridad a la solicitud de la Corte si no se encuentra internacionalmente obligado a conceder la extradición al requirente. Si tal obligación existiese, el Estado requerido deberá decidir si hace lugar al pedido de entrega a la Corte o concede la extradición, teniendo en cuenta para ello todos los factores pertinentes; inclusive la posibilidad de que la Corte y el Estado requiren-

(82) *ibid.*, art. 87.5.

(83) *ibid.*, art. 101.

(84) en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, art.102 a), se establece que a los efectos de sus normas por "entrega" ha de entenderse la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo que se dispone en sus normas; distinguiéndose este acto de la "extradición" que también se define con igual alcance en el inciso b) de este artículo.

te lleguen posteriormente a acuerdo respecto de la entrega (85). En razón de que en la mayoría de los derechos internos no se autoriza la extradición de nacionales a otros Estados con sustento en el principio de igualdad jurídica, cabría interpretar que tal práctica no correspondería invocarla ante la jurisdicción internacional puesto que el principio en cuestión no es aplicable en sus relaciones con los Estados.

Otras formas de cooperación con la Corte que los Estados Partes habrían de brindar, siempre de conformidad con los procedimientos de derecho interno, están vinculadas a la asistencia que se les pida para identificar y buscar personas u objetos, practicar diligencias de prueba, interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento, realizar notificaciones, inspecciones oculares, allanamientos y cualquier otra medida destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte. El Estado Parte sólo podría negarse a cumplir la solicitud de asistencia si alegase que está en juego la seguridad nacional o si se tratase de una medida prohibida en su derecho interno, caso en el cual debería consultar con la Corte para tratar de resolver la cuestión. Por cierto, si bien la Corte no está habilitada a pronunciarse sobre la seguridad nacional o el derecho interno del Estado en cuestión, la consulta puede abrir un camino para el acuerdo, modificándose o aclarándose la solicitud, verificándose la importancia de la producción de tales pruebas, tratándose de obtenerlas de una fuente distinta o en una forma diferente o considerándose una vía para que el Estado las provea sin perjudicar su seguridad nacional. Si este procedimiento de consulta no tuviese éxito y la Corte llegase a la conclusión de que la producción de la prueba es pertinente y necesaria para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado y, por ende, que se le estaría impidiendo ejercer sus funciones, podrá remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese enviado el asunto (86). Sin embargo, nada se especifica sobre las medidas que en tal supuesto se podrían llegar a tomar. En el caso de la Asamblea de los Estados Partes, por cierto todo parecería indicar que la cuestión debería incluirse en su agenda (87) pero una decisión al respecto estaría condicionada por la voluntad política de sus Miembros. Ahora bien, este derecho a la confidencialidad que se otorga a

(85) Estatuto CPI., art. 90.

(86) *ibid.*, arts. 72, 93, 87.

(87) *ibid.*, art. 112. 2 . f).

los Estados Partes no es absoluto, puesto que la Corte tiene la facultad de ordenar la divulgación de una prueba en todas las demás circunstancias (88), para lo cual los Estados también habrán de adoptar las medidas internas que tornen operativas estas obligaciones asumidas en el plano internacional.

La Corte tiene competencia en materia de delitos contra la administración de justicia cuando éstos se vinculen a procedimientos ante este tribunal y se cometan intencionalmente (89). Por ende, en razón del deber de cooperar, los Estados Partes asumen la obligación de adoptar normas que contemplen los mismos delitos cuando sean cometidos en su territorio o por sus nacionales; tal como podría ocurrir si ante su jurisdicción se recibiesen testimonios u otras pruebas pedidas por la Corte que resultasen falsas.

Por último cabe señalar que un Tribunal Internacional generalmente no tiene una unidad de detención en la que los condenados cumplan las penas sino que para ello confía en la cooperación de los Estados que declaren estar dispuestos a encargarse de ejecutar las de prisión de acuerdo con sus leyes y procedimientos internos, bajo la supervisión del Tribunal Internacional (90). En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece que las penas privativas de libertad que se impongan se han de cumplir en un Estado que designe el Tribunal sobre la base de una lista de Estados que le hayan manifestado su voluntad de recibir condenados y que, efectuada la designación para un caso concreto, indique a la Corte que la acepta (91). La ejecución de la pena, por cierto, estará supervisada por la Corte, rigiéndose las condiciones de reclusión por la legislación del Estado de ejecución aún cuando deban ajustarse a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de reclusos (92). Por cierto, razones de prudencia parecerían aconsejar que no correspondería enviar a un condenado a cumplir la pena en el Estado de origen o en Estados que tengan algún tipo de vínculo que pudiese afectar su seguridad -étnico, religioso u otros- y sí, en cambio, podría considerarse la proximidad con su familia (93). Una vez cumplida la pena, si la persona no es nacional del Estado en el que está detenida -de conformidad con la legislación de este Estado- podrá ser trasladada al Estado que esté obligada a aceptarla o a otro Estado que esté dispuesto a hacerlo, teniendo en cuenta si quiere ser trasladada a éste, a menos que el Estado de ejecución la autorice a permanecer en su territorio (94). El Estado de ejecución también podría, de conformidad con su derecho interno, extraditar o entregar a la persona que ha cumplido la pena a un Estado que la haya solicitado para someterla a juicio o para que cumpla una pena por una conducta posterior a su entrega al Estado de ejecución (95).

En el caso de la Corte Penal Internacional, si, a más de la pena de reclusión, se impusiesen multas o decomiso de bienes, los Estados Partes también deberían cooperar llevando a cabo embargos u otras medidas con relación a los frutos de los crímenes (96); siempre, de conformidad a las normas internas que hubiesen adoptado para regular la obligación general en tal sentido asumida al expresar el consentimiento en obligarse por el tratado que instituye esta jurisdicción internacional.

De este modo, el cumplimiento de la obligación de cooperar entre Estados -conforme a lo acordado- o con las jurisdicciones internacionales penales -sea en virtud de una decisión del Consejo de Seguridad, sea porque el Estado manifestó su voluntad de vincularse por el Estatuto en el

(88) *ibid.*, art. 72; conf., TPIY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Appeals Judgement on the Request of the Republic of Croacia for Review of the Decision of Trial Chamber I of 11 July 1997*, 29-X-1997, para. 61-69.

(89) Estatuto CPI., art. 70.

(90) Estatuto TPIY., art. 27, Estatuto TPIR., art. 26; a título de ejemplo cabe señalar que en lo que hace a condenas dictadas por el Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia, en razón de los acuerdos concluidos, están cumpliendo las penas de prisión que se les impusieran Tadic en Alemania, Sikirica en Austria, Todorovic en España, Jelisic en Italia, entre otros países europeos a los que también se transfirieron condenados que, en algunos casos, ya fueron puestos en libertad por haberlas cumplido; tal el caso de Aleksovski, liberado de la prisión en Finlandia.

(91) Estatuto CPI., art. 103; Austria ha sido el primer Estado que, el 14-XI-2005, concluyó un acuerdo con la Corte para la ejecución de las sentencias; véase, Marchesi, Antonio, "The Enforcement of Sentences of the International Criminal Court", en Lattanzi, Flavia y Schabas, *William (ed.)*, Essays on the Rome Statute of the ICC, Roma, Editrice il Sirente, 2000, pp, 427 y sigs.

(92) ibid., arts. 103. 3 b) y 106. 2; en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas el Congreso reunido en La Habana en 1990 para la prevención del crimen y el tratamiento de la delincuencia organizada adoptó los Principios fundamentales relativos al tratamiento de los detenidos; asimismo véase ECOSOC, Resolución 663C (XXIV) y Resolución 2076 (LXII) que -sin embargo- no tienen la naturaleza de convenciones o tratados internacionales.

(93) Estatuto CPI., art. 106.

(94) *ibid.*, art. 107.

(95) *ibid.*, art. 108.

(96) *ibid.*, art. 77. 2.

caso de la Corte Penal Internacional- es un elemento inexcusable en la realización y eficacia de la justicia en este ámbito. Sin embargo, la aspiración de que esa cooperación sea una constante realidad no puede ignorar el hecho de que ha de ser brindada por Estados, en más de una ocasión, celosos de lo que cada uno interpreta como expresiones de su soberanía. Esta aparente contradicción entre el deber ser y el ser, entre independencia de los Estados y necesidad de relacionarse preservando intereses y valores, no es más que una expresión de las características del derecho internacional contemporáneo -un derecho de coordinación a la par que un derecho de cuasi-subordinación- del que el derecho internacional penal es una de sus ramas.

A MODO DE COLOFON

El derecho internacional penal es la rama del derecho internacional que tipifica conductas de la persona humana como delitos o crímenes, imputando la responsabilidad a quienes con intención y conocimiento de las circunstancias incurran en ellas como autores, co-autores, o de algún modo ayuden en la comisión del acto, sea por acción que por omisión. Las normas que integran este ordenamiento jurídico, convencionales y consuetudinarias, tienen por objeto no sólo sancionar a los culpables sino que también desalentar a quienes se sintiesen impulsados a actuar de igual manera. La búsqueda, el juzgamiento y el castigo de los responsables de delitos y de crímenes internacionales corresponde, en primer lugar, a las jurisdicciones domésticas de los Estados conforme a sus ordenamientos internos para lo cual en ese ámbito habrán de adoptarse las medidas que tornen operativa a la regla internacional. La eficacia del derecho internacional penal depende, entonces, de la coherencia en la aplicación de sus reglas con las pertinentes de derecho interno.

Los elementos transnacionales que caracterizan a las normas de este ordenamiento jurídico requieren de la cooperación y la asistencia judicial entre los Estados concernidos, para lo cual es necesaria la adopción de medidas domésticas en consonancia con las obligaciones internacionalmente asumidas.

Así, la efectiva aplicación del derecho en materia de ilícitos internacionales -se trate de delitos o de crímenes- sólo cabe concebirla en el estado actual del desarrollo del derecho internacional positivo como la conjunción de dos ordenamientos jurídicos; el internacional y el interno, propio de cada uno de los Estados que integran la comunidad internacional.

Esta afirmación cobra particular relevancia si se tiene presente la obligación de juzgar o extraditar impuesta por el derecho internacional -consuetudinario y convencional- con relación a crímenes internacionales, y aún en lo que hace a ciertos delitos de este ordenamiento, puesto que si no se contase con las adecuadas disposiciones internas no parecería posible ni el juzgamiento de los acusados ni la consideración de pedidos de extradición o asistencia formulados por otros Estados.

Pero la inter-relación de los dos ordenamientos jurídicos no es sólo un recaudo de las relaciones entre Estados soberanos. Por el contrario, aún se percibe con mayor claridad cuando las llamadas a conocer en materia de crímenes internacionales son jurisdicciones internacionales, especialmente instituidas con tal fin. En efecto, si bien la creación de estas instancias a partir del establecimiento de los Tribunales de Nüremberg y Tokio señala un cambio jurídico importante puesto que el juzgamiento de estos ilícitos no sólo ha de depender de la voluntad del Estado o de sus gobernantes -quienes también quedan sujetos a la regla de derecho- estas jurisdicciones sólo podrán ejercer las competencias que se les atribuyan si cuentan con una efectiva cooperación de los Estados. Y esta cooperación no sólo ha de considerar procedimientos para la detención y entrega de las personas acusadas de la comisión de crímenes internacionales, sino que asimismo ha de contemplar mecanismos tendientes a la producción de prueba que pudiese requerirse y aún a la ejecución de las penas que se impusiesen.

En definitiva, la efectividad y la eficacia del derecho internacional penal en la prevención de ilícitos a través del juzgamiento y castigo de los culpables han de depender en gran medida de la aplicación conjunta de los dos ordenamientos jurídicos. De allí, la particular relevancia de las cuestiones que plantean las relaciones entre uno y otro sistema y la responsabilidad que recae sobre los Estados; sujetos originarios del derecho internacional general y actores por excelencia de las relaciones internacionales.

La estructura del sistema internacional y sus características condicionan el cumplimiento de las normas jurídicas de naturaleza penal puesto que la interacción entre las soberanías estaduales y la regla de derecho sigue estando en la esencia del sistema desde la adopción de los acuerdos que conformaron la Paz de Westfalia. Aún en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, el ejercicio de los poderes conferidos al Consejo de Seguridad en el Capítulo VII de la Carta depende de una decisión de naturaleza política y reposa en la voluntad de los Estados Miembros. Sin embargo, sería deseable imaginar que un futurible orden centralizado de justicia penal surgiese en el marco de relaciones interestaduales descentralizadas con relación a conductas de excepcional gravedad para la comunidad internacional en su conjunto, cuando los Estados no deseasen o no estuviesen en condiciones de conocer con relación a ellas. La racionalidad de cumplir y hacer cumplir este ordenamiento jurídico podría llegar a imponerse en el interés de todos; mientras tanto, eventuales controversias sobre su sentido y alcance -más que negarlo- contribuyen a afirmar su vigencia.

Granada, septiembre 2006

LAS SALAS *AD HOC* DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Carlos LÓPEZ CONTRERAS *
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

1. EL 60 ANIVERSARIO DE LA CORTE.
2. LAS SALAS AD HOC.
3. CASOS DECIDIDOS POR SALAS AD HOC.
4. CONSTITUCIÓN DE LAS SALAS.
4.1 Caso entre Honduras y El Salvador.
4.2 Demanda de revisión de la sentencia de 1992.
4.3 Caso entre Benin y Níger.
5. PROCEDIMIENTO.
5.1 El Artículo 92 del Reglamento de la Corte.
5.1.1 Caso entre Honduras y El Salvador.
5.1.2 Solicitud de revisión de la sentencia de 1992.
5.1.3 El caso entre Benin y Níger.
5.2 Artículo 20 del Reglamento de la Corte
6. LAS SENTENCIAS.
7 EL PAPEL DE LAS SALAS AD HOC.

* Antiguo Secretario de Estado en el Despacho de Relaciones Exteriores de la República de Honduras, Consultor Nacional y Agente ante la Corte Internacional de Justicia en varios casos .

1. EL 60 ANIVERSARIO DE LA CORTE.

En diciembre del 2005 el Presidente de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el Juez Shi Jiuyo7ng, giró una invitación para el coloquio conmemorativo del 60 Aniversario de la CIJ, el cual llegó a conocerse como "Un diálogo en la Corte".

A la celebración asistieron más de ciento quince juristas de diversas nacionalidades, comprendidos los Jueces del Tribunal, los Agentes de los Estados que habían ventilado casos ante el mismo durante los últimos diez años y los Abogados litigantes o consejeros de dichos Estados.

La dinámica de la conmemoración, en su aspecto jurídico-científico, asumió la forma de un coloquio, donde se organizaron tres mesas redondas, presidida cada una por un Juez de la Corte e integrada por cuatro expositores.

El coloquio comenzó el día lunes 10 de abril de 2006 a las dos de la tarde en la Gran Sala de Justicia del Palacio de la Paz, La Haya, inaugurado por la honorable Presidenta la Juez Rosalyn Higgins. Ella misma presidió la primera mesa redonda sobre "Cuestiones de jurisdicción", donde se hicieron exposiciones sobre los siguientes temas: *"Diversos fundamentos de la jurisdicción"* por el Señor Jan Devadder, Consejero Jurídico del Reino de Bélgica; *"El sistema de cláusulas opcionales"*, por Sir Michael Wood, antiguo consejero jurídico del Reino Unido; *"Reservas a las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte y sobre las cláusulas de Compromisos"* por el Señor Pemmaraju Sreveenisa Rao, antiguo consejero legal de la India; y *"Temas particulares relativos a convenios especiales"*, por el señor Václav Mikilka, antiguo Consejero Jurídico de Chechoeslovakia.

El mismo 10 de abril se celebró, a continuación de la mesa redonda anterior, la presentación de dos libros: uno del clásico *"El Derecho y la práctica de la Corte Internacional: 1920- 2005"*, por el jurista Shabtai Rosenne; y el otro, *"El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: un Comentario"*, por Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat y Karin Oellers-Frham.

Al día siguiente, por la mañana, tocó el turno a la mesa redonda relativa a "Cuestiones procesales", presidida por el Honorable Vicepresidente

Juez Awn Shawkat Al-Khasawneh, y en la que expusieron S. E. la Embajadora de Malasia en Holanda, Señora Noor Farida Ariffin, sobre *"Cuestiones relativas al procedimiento escrito"*; S.E. Carlos J. Argüello Gómez, Embajador de Nicaragua en Holanda, sobre *"Cuestiones relativas a la fase oral"*; S.E. Maurice Kamto, Ministro Delegado de la República de Camerún, sobre *"Cuestiones relativas a los medios de prueba"*; y la Doctora Catherine Brown, Consejera Legal adjunta del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América sobre *"Cuestiones relativas a ejecución y cumplimiento* (de las sentencias)"

Por la tarde del mismo martes se celebró la mesa redonda moderada por el Juez Bruno Simma sobre "Temas relativos al acceso a la Corte". El primer expositor fue el señor Ralph Zacklin, antiguo Secretario General adjunto para Asuntos Legales de las Naciones Unidas sobre *"El procedimiento en las opiniones consultivas de la Corte, con especial referencia a la Organización de las Naciones Unidas."*; le siguió el señor Djamchid Momtaz, Presidente de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y Consejero Jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Islámica de Irán sobre el tema *"Integrando un equipo jurídico para comparecer ante la Corte"*; a continuación, expuso S. E. Ntumba Luaba Lumu, Secretario General del Gobierno de la República Democrática de Congo, sobre el tema *"El costo de litigar ante la Corte"*; y finalmente expuso Carlos López Contreras, antiguo Secretario de Estado en el Despacho de Relaciones Exteriores de la República de Honduras sobre el tema *"Decidiendo solicitar la constitución de una sala especial"*.

2. LAS SALAS AD HOC.

A mí me tocó exponer sobre las Salas *ad hoc* de la Corte. Al preparar mi intervención tenía una noción general sobre el tema, pero la investigación me reveló ciertas informaciones de las que no estaba consciente a plenitud.

Pude enterarme, entre otras curiosidades, que en el libro conmemorativo del 50 aniversario de la Corte, menos de dos páginas se dedicaron a

tratar el tema de sus Salas *ad hoc*, (1) sin perjuicio de que un distinguido grupo de jueces internacionales, litigantes y académicos hicieran una sustantiva revisión de los trabajos de la Corte, incluyendo las Salas *ad hoc* (2).

A la luz de la experiencia de Honduras en la Corte, pude comprobar que en toda su historia, sólo se han constituido seis salas especiales y, en dos de ellas, ha participado Honduras, vale decir en el 33%.

A título de comentario general, debo observar que la Corte Permanente de Justicia Internacional no previó ni reguló la constitución de las Salas *ad hoc*. (3) Sin embargo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no sólo instituyó la Corte en Pleno integrada por quince jueces, sino que también tres categorías de Salas, vale decir:

-La Sala de Procedimientos sumarios;

-La Sala Especial establecida para tratar una categoría de casos específicos; y

-Las Salas *ad hoc, "para atender casos particulares"* (4), constituidas a petición de las Partes.

Los motivos que provocaron el fracaso de las primeras dos salas antes citadas, fueron analizados en el libro dedicado al aniversario de oro de la Corte. Hasta la fecha, dichas Salas permanecen legal o clínicamente muertas, y la Sala del medio ambiente constituida en 1993 no ha conocido ningún caso, absolutamente.

Refiriéndome en particular a las Salas *ad hoc*, debe recordarse que el Reglamento de la Corte de 1946 fue tan discreto, que se consideraron

(1) Arthur Eyffinger *The International Court of Justice 1946-1996. Kluwer Law International 1996*, pp. 160-162.

(2) Vaugan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (Eds) *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honor of Sir Robert Jennings*. Grotius Publications Cambridge University Press 1996. *The use of Chambers of the International Court of Justice* by Eduardo Valencia-Ospina, pp. 503-527 with numerous bibliographical references.

(3) Manley O. Hudson *La Cour Permanente de Justice Internationale*, Editions A. Pédone, Paris, 1936, N° 379 Chambres Spéciales et N° 380 Chambres de Procédure Sommaire, pp. 383-384. S. Rosenne I.96. *Chambers of the Court in The Law and Practice of the International Court 1920-1996. Volume I.*, p. 421-426.

(4) Artículo 26 (2) del Estatuto. Véase también artículos 17 y 18 del Reglamento y a Luis I. Sanchez Rodriguez *Derecho Internacional y Crisis Internacionales 6. Constitucion de Salas ad hoc, p.* 300- 303

necesarias dos revisiones del mismo, una en 1972 (5) y la otra en 1978 (6-7).

Las dos revisiones estaban al servicio de facilitar el recurso a esta modalidad limitada de la Corte. El debate (8) que se ventiló alrededor de

(5) Arthur Eyffinger *The International Court of Justice 1946-1996*. Kluwer Law International 1996, pp. 160-162.

(6) Eduardo Jiménez de Aréchaga *The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of justice AJIL 1973, Vol. 67, N°1, pp. 1-21. "A majority of the opinions received coincided as to the need to: (1) facilitate recourse to Chambers of the Courts and concede to the parties some influence in the composition of the ad hoc Chambers constituted under Article 26, paragraph 2, of the Statute"*, p. 1 *and see also I. Facilitation of Recourse to Chambers*, p. 2-4. *in particular "Article 76 provides for an uniform summary procedure for all Chambers, allowing them to dispense with oral proceedings, if the parties agree and the Chamber concurs that no further evidence or argument is required"*, p. 2 and to *"eliminate the right to a Reply or Rejoinder, thus reducing the normal number of pleadings to the Memorial and to the Counter-Memorial"*, p. 21.

Shabtai Rosenne *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*. Martinus Nijhoff Publishers. 1983, pp.1-304 and in particular pp.38-47 concerning Articles 15-18 and 26-29 dealing with the formation of Chambers and pp. 188-192 concerning Article 90-93 dealing with the Procedure before the Chambers and p. 207 concerning Article 100 dealing with the decision of the Chamber on a request for interpretation and revision of a judgment. At page 43-44, the author states: *"Under the 1978 Rules, the role of the Court seems to be limited to determining the number of its Members that shall 'constitute the chamber'. Moreover, the effect of the reference to Article 31 of the Statute may be to limit the number of judges to be chosen by the parties to one by party, if there is no Member of the Court possessing the nationality of that Party.... The new text seems to go some way towards balancing the Court's control over the composition of the chamber with the general power of the parties in this matter...The position of judges ad hoc will continue to be governed by Article 31 of the Statute...the actual election of the members of the Court constituting an ad hoc chamber, and their replacement in the event of a vacancy, takes place by secret ballot under Article 18, paragraph 1"*. In 1978, Article 92 (2) reads as follows: *The Chamber may authorize or direct that further pleadings be filed if the parties are so agreed, or if the Chamber decides, proprio motu or at the request of one of the parties, that such pleading is necessary.*

(7) Ambassador Francisco Cuevas Cancino of Mexico, Chairman of the Special Committee on Enhancing the Effectiveness of the principle of non-use of Force in International Relations, in the 50th Meeting of the Sixth Committee at the 33rd Session of the United Nations General Assembly on 16 November 1978. As stated by Sir Ian Sinclair *"... a certain parallel must be drawn between the constitution of an interstate arbitral tribunal and the existence of the ad hoc judge within the framework of the International Court of Justice"*. *Rosenne, op. cit*, p. 389.

(8) Véase sobre este aspecto Policarpo Callejas Bonilla *Capitulo II Los Medios de Solucion Pacifica de Controversia y su Application de Parte de Honduras*, p. 41-45 y Arnulfo Pineda Lopez , p. 49- 66.*Capitulo III Enfoque General sobre los Limites Terrestres de Honduras* in Secretaria de Relaciones Exteriores *Los Derechos Territoriales y Maritimos de Honduras – Una vision de la politica exterior para el Siglo XXI*, Tegucigalpa, Honduras, 2001. Véase también Secretaría de Relaciones Exteriores de Honduras *Definiciones soberanas – Instrumentos Internacionales que Definen los Límites de Honduras*. Tegucigalpa, Honduras 2005.

las revisiones emergió como la contienda entre una concepción de un tribunal arbitral bajo la apariencia de una Sala *ad hoc* (9), de una parte, y una manifestación pura de la Corte en Pleno, por otra, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, ambas concepciones abarcando los aspectos de la formación y el procedimiento que debería ser aplicado por las Salas.

Juan José Quintana afirma que la reforma de 1972 "no fue una decisión adoptada *motu proprio* por la Corte, sino que constituyó más bien la materialización de la reacción positiva de ésta ante un grado creciente de presión de parte de los Estados y de un buen sector de la doctrina, encaminada a que se lograra hacer más atractivo, para las potenciales partes en litigio, el recurso a las a las Salas *ad hoc*. Si a esto se añade el *momentum* político por el que atravesaba la Corte –de virtual inactividad después de la ola de escepticismo respecto al funcionamiento de la maquinaria judicial que se despertó a raíz de la conclusión del asunto del Sudoeste Africano- se comprende mejor el alcance del paso dado por la Corte con respecto a la institución en cuestión" (10).

3. CASOS DECIDIDOS POR SALAS AD HOC .

En 1980, un compromiso entre Canadá y los Estados Unidos de América dio lugar a recurrir por primera vez a una Sala *ad hoc,* pidiéndole a la Corte Internacional su integración con cinco jueces. Después de celebrar consultas con las Partes, la Corte constituyó la Sala *ad hoc* el 20 de enero de 1982, encargada de decidir una controversia de delimitación marítima en el área del Golfo de Maine, mediante sentencia del 12 de octubre de 1984.

(9) Vale la pena tener presente que el Tribunal Arbitral en el caso del Canal de Beagle estuvo constituido por miembros de la Corte. Como lo expresa E. Valencia-Ospina *"In the gulf of Maine case, it is clear from the provisions of their Special Agreement that the Parties would not have submitted their dispute to the Court if they had not been allowed in effect to dictate the physical composition of the Chamber" (footnote omitted)"*. E. Valencia-Ospina, op. cit., pp. 509-510. See also Rosenne, op. cit 22. Proceedings in Chambers, Vol. III. , 1385-1400.

(10) Juan José Quintana « El Procedimiento Contencioso ante la Corte Internacional de Justicia » Universidad Sergio Arboleda. Bogotá , D.C., 2001, p.203.

El anterior caso fue seguido por un compromiso entre Burkina Faso y Mali, quienes solicitaron a la Corte la constitución de una Sala *ad hoc* de cinco jueces. La Corte la constituyó el 3 de abril de 1985, eligiendo tres miembros de la Corte y los dos jueces *ad hoc* que ya habían sido propuestos por las Partes. La sentencia fue publicada el 22 de diciembre de 1986 (11), decidiendo una controversia fronteriza terrestre.

Luego comparecieron Honduras y El Salvador ante la Corte, formalizando la entrega de su "compromiso" por medio del cual ambas Partes solicitaban a la Corte la constitución de una Sala Especial. La sentencia respectiva fue dictada el 11 de septiembre de 1992 (12), decidiendo una controversia jurídica compleja que abarcaba aspectos terrestres, insulares y marítimos.

El cuarto caso fue el de la solicitud unilateral presentada por los Estados Unidos de América el 6 de febrero de 1987, contra Italia, solicitando que en aplicación del artículo 26 del Estatuto de la Corte, se constituyera una Sala Especial para decidir sobre la controversia relativa a la requisición de activos (caso relativo a Electrónica Sicula SPA CELSI). Italia aceptó la iniciativa del demandante y, después de consultar con las Partes, la Corte constituyó la Sala Especial y eligió cinco jueces para pronunciarse sobre el caso por medio de la ordenanza del 2 de marzo de 1987. La Sala *ad hoc*, al estar integrada por dos miembros que tenían la nacionalidad de las Partes en contienda, hacía innecesario que se propusiera la designación de jueces *ad hoc*. El Presidente Singh, el Juez Oda y Sir Robert Jennings completaron la integración de la Sala. Desafortunadamente el Presidente Singh falleció y, tras ulteriores consultas con las Partes, la Corte eligió Presidente al Juez Ruda quien se convirtió en Presidente de la Sala. La sentencia respectiva fue publicada el 29 de julio de 1989 (13).

Al cumplirse los 50 años de la Corte Internacional de Justicia, cuatro casos que abordaron una variedad de temas habían sido decididos por Salas *ad hoc*, tales como delimitaciones terrestres, marítimas, insulares y

(11) *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Report 1986*, p. 554.

(12) *Land, Island and Maritime dispute (El Salvador/Honduras) ; Nicaragua (intervening), Judgment, I.C.J. Report 1992*, p. 351.

(13) *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Judgment, I.C.J. Reports,1989, p.* 15.

requisición de activos. Esta situación despertó un gran entusiasmo y optimismo en diversos sectores de la doctrina internacional (14).

Mientras tanto, el debate relativo a la naturaleza jurídica de las Salas Especiales continuaba, --es decir si tenía el carácter de un tribunal arbitral o si era una expresión inequívoca de la Corte—En mi opinión, el debate se resolvió oficialmente en favor de la posición de la Corte. *("Por tanto, los jueces son libres para tener en cuenta o no las preferencias de las partes"* (15)*).*

Por otra parte, hechos recientes confirman esta tendencia. En efecto, dos casos nuevos fueron sometidos a la decisión de Salas *ad hoc* de la Corte durante la última década, vale decir, la solicitud de revisión de la sentencia del 11 de septiembre de 1992 presentada por El Salvador en el caso de la controversia terrestre, insular y marítima (Honduras/El Salvador, Nicaragua interviniendo), y el de la Disputa fronteriza *(Benin/Niger)*. En ambos casos se siguió la misma tendencia.

4. CONSTITUCIÓN DE LAS SALAS.

Al considerar este tema, no puedo soslayar el hecho de que Honduras ha participado en la constitución de dos Salas *ad hoc* con el mismo contendiente y, luego, abordar la Sala *ad hoc* que decidió en la disputa fronteriza entre Benin y Níger.

4.1 Caso entre Honduras y El Salvador; Nicaragua interviniendo

El 11 de diciembre de 1986 Ricardo Acevedo Peralta y Carlos López Contreras, a la sazón cancilleres de El Salvador y de Honduras, respecti-

(14) A. Eyffinger, *op.cit.; p.* 163. Véase el comentario del Juez Elías en el sentido de que *"The Chamber cannot be asked to undertake the finding of general principles of international law, and is therefore not given the same authority and jurisdiction as the Court, unless specific provision is made in a particular case in the establishment or provenance of the chamber". Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras) Application to intervene, Order of 28 February 1990, C.I.J. Reports 1990,* p. 11.

(15) Julio D. González Campos, Luis. I. Sánchez Rodriguez, Paz Andrés Sáenz de Santa María *Curso de derecho internacional publico*. Civitas, Madrid, 1998, p. 841.

vamente, presentaron en la Secretaría de la Corte el Compromiso del 24 de mayo de 1986, por medio del cual ambos Estados sometían su controversia a la decisión de una Sala *ad hoc* integrada por tres jueces de la Corte y dos jueces ad hoc, de conformidad con el artículo 26, párrafo 2 de su Estatuto (16). La parte relevante del artículo 1 del Compromiso dice: *"...compuesta por tres miembros, con la anuencia de las Partes, las cuales la expresarán en forma conjunta al Presidente de la Corte, siendo esta conformidad esencial para la integración de la Sala, que se constituirá de acuerdo a los Procedimientos establecidos en el Estatuto de la Corte y en el presente compromiso."* Después de que las Partes celebraron consultas con el Presidente, la Corte eligió a los jueces Oda, Sette-Cámara y Sir Robert Jennings para integrar la Sala, junto con los jueces *ad hoc* propuestos por las Partes, Señores Michel Virally y Nicolás Valticos (17) .

La Sala eligió al Juez Sette-Cámara como su Presidente el 27 de mayo de 1987 pero, lamentablemente, el Juez *ad hoc* Viralli falleció el 27 enero de 1989, viéndose Honduras en la necesidad de buscar otro Juez *ad hoc* en lugar del Juez Viralli, proponiendo al Doctor Santiago Torres Bernárdez. La Corte declaró la nueva formación de la Sala mediante ordenanza del 13 de diciembre de 1989 (18).

En lo relativo al procedimiento, las Partes solicitaron que los alegatos escritos fueran presentados simultáneamente, consistiendo en una Memoria, una Contra-Memoria y una Réplica. Así lo acordó la Corte.

(16) Carlos López Contreras *El Régimen Internacional de la Bahía de Fonseca in Pacis Artes Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos,* Tomo 1, Madrid 2005, p. 382-383 and 388.

(17) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute El Salvador/Honduras), Composition of the Chamber, Order of 8 May 1987, I.C.J. Reports 1987.*

(18) Véase la opinión separada del Juez Shahabudeen. *Land, Island and Maritime Frontier Dispute El Salvador/Honduras), Composition of the Chamber, Order of 13 December 1989, I.C.J. Reports 1989* : He states that *"The right to appoint an ad hoc judge touches the composition of the Court and consequently is directly governed by the Court's constituent instrument, namely, its Statute. ..;[Article 31 of the Statute] does not seem to offer the Court a role at any point in that process, either directly or indirectly through the other provisions referred to in it. ... The Statute appears to leave the matter to the State concerned. This would accord with the fact that the institution of ad hoc judges as part of the composition of the bench of the Court was effectively a limited carry-over from arbitral experience. ... I prefer the view that the appointment of such a judge is constituted by the act of the State concerned in choosing him, the role of the Court being limited to the negative one of determining whether any ground (whether or not going to the validity of its appointment) exists for debarring him from sitting in the case. If this is correct, it leads to the view that the order made today is not constitutive of an appointment made by the Court but is merely a formal judicial record of an appointment made by the State concerned"*, pp. 171-172.

En noviembre de 1989, Nicaragua presentó una solicitud de intervención en el caso, donde las Partes contendientes, conforme al Estatuto y el Reglamento de la Corte, ya habían fijado el procedimiento. En su solicitud, Nicaragua pedía inicialmente la reforma de la composición de la Sala. Honduras se opuso a dicha pretensión (19).

Por medio de ordenanza del 28 de febrero de 1990, la Corte, después de considerar las observaciones escritas de las Partes, y también de Nicaragua, sobre si la decisión concerniente a la solicitud de intervención debería ser resuelta por la Corte o por la Sala, se pronunció en el sentido de que era la Sala a quien se había sometido la decisión del caso a quien competía decidir si la solicitud de intervención en aplicación del artículo 62 del Estatuto debería ser concedida.

Después de dictada la sentencia por la Corte, Honduras mantenía cierta inquietud, a la luz de lo que inicialmente había pedido Nicaragua en su solicitud original, al decir que la consecuencia práctica de obtener una respuesta favorable a su solicitud sería la reforma de la integración de la Sala y el reordenamiento del procedimiento escrito como estaba establecido mediante ordenanza del 27 de mayo de 1987. Sin embargo, una vez ante la Sala, Nicaragua se abstuvo de mantener su solicitud de reforma (20). Debe recordarse que Honduras en modo algunos se opuso a la intervención de Nicaragua para el sólo propósito de que expresara sus puntos de vista sobre la situación legal de las aguas dentro del Golfo de Fonseca. El Salvador, sin embargo, en el ejercicio de su derecho, objetó dicha solicitud as it *"would wreak havoc on the Parties in this case and would create an unconscionable situation of interference, rather than one of order of advancement of the proceedings"* (21); se celebraron audiencias públicas y por medio de sentencia del 13 de septiembre de 1990 la Sala *ad hoc "found that Nicaragua had shown an interest of a legal nature which may be affected by part of the Judgment of the Chamber on the merits, namely its decision on the legal regime of the waters of the Gulf of Fonseca, but not on its decision on other issues in dispute, and decided that Nicaragua*

(19) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute El Salvador/Honduras), Composition of the Chamber, Order of 28 February 1990, I.C.J. Reports 1990* , p.5.

(20) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras) Application to intervene, Judgment of 13 September 1990, I.C.J. Reports 1990*, p. 110.

(21) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras) Application to intervene, Judgment of 13 September 1990, I.C.J. Reports 1990*, p. 48.

was permitted to intervene in the case , but not as a party, pursuant to article 62 of the Statute, to the extent, in the manner and for the purpose therein indicated, but no further or otherwise" (22).

4.2 Demanda de revisión de la sentencia de 1992.

Honduras fue notificada de la presentación el 10 de septiembre de 2002 (por El Salvador) de una solicitud de revisión de la sentencia del 11 de septiembre de 1992, en el caso de la controversia terrestre, insular y marítima *(El Salvador/Honduras; Nicaragua interviniendo)* (23). Esta solicitud planteaba algunos problemas. Por ejemplo, el Estatuto de la Corte guarda silencio en lo relativo a solicitudes de revisión o interpretación de una sentencia de una Sala *ad hoc*, salvo en la versión francesa del artículo 61 que menciona *"La revisión peut être eventuellement demandée à la Cour"*. Es el artículo 100 (1) del Reglamento el que indica que *"Si el fallo a revisar o a interpretar hubiese sido dictado por una Sala, la Sala de que se trate conocerá de la demanda de interpretación o revisión"* En su solicitud, invocando el referido artículo, El Salvador pidió a la Corte *"To proceed to form the Chamber that will hear the application for revision of the Judgment, bearing in mind the terms that El Salvador and Honduras agreed upon in the Special Agreement of 24 May 1986"*. Dado el tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia –diez años—ya no era posible reconstituir "la Sala". En consecuencia, las Partes después de ser consultadas por el Presidente de la Corte, oportunidad en que expresaron su deseo de constituir una "nueva"(24). Sala inte-

(22) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras) Judgment of 11 September 1992*, par. 15, p. 360.

(23) *Judgment of 18 December 2003*. Véase Leonardo Nemer Caldeira BRANT *« L'autorité de la chose jugée et la révision devant la Cour Internationale de Justice à la lumière des derniers arrêts de celle-ci (Yougoslavie c. Bosnie et El Salvador c. Honduras). Annuaire Français de droit international, AFDI 2003, CNRS Editions*, p. 248-265 and Philippe Weckel *« Chronique de jurisprudence internationale Cour Internationale de Justice Arrêt du 18 décembre 2003 (demande de révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 (Ch. Spéciale, Gilbert Guillaume (Prés.)). Revue générale de droit international public, RGDIP 2004-1*, pp. 229-234.

(24) Judgment of 18 December 2003, *Ibid, par. 4*. Para más detalles sobre la reunion del Presidente de la Corte para celebrar consultas con los Agentes, véase Carlos López Contreras *Misión en la Haya. La Demanda de Revisión Presentada por El Salvador, 2002*. Tegucigalpa, 2004, *Capítulo VI. La Corte Llama las Partes* p. 93-99.

grada por cinco miembros, dos de los cuales serían los Jueces *ad hoc* escogidos por las Partes, en aplicación del artículo 31, párrafo 3, del Estatuto.

La Ordenanza de la Corte del 27 de noviembre de 2002 decidió integrar la Sala para tratar la solicitud de revisión, con el Presidente Guillaume y los Jueces Rezek y Buergenthal, junto a los Jueces *ad hoc* que ya habían sido escogidos por las Partes, el Señor Felipe H. Paolillo, por El Salvador y el señor Santiago Torres Bernárdez, por Honduras. Se trataba de un caso curioso, porque era la primera vez que una solicitud de revisión era turnada a una Sala y, en las circunstancias particulares, a una "nueva" Sala *ad hoc* que tuvo que ser constituida.

4.3 Caso entre Benin y Níger.

Me refiero ahora al tema de la constitución de la Sala *ad hoc* en el caso de Benín/Níger (25). En aplicación de su Compromiso del 15 de junio de 2001, las Partes sometieron a la decisión de una Sala ad hoc de la Corte una controversia concerniente a *"the definitive delimitation of the whole boundary between them"*. En su artículo 1, el compromiso preveía la constitución de una Sala *ad hoc* de acuerdo al artículo 26, párrafo 2, del Estatuto y la escogencia de un Juez *ad hoc* por cada Parte de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Estatuto. Después de celebrar consultas con el Presidente de la Corte, las Partes expresaron su deseo de constituir una Sala integrada por cinco miembros, de los cuales dos serían jueces *ad hoc* ya propuestos por ellas, el señor Mohammed Bennouna por Benin y el señor Mohammed Bedjaoui for Níger. Por medio de ordenanza del 27 de noviembre de 2002, la Corte decidió constituir la Sala *ad hoc* solicitada. De conformidad con el artículo 18, párrafo 2, del Reglamento, el Juez Guillaume, Presidente de la Corte, automáticamente presidió la Sala. Después de que el Juez Guillaume renunció a su cargo de miembro de la Corte el 11 de febrero de 2005, las Partes, tras celebrar

(25) Philippe Weckel « *Chronique de jurisprudence internationale Cour Internationale de Justice Arrêt du 12 juillet 2005 (Différend frontalier BENIN/NIGER). Revue générale de droit international public, RGDIP 2005-4*, pp. 939-945. « *... le choix de constituer une chambre semble pleinement adaptée au cas d'espèce, puisqu'il a permis de bénéficier de tous les avantages de la saisine de la CIJ., notamment l'autorité morale de l'organe judiciaire de l'ONU, avec une souplesse empruntée au règlement arbitral* », p. 940.

consultas con el Presidente de la Corte, resultó electo el Juez Ronny Abraham como nuevo miembro y el VicePresidente de la Corte Juez Ranjeva se convirtió en Presidente de la Sala, en aplicación del artículo 18, párrafo 2 del Reglamento.

A título de una breve conclusión debo señalar que, en la práctica de la Corte, se observa que las Salas *ad hoc* son constituidas por la Corte en Pleno a solicitud de las Partes, quedando a discreción de la Corte la determinación del número y los nombres de los Jueces, en consultas estrechas con las Partes. En mi opinión, este es un sistema razonable, eficaz y práctico, porque combina la flexibilidad y el dinamismo del arbitraje con el alma y el procedimiento legal de la Corte Internacional de Justicia.

5. PROCEDIMIENTO.

El artículo 92 del Reglamento de la Corte ofrece un recurso potencial a un procedimiento simplificado cuando un caso es conocido por una Sala *ad hoc*. En principio, un sólo alegato escrito a cargo de cada Parte sería suficiente y la posibilidad de prescindir de la fase oral es viable. Pero el artículo 90 que trata de las normas aplicables a casos contenciosos ante la Corte, también amerita un pequeño comentario.

5.1 El Artículo 92 del Reglamento de la Corte.

A continuación relacionaré este artículo con los tres casos ante las Salas *ad hoc* que acabo de mencionar.

5.1.1 Caso entre Honduras y El Salvador; Nicaragua interviniendo.

En el artículo 3, párrafo 1 (a) del compromiso concluido entre Honduras y El Salvador, las Partes solicitaron que los alegatos escritos fueran presentados simultáneamente por cada uno, que consistían en una Memoria, una Contra-Memoria y una Réplica. El Compromiso preveía, además, que la Corte podría autorizar o instruir que las Partes presentaran dúplicas si así lo acordaban o si así lo decidía la Corte, *propio motu*,

o a solicitud de una de las Partes expresando que dicho escrito resultaba necesario.

Nicaragua, en su solicitud de intervención pedía a la Corte en pleno el reordenamiento del procedimiento escrito, pero la Corte reconoció competencia de la Sala para pronunciarse sobre dicha petición. En seguimiento a la sentencia de la Sala del 13 de septiembre de 1990, el Presidente asignó a Nicaragua un plazo de tres meses para presentar su declaración escrita y otros tres meses adicionales a las Partes para presentar sus observaciones escritas sobre la declaración de Nicaragua. La Sala fijó la fecha para la apertura de las audiencias públicas de la fase oral, transcurridos tres meses desde la entrega de las observaciones escritas por las Partes.

5.1.2 Solicitud de revisión de la sentencia de 1992.

Por medio de ordenanza del 27 de noviembre del 2002, la Corte fijó el 1 de abril de 2003, como el plazo para que Honduras presentara sus observaciones sobre la admisibilidad de la solicitud de El Salvador. El procedimiento escrito se declaró cerrado el 8 de mayo de 2003 y las audiencias públicas se celebraron del 8 al 12 de septiembre de 2003, es decir, cinco meses más tarde. El 18 de diciembre de 2003, la Sala declaró inadmisible la solicitud de revisión de sentencia de El Salvador.

5.1.3 El caso entre Benin y Níger.

En su compromiso, las Partes convinieron en solicitar a la Corte que autorizara la presentación simultánea de sus alegatos escritos nueve meses después de emitida la ordenanza constituyendo la Sala (Memorias, Contra-Memorias y cualquier otro alegato autorizado u ordenado por la Corte). La Sala concedió los plazos tal como habían sido solicitados. Luego, y en atención a una solicitud ulterior de ambos Estados, la Sala autorizó la presentación de réplicas dentro del plazo de seis meses. Las audiencias públicas se celebraron dentro de los tres meses siguientes y el 12 de julio de 2005 la Sala dictó su sentencia.

Agregaría sobre el tema del procedimiento simplificado ofrecido a las Partes desde 1978, que dicho procedimiento nunca se ha utilizado; que las Partes continúan aplicando el mismo procedimiento que se aplica ante la Corte en pleno. También destaco el resultado paradójico de la no aplicación del procedimiento simplificado, que se ha traducido en la aceleración de los procedimientos, mientras que el uso de las mismas reglas ante la Corte en pleno parecen producir un efecto contrario. A título de ejemplo, he notado que las Salas ad hoc han ordenado un período muy corto de entre tres y cinco meses, desde el cierre del procedimiento escrito y la celebración de las audiencias pública en todas las Salas.

5.2 Artículo 90 del Reglamento de la Corte

Este artículo permite la aplicación, en las Salas *ad hoc*, de la Sección D *Procedimientos Incidentales de la Parte III Procedimientos Contenciosos* del Reglamento de la Corte (26), vale decir, *Medidas Provisionales, Excepciones Preliminares, Reconvención, Intervención y Desistimiento*. Basándome en una lectura estricta del artículo 90, comparto la opinión de que la Sala tiene competencia para pronunciarse sobre todos los procedimientos incidentales. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como aparece a primera vista.

En 1986, un procedimiento incidental – medidas provisionales – fue presentado en un caso sometido a la decisión de una Sala Especial: *La controversia fronteriza(Burkina-Faso/Mali* (27). Una de las Partes presentó su petición ante la Corte en pleno, mientras la otra la presentó ante la Sala *ad hoc*. Después de abordar el tema con la Secretaría de la Corte, solicitudes paralelas pidiendo medidas provisionales fueron presentadas ante la Sala *ad hoc*.

Como lo expresara anteriormente, en 1989 Nicaragua presentó ante la Corte en pleno un escrito solicitando un procedimiento incidental –intervención--(28) en una etapa muy tardía del procedimiento. Honduras con-

(26) Véase también « Practice Directions" emitidos por la Corte, en particular, I. (discouragement of the practice of simultaneous deposit of pleadings in cases brought by Special Agreement), V. (preliminary objections), y X. (interim protection).

(27) *Frontier dispute, Interim Measures, Order of 10 January 1986*. The Chamber *"considered that, independently of the request submitted by the Parties, for the indication of provisional measures, the Court or, accordingly the Chamber possesses by virtue of Article 41 of the Statute the power to indicate provisional measures ...",* p. 9

(28) Véase Santiago Torres Bernardez 5. *Affaires devant des Chambres de la Cour in L'intervention dans la procédure de la cour internationale de Justice*. Recueil des cours de l'Académie de droit international. Tome 256 « (1995)p ; 346-354. Véase también Shabtai Rosenne *Chapter 9. Intervention in Chamber Proceedings* in *Intervention in the International Court of Justice*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 177-183.

sideró que *"Nicaragua's Application to intervene must be heard by the Chamber and not by the full Court "*(29). Finalmente, la Corte en pleno decidió que la Sala ad hoc era competente para decidir sobre la solicitud de Nicaragua. *"Whereas it is for the tribunal seized of a principal issue to deal also with any issue subsidiary thereto; whereas a chamber formed to deal with a particular case therefore deals not only with the merits of the case but also with incidental proceedings arising in that case"* (30).) El juez Tarassov no estuvo de acuerdo y en su opinión disidente, dijo *"There are no provisions either in the Statute or in the Rules of Court which can be seen as prohibiting the full Court from considering these submissions of the Applicant. Neither the Statute and Rules of Court nor the Court's own practice serve to deprive it entirely of functions relating to chambers, once those chambers have been formed"*. Sin embargo, nadie cuestiona que el Reglamento de la Corte de 1978 está vigente y que, una vez constituida, la Sala *ad hoc* es la Corte.

Por otra parte, la cuestión planteada por Nicaragua tenía más relación con el procedimiento de constitución de una Sala *ad hoc* que con el procedimiento de intervención (31). Por añadidura, como lo observa Rosenne *"The question whether the full Court can deal with such a request [intervention] during the period when it is itself seized of the case, that is before the Chamber has been constituted remains open"* (32). ¿Tiene la Corte algún papel que cumplir en la reconstitución de una Sala Especial en la hipótesis de que dicha Sala conceda a un tercer Estado el derecho a intervenir?

Conviene tener presente que en 1990 la Corte dijo: *"Incidental proceedings by definition must be those which are incidental to a case which is already before the Court or Chamber. An incidental proceeding cannot be one which transforms that case into a different case with different parties"* (33). Tengo la impresión de que el Reglamento de la Corte en lo concerniente a este tema ha sido santificado por la jurisprudencia. Si este fuera el caso, fue un privilegio para Honduras asistir a la Corte en esta cuestión.

(29) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute El Salvador/Honduras), Composition of the Chamber, Order of 28 February 1990, I.C.J. Reports 1990* , p.4.

(30) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras) Application to intervene, Order of 28 February 1990, C.I.J. Reports 1990,* p. 3. Judges Elias, Tarassov and Shahabuddeen appended separate opinions to this Order. The quotations of Judge Tarassov are to be found at pages 13-14 and 17. Judge Elias dissention was that *" The Chamber must also never be allowed to deal with such issues as appointment of an ad hoc judge, .anther problem of international law the scope of which is too wide for the Chamber in any event"*. p. 9.

(31) S. Torres Bernardez, *op. cit.* p. 348.

(32) QS. Rosenne, *op. cit.* , p. 182.

Con todo lo anterior, no puede descartarse la posibilidad de que una tercera parte pudiera presentar ante la Corte en Pleno un procedimiento incidental relativo a un caso sometido a la decisión de una Sala. Es obvio, sin embargo, que desde luego que una Sala se constituye por medio de un compromiso entre Partes, sería muy improbable que una tercera Parte se presentase invocando objeciones preliminares o una reconvención. Desde otra perspectiva, no resulta razonable concebir que una Parte que actúa ante una Sala solicitara la intervención de la Corte en Pleno con relación a un procedimiento incidental que se ventila ante la Sala. Sin embargo, persiste la incertidumbre de si el desistimiento de un caso debería ser presentado ante la Sala o la Corte en Pleno. De acuerdo con el Reglamento, la Sala es competente. Pero uno no puede olvidar el papel que juega la Corte en Pleno en la constitución de la Sala. ¿Tiene, acaso, la Corte un papel que jugar en el desistimiento de un caso sometido a la decisión de una Sala?(34).

Para concluir sobre este punto, debo expresar que por medio de la jurisprudencia de los últimos diez años de la Corte en Pleno y de las Salas *ad hoc* se han subsanado potenciales debilidades del Reglamento de la Corte de 1978, (señadas por opiniones disidentes de algunos jueces) con relación a los cuatro procedimientos incidentales por antonomasia (medidas provisionales, objeciones preliminares, reconvención e intervención).

6. LAS SENTENCIAS

Este tema, en realidad, no debería estar abierto a debate. Sin embargo, merece algún comentario en vista de haber sido calificado como *"the lan-*

(33) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras) Application to intervene. Order of 28 February 1990, I.C.J. Reports 1990*, par. 98, p. 134.

(34) Gilbert Guilllaume *Le désistement devant la Cour internationale de Justice* in *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIéme siècle. Le regard d'un juge*. Pédone, 2003, p. 141-159.

guage of a legal fiction" (35). De conformidad con el artículo 27 del Estatuto: *"A judgment rendered by any of the chambers provided in Articles 26 and 29 shall be considered as rendered by the court"*.

Según Juan José Quintana: " No hay lugar a dudas, entonces, sobre el valor jurídico de un Fallo proferido por una Sala, el cual se equipara, en absoluta igualdad de condiciones, al que puede tener una decisión de la Corte en pleno, respaldada como está por todo lo que entraña la terminante formulación contenida en el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas. Las decisiones de las Salas *ad hoc* constituyen, pues, jurisprudencia de la Corte" (36).

Las sentencias de las diversas Salas Especiales sólo expresan los siguiente: *"The Chamber of the International Court of Justice formed to deal with the case above-mentioned"*. Como Agente de Honduras en varios juicios, comparto plenamente el criterio de que la sentencia de una Sala ad hoc es definitiva e inapelable como lo expresa claramente el artículo 60 del Estatuto.

7. EL PAPEL DE LAS SALAS AD HOC.

En un artículo recientemente publicado por el Secretario de la Corte, Señor Philippe Couvreur, expresa que: "En dépit des avantages que peut offrir le recours aux chambres (par exemple du point de vue de la souplesse de la procédure) il convient de noter que celle-ci demeure dans le Statut l'exception. ... Les impératifs d'une représentation équilibrée des principaux systèmes juridiques du monde au sein de la formation de jugement [...] et la collégialité du travail judiciaire sont en effet plus difficiles à satisfaire dans le cas des chambres» (37). Su comentario me estimula a considerar si un uso más frecuente de las Salas *ad hoc* podría incrementar su eficiencia y un recurso más intenso a la solución judicial en la Corte. Considero que la respuesta sería afirmativa, al menos desde el punto de vista de un Agente, si algunas incertidumbres aparentes fueran definitivamente descartadas. En este sentido debo recordar que se ha dicho con toda sabiduría que "no Government embarks upon international litigation lightly [as it] denotes the failure of attempts at a negotiated settlement and involves both risks and costs"(38) y, para mayor abundamiento, un antiguo Presidente de la Corte expresó "... dans 80% des cas, les affaires se concluent non par des arrangements, mais par des arrêts" (39).

(35) Para más detalles, véase S. Rosenne *III. 334. The Judgment of a Chamber in The Law and Practice of the International Court 1920-1996*. Volume III., p. 1393-1400.

(36) Juan José Quintana « El Procedimiento Contencioso ante la Corte Internacional de Justicia », Universidad Segio Arboleda, Bogotá, 2001, p.212.

(37) Philippe Couvreur. *Le règlement juridictionnel* in *Le processus de délimitation maritime. Étude d'un cas fictif*. Colloque international de Monaco 27-29 mars 2003. Institut du droit économique de la mer. Pédone, 2004, p. 358.

El recurso para la resolución de una controversia por medio de una Sala *ad hoc*, me parece que es un instrumento muy valioso de solución judicial internacional, pero tal recurso puede no ser idóneo para todo tipo de controversias, como podría ser el caso de la aplicación de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio, particularmente por las razones invocadas por el Señor Couvreur. Pero para controversias donde los contendientes tienen a su disposición la jurisprudencia de la Corte, el recurrir a una Sala *ad hoc* parece ser un muy ágil, valioso y efectivo instrumento de solución pacífica. *« Les rôles vides comme les rôles encombrés traduisent un malaise de la justice »* (40).

Como lo he sugerido anteriormente, la revisión del Reglamento de la Corte se emprendió con el propósito de facilitar el recurso a una Corte limitada en cuanto al número de sus integrantes. Al llegar a esta etapa de mi comunicación, considero oportuno recordar dos declaraciones relevantes. Una del Presidente de la Corte Shi Jiuyong del 3 de febrero de 2006: *"The Court cannot entertain a dispute unless the States concerned have consented to its jurisdiction. This is a fundamental principle governing the settlement of international disputes..."*. La otra, de la Corte Permanente de Justicia Internacional, dicha en 1922: *"the judicial settle-*

(38) D.W. Bowett *The Conduct of International Litigation* in *The International Court of Justice. Process, Practice and Procedure. Bowett and Others. Public International Law Series, 1997*, p. 3.

(39) Gilbert Guilllaume *La Cour internationale de Justice - Situation présente et perspectives d'avenir* in *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIéme siècle. Le regard d'un juge*. Pédone, 2003, p. 39

(40) Gilbert Guilllaume *Les subdivisions internesdes juridictions internationales* in *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIéme siècle. Le regard d'un juge*. Pédone, 2003, p. 84.

ment of international disputes, with a view to which the Court has been established, is simply an alternative to the direct and friendly settlement of such disputes between the Parties, as consequently it is for the Court to facilitate, so far as is compatible with its Statute, such direct and friendly settlement ..." (41). Teniendo muy presentes esta declaraciones, considero que los Estados son muy sensitivos a exponerse a procedimientos que todavía conlleven algún grado de incertidumbre, además del riesgo inherente a cualquier procedimiento judicial. En consecuencia, destaco ciertas condiciones que deberían cumplirse –algunas de las cuales ya tienen cumplimiento—para que se facilite un mayor uso de las Salas *ad hoc*:

1. El número de jueces para constituir una Sala *ad hoc* y sus nombres deben continuar siendo decididos por la Corte en Pleno en estrecha consulta con las Partes;
2. Como se dispone en los Artículos 17 y 31 del Reglamento, cualquier solicitud de una Parte en un juicio ante la Corte en pleno, pidiendo la constitución de una Sala *ad hoc* para decidir el caso, podrá presentarla en cualquier momento antes del cierre de la fase escrita; y el Presidente auscultará con la otra parte si está de acuerdo con la constitución de una Sala ad hoc;
3. El plazo entre el cierre de la fase escrita y la apertura de la fase oral debería continuar siendo muy corto;
4. Los procedimientos incidentales deberían de continuar siendo resueltos por la Sala *ad hoc*;
5. El derecho de un tercer Estado a intervenir debería ser reafirmado si la Sala reconociese un interés legal que pudiera ser afectado por el fallo y si los otros requisitos establecidos en el Estatuto y en el Reglamento son cumplidos;
6. La posibilidad de reconstituir una Sala *ad hoc* por una "nueva" Sala cuando, debido al paso del tiempo si hiciera necesario, debería ser clarificado como en el caso de la constitución de la Sala al comienzo de un juicio;

(41) Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, P.C.I.J., Series A, No.22, p.13 ; Véase también Frontier Dispute, ICJ. Reports 1986, p.577, para.46 and *Passage through the Great Belt, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports*, p.20, para.35.

7. Un fallo dictado por una Sala *ad hoc* tiene el mismo valor y autoridad que un fallo dictado por la Corte en Pleno;
8. En lo concerniente a problemas particulares, yo diría que la constitución de una Sala *ad hoc* es la pesadilla de un Agente, de modo particular en el caso entre Honduras y El Salvador en 1987, a la luz de su compromiso que preveía una Sala Especial "*...composed of three Members,* (of the Court) *with the consent of the Parties, ...this agreement being essential for the formation of the Chamber...*" Es decir, que las Partes sólo podrían constituir una Sala si lograban un acuerdo entre ellas sobre la propuesta que someterían a la consideración del Presidente de la Corte en Pleno;
9. Siempre hay opiniones audaces que afirman que un caso se gana o se pierde en la constitución de la Sala. Ante un tribunal de Justicia, esta afirmación carece de veracidad;
10. No importa cuánta ansiedad experimenten los Agentes al cumplir su compromiso de participar en la integración de la sala, la experiencia demuestra que los jueces son independientes, profesionales, honestos y que juzgarán cada caso en función de sus méritos, de acuerdo al Derecho Internacional;
11. En el citado caso entre Honduras y El Salvador, fallado en 1992, jueces de nacionalidad británica, brasileña y japonesa, junto con los jueces ad hoc escogidos por las Partes, decidieron la controversia aplicando el derecho internacional y, como una manifestación del mismo, el principio del *uti possidetis iuris*.

EL PLURALISMO JURÍDICO Y LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA*

Orlando MEJÍA HERRERA *
Asociado del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- EL PLURALISMO JURÍDICO: RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS.

III.- LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA.

1.- Competencia general.

2.- Competencias específicas y pluralismo jurídico.

A) Competencias de Derecho internacional y de Derecho de la integración (casos Nicaragua/Honduras y Honduras/ Nicaragua).

B) Competencias de Derecho interno de carácter constitucional y de Derecho de la integración (caso conflicto entre los poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Nicaragua).

IV.- CONCLUSIONES.

---

* Comunicación presentada en el XXIV Congreso del IHLADI, celebrado en Granada (España) del 10 al 15 de septiembre de 2006.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León (UNAN-León).

I. INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente trabajo es conocer la posición de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) cuando se le han presentado determinados casos (1) en los que las situaciones planteadas por las partes (y la interpretación realizada por la misma Corte) implicaron la confluencia de ordenamientos. En el primer caso, el Derecho internacional público y el Derecho de la integración centroamericana (caso Nicaragua/Honduras, relacionado con el caso Honduras/Nicaragua por referirse a los mismos hechos), y en el segundo caso el Derecho interno nicaragüense y el Derecho de la integración centroamericana.

Haremos primero una muy breve aproximación al concepto del *pluralismo jurídico* como modelo explicativo de la relación e interacción entre distintos ordenamientos jurídicos (II); después estudiaremos a la CCJ, la competencia general que posee y, particularmente, las competencias específicas que le sirvieron de base para el conocimiento de los casos objeto de estudio y la interpretación realizada en cada caso (III), y finalizaremos con unas breves conclusiones (IV).

II. EL PLURALISMO JURÍDICO: RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS.

En términos generales, el pluralismo jurídico, como concepción pluralista del Derecho, implica la posibilidad de que en un mismo ámbito espacial y temporal de validez y eficacia coexistan varios sistemas jurídicos de distinta naturaleza, como los sistemas jurídicos internacional (Derecho internacional general), de integración regional supranacional (como el Derecho comunitario europeo), de integración regional no supranacional (como el Derecho de la integración centroamericana), estatal (como el Derecho español y el Derecho nicaragüense), *infra*estatal (como el

(1) Específicamente, nos referimos a los casos siguientes: *CCJ, 27 de noviembre de 2001, Estado de Nicaragua/Estado de Honduras (GO n.º 13, de 04.12.2001, p. 2)*, relacionado con el caso *CCJ, 28 de noviembre de 2001, Estado de Honduras/Estado de Nicaragua (GO n.º 13, de 04.12.2001, p. 30)*; y *CCJ, 29 de marzo de 2005, Poder Ejecutivo de Nicaragua/Poder Legislativo de Nicaragua (GO n.º 19, de 24.05.2005, p. 5)*.

Derecho local o municipal) y transnacional o *desterritorializado* (como el que pertenece a un grupo transnacional de sociedades mercantiles o el eclesiástico). Aquí es oportuno recordar que la noción de sistema jurídico supone tres elementos básicos: conjunto, organización y estructura (2).

Ahora bien, entre estos ordenamientos pueden existir diferentes tipos de relaciones. Hay una relación de *aglomeración* cuando «no se produce una interacción estructurada entre los ordenamientos ya que puede decirse que se encuentran unidos uno al lado de otro sin mezclarse ni afectarse (3). Están unidos porque pertenecen a la misma familia jurídica, lo que les distingue de aquellos otros ordenamientos –igualmente aglomerados- con los que se encuentran en una relación de *separación*»; es decir, «la relación de *separación*» implica que «cada conjunto normativo regula al sujeto de un modo diferente aunque se trate de la misma relación jurídica. La separación en su grado máximo da lugar al no reconocimiento de los distintos ordenamientos como en algunos casos sucede entre el ordenamiento estatal y el religioso, el étnico o el de algunas minorías nacionales» (4).

Además, de las relaciones de «*aglomeración* y *separación* es posible pasar a una relación de *reconocimiento* cuando los ordenamientos jurídicos hacen alguna referencia, de *iure* o de *facto*, a la existencia del otro o los otros conjuntos normativos». Esta situación de reconocimiento, «que tiene distintos grados, puede implicar la *integración* o la *unificación* de los ordenamientos ya sea en situación de paridad o de jerarquía». Así, en «una relación de paridad se encuentran los ordenamientos elaborados por los legisladores nacionales entre sí, mientras que la relación de éstos con el Derecho internacional general es una relación de jerarquía en la que éste último se sitúa en la cumbre. También es una relación jerárquica la del ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea con el

(2) *Vid.* VON DE KERCHOVE, M. y OST, F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988, pp. 25, 119 y 189-190.

(3) A nuestro juicio, un ejemplo de relación de aglomeración podría ser cuando los trabajadores migrantes reciben distintas protecciones en materia de seguridad social por los diferentes ordenamientos jurídicos internos de los Estados en los que haya laborado.

(4) GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «Pluralismo jurídico e inversión extranjera: las controversias entre el inversor y el Estado receptor», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, 2005, 1563-1592, pp. 1565 *in fine* y s., (véase también la nota 4 de la obra citada).

Derecho comunitario que tiene primacía respecto de aquellos». La relación de *integración* es propia de los procesos de integración regional (es la que rige en las relaciones entre los ordenamientos autónomos de los Estados miembros entre sí y de éstos con el Derecho comunitario); mientras que la relación de *unificación* se observa, por ejemplo, en los casos de fusiones de Estados «y de algunos Estados confesionales [como los Estados árabes musulmanes] que incorporan el ordenamiento religioso en el ordenamiento civil sin que exista distinción ni separación entre uno y otro» (5).

En fin, siguiendo esta línea argumental del pluralismo jurídico, se sostiene, por ejemplo, que el Derecho internacional público y el Derecho interno a pesar de que son dos ordenamientos jurídicos autónomos no están separados, sino que «reconocen mutuamente sus respectivas palideces y mantienen entre sí múltiples relaciones regidas por el principio de la superioridad del derecho internacional», creándose una interdependencia que los obliga a la colaboración entre ellos (6). O cuando se sustenta que «la autonomía del Derecho Comunitario [Europeo] no excluye el juego en él de los principios y normas del DIP [Derecho Internacional Público] como útiles e incluso indispensables herramientas de trabajo, y si bien es muy cierto que el Derecho Comunitario ha contribuido al desarrollo del ordenamiento internacional, no lo es menos que los conceptos y las instituciones del DIP pueden rendir buenos servicios y hacer aportaciones apreciables al proceso de integración europea» (7).

En cualquier caso, está claro que en un mismo ámbito espacial coexisten varios ordenamientos que pueden regular de un modo diferente o igual (o parecido) una misma relación jurídica.

(5) *Ibíd.*, pp. 1566 y s., (véanse también las notas 6, 7 y 8 de la obra citada).

(6) VIRALLY, M., *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos al correr de los años*, 1.ª ed. en español, trad. de E. C. Tapie Isoard, México, 1998, p. 132.

(7) JIMÉNEZ PIERNAS, C., «El incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros cuando median actos de particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre Derecho Comunitario y Derecho Internacional», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 7 (2000), 15-48, p. 20.

III. LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA.

La CCJ es el máximo órgano de control jurídico del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), es decir, de la organización internacional que impulsa el desarrollo del proceso de integración centroamericana. En este sentido, su Convenio de Estatuto (8) dispone que dicha Corte «[...] es el Órgano Judicial principal y permanente del "Sistema de la Integración Centroamericana", cuya jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio para los Estados [miembros del SICA que sean partes en su convenio de estatuto]» (9).

(8) Art. 1, párr. 2.º Esta disposición se mantiene idéntica en el Protocolo de Reformas al Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia firmado en la ciudad de San Salvador el 15 de diciembre de 2004 (aún no en vigor).

(9) La Corte Centroamericana de Justicia ha declarado que, por aplicación del Protocolo de Tegucigalpa, los Estados miembros del SICA se encuentran sometidos a su jurisdicción, *aun cuando para algunos de dichos Estados no se encuentre en vigor el convenio de estatuto de la Corte: cf. CCJ, 13 de diciembre de 1996, PARLACEN (GO n.º 4, de 22.02.1997*, p. 5). Si bien es cierto que esta posición de la Corte fue manifestada a través de una opinión consultiva solicitada por el Parlamento Centroamericano (PARLACEN), también es verdad que hasta la fecha no se ha presentado un caso contencioso ante la Corte en el cual sea parte un Estado miembro del SICA que todavía no sea parte del estatuto de la Corte. A nuestro juicio, es manifiestamente errónea esta opinión de la Corte Centroamericana de Justicia, ya que si bien el Protocolo de Tegucigalpa enuncia, de manera general, la creación de dicha Corte (como el órgano judicial principal del SICA), también este protocolo (art. 12) dispone que el estatuto para regular la integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte debe ser establecido en un tratado diferente debidamente celebrado entre los Estados miembros. Así pues, el Protocolo de Tegucigalpa no podía, lógicamente, señalar que todos los Estados miembros del SICA serían *ipso facto* partes en el estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, y en consecuencia la jurisdicción plena de ésta estaría abierta para todos los Estados miembros, pues los estatutos no fueron aprobados en un anexo que formara parte integrante del Protocolo de Tegucigalpa, sino en un tratado complementario de éste. Es decir, los Estados miembros del SICA están sometidos *plenamente* a la jurisdicción o competencia de la Corte Centroamericana de Justicia sólo en la medida en que también ratifiquen o se adhieran al tratado complementario que contiene sus estatutos. La realidad confirma esta postura. Prueba de ello es que en el art. 1 de la Ordenanza de Procedimientos de la Corte (*GO n.º 1, de 01.06.1995, p. 17*), se considera «ESTADO MIEMBRO», a efecto de sus funciones jurisdiccionales, únicamente los «Estados que suscribieron el Convenio del Estatuto de La Corte Centroamericana de Justicia; *y para quienes se encuentra vigente*» (el énfasis es nuestro). Obviamente, sólo puede estar vigente dicho estatuto para los Estados que lo hayan ratificado o se hayan adherido, según sea el caso, y hayan realizado los correspondientes depósitos.

1. Competencia general.

Específicamente, el Protocolo de Tegucigalpa (10) señala que la Corte Centroamericana de Justicia es el órgano «que garantizará el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del presente Protocolo [de Tegucigalpa] y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo». Para que la Corte pueda cumplir su función o competencia general de garantizar el respeto del Derecho en el marco del SICA su convenio de estatuto le atribuye las competencias específicas necesarias.

Es indispensable manifestar que inicialmente el artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa establecía que debía someterse al conocimiento de la Corte Centroamericana de Justicia para su resolución *toda controversia* sobre la interpretación o aplicación de las disposiciones normativas contenidas en dicho protocolo y en sus instrumentos complementarios y actos jurídicos derivados. Así pues, la Corte podía garantizar *plenamente* el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de las disposiciones normativas del ordenamiento originario y derivado del SICA.

Pero con la posterior reforma del citado artículo 35 (11), la Corte Centroamericana de Justicia perdió la importante competencia que poseía para resolver los conflictos o controversias comerciales *entre Estados miembros* surgidos en el subsistema de integración económica relativos a

(10) Art. 12, párr. 5.º

(11) *Cf.* enmienda al Protocolo de Tegucigalpa, de 27 de febrero de 2002. A partir de dicha enmienda, el artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa quedó reformado así: «Este Protocolo y sus instrumentos complementarios y derivados prevalecerán sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana. No obstante, quedan vigentes entre dichos Estados las disposiciones de aquellos Convenios, Acuerdos o Tratados, siempre que las mismas no se opongan al presente instrumento u obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos.

»Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, las controversias sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán someterse a la Corte Centroamericana de Justicia.

»Las diferencias surgidas en el Subsistema de la Integración Económica como consecuencia de las relaciones comerciales intrarregionales, se someterán al mecanismo de solución de controversias que establezca el Consejo de Ministros de Integración Económica que contendrá un método de solución alterno de controversias comerciales incluido el arbitraje, cuyas decisiones serán vinculantes para los Estados Miembros que intervengan en la respectiva diferencia. El incumplimiento de un laudo arbitral dará lugar a la suspensión de beneficios de efecto equivalente a los dejados de percibir, según se decida en el respectivo laudo».

la interpretación o a la aplicación de las disposiciones normativas contenidas en los instrumentos de la integración económica centroamericana como consecuencia de las relaciones comerciales *intra*rregionales (12).

Se debe subrayar que la Corte ha perdido competencia para resolver controversias comerciales entre los Estados miembros del subsistema económico del SICA que constituye, en cierta medida, el ámbito más ágil o dinámico en relación con otros sectores del proceso de integración. También es necesario manifestar que la enmienda del artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa se realizó después que la Corte (13) rechazara la creación de un mecanismo de solución de controversias comerciales, que incluyera la conciliación y el arbitraje de carácter extrajudicial, administrado por la Secretaría de Integración Económica Centroamericana y aprobado por el Consejo de Ministros de Integración Económica, paralelo a la competencia y procedimiento de arbitraje ante la Corte establecidos y regulados por los artículos 22, inciso ch), de su convenio de estatuto, y 6 (reformado) de su Ordenanza de Procedimientos respectivamente (14).

(12) A través de la resolución n.º 106 – 2003, de 17 de febrero de 2003, el Consejo de Ministros de Integración Económica aprobó el nuevo *Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales* entre Estados miembros del subsistema de integración económica («arbitraje interestatal»), así como las llamadas Reglas Modelo de Procedimiento y el Código de Conducta que se aplicarán en dicho Mecanismo. Mediante resolución n.º 111 – 2003, de 27 de mayo de 2003, del Consejo de Ministros de Integración Económica, se aprobó la aplicación de esos instrumentos para Honduras y Nicaragua al haber efectuado estos países el depósito de sus respectivos instrumentos de ratificación de la Enmienda al artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa. Sin embargo, «como consecuencia de los análisis realizados a las disposiciones de la normativa del Mecanismo, así como de la experiencia de su aplicación en los casos sometidos al mismo, surgieron propuestas de modificación para el mejor funcionamiento del Mecanismo y reforzar la certeza y seguridad jurídicas que su aplicación debe inspirar» (según palabras del Consejo de Ministros de Integración Económica), y, en consecuencia, dicho Consejo, por medio de la resolución n.º 170 – 2006, de 28 de julio de 2006, aprobó las modificaciones del Mecanismo, de las Reglas Modelo de Procedimiento y del Código de Conducta (y derogó la resolución n.º 106 – 2003). Las reformas, con base a la experiencia de los últimos tres años, se limita a realizar algunos ajustes técnicos y administrativos para el mejor funcionamiento de dicho Mecanismo sin que tales modificaciones impliquen un cambio fundamental en el sistema de solución de controversias establecido, es decir, la CCJ continúa fuera del sistema. *Vid.* el texto íntegro de dichas resoluciones en el sitio web oficial de la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA): http://www.sieca.org.gt en la sección *Sistema Integrado de Información de SIECA – Integración Económica Centroamericana – Marco Legal*.

(13) En respuesta a la solicitud de opinión consultiva presentada por la Secretaría General del SICA.

(14) *Vid.* la resolución de la Corte Centroamericana de Justicia; *CCJ, 12 de noviembre de 2001, Secretaría General (GO n.º 12, de 14.11.2001*, p. 17).

2. Competencias específicas y pluralismo jurídico.

Analizaremos ahora los dos casos paradigmáticos en los que la CCJ, con su interpretación polémica, *impuso* un artificioso conflicto de ordenamientos.

A) Competencias de Derecho internacional y de Derecho de la integración (Casos Nicaragua/Honduras y Honduras/Nicaragua).

Es necesario precisar que en el *asunto Estado de Honduras/Estado de Nicaragua*, este último Estado adoptó determinadas medidas legislativas, reglamentarias y administrativas contrarias a las disposiciones normativas que, en el marco del SICA, regulan la zona de libre comercio, en particular con relación a Honduras, al aplicar un impuesto a los bienes y servicios de procedencia u origen hondureño como *medida de reacción* al sentirse afectado por la aprobación y ratificación de parte de Honduras de un tratado de delimitación marítima en el Caribe con Colombia. Según la posición de Nicaragua, la ratificación de dicho tratado infringía normas del Derecho de integración centroamericana y afectaba su seguridad y violaba su soberanía.

A nuestro juicio, Nicaragua adoptó una serie de medidas contra Honduras que violaban normas del Derecho de integración centroamericana (específicamente en el ámbito de la integración económica) como forma de *vindicar* lo que consideraba una falta de solidaridad de parte de Honduras al aprobar y ratificar un tratado de delimitación marítima con Colombia, pues lo cierto es que Nicaragua estima que ese tratado perjudica sus pretensiones e intereses *principalmente* sobre la delimitación de sus espacios marinos con Colombia, y también con Honduras, en el Mar Caribe (15).

Pero al tratarse estrictamente de controversias sobre delimitación marítima entre dos Estados miembros del SICA, dicha controversia debía resolverse al margen del proceso de integración económica centroamericana, es decir, no infringiendo los principios y normas que inspiran y regulan este proceso, sino a través de los medios de solución pacífica de las controversias internacionales establecidos por el Derecho internacional público (16). Prueba de ello es que, por un lado, el asunto sobre la delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe fue sometido por el propio Estado nicaragüense ante la Corte Internacional de Justicia para su resolución definitiva sin esperar que la Corte Centroamericana de Justicia dictara su fallo (17), y, por otro lado, que Nicaragua tuvo que suspender, aunque sólo fuera temporalmente, obligada por la sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia de 28 de noviembre de 2001, «el impuesto a los bienes y servicios de procedencia u origen hondureño ante la necesidad imperante de fortalecer la integración económica centroamericana» (18).

Ahora bien, desde la perspectiva del *pluralismo jurídico*, es imprescindible analizar, de forma general, la posición de la CCJ adoptada en su sentencia sobre el caso *Estado de Nicaragua/Estado de Honduras*.

Es indispensable aclarar que la Corte Centroamericana de Justicia sólo puede conocer las controversias territoriales (terrestres y marítimas) entre los Estados miembros con la condición de que *todos* los Estados partes interesados lo hayan solicitado (19). Aquí, obviamente, el Derecho de la integración centroamericana, con esa condición, le concede competencia a la CCJ para resolver controversias de Derecho internacional, como el de la delimitación marítima en el Caribe entre Nicaragua y Honduras. Eso sí, el Derecho de la integración se limita a remitir el caso al Derecho inter-

(15) Es decir, se trata de un conflicto donde predominan intereses nacionales en materia de delimitación marítima entre dos Estados miembros del SICA, y no propiamente intereses del sistema de integración. Pero, no obstante, en el marco de la controversia marítima, un Estado (Nicaragua) infringe normas del ordenamiento jurídico del SICA para causar un daño al otro Estado (Honduras) como forma de vindicación y de presión.

(16) En la Unión Europea cualquier controversia territorial y marítima entre sus Estados miembros debe resolverse sin perjudicar la buena marcha del proceso de integración.

(17) *Vid.* demanda de la República de Nicaragua contra la República de Honduras, de 8 de diciembre de 1999, *delimitación marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (Nicaragua c. Honduras)*, en el sitio web oficial de la Corte Internacional de Justicia: http://www.icj-cij.org en la sección *Decisiones - asuntos contenciosos - 1999*.

(18) *Cf.* Ley N.º 449 aprobada por el poder legislativo de Nicaragua el 11 de marzo de 2003 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta del Estado de Nicaragua N.º 50 de 12 de marzo de 2003. El énfasis es nuestro. Sin embargo, dicha ley, en primer lugar, no hace referencia alguna a la sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia que previamente (quince meses antes, aproximadamente) había ordenado «suspender de inmediato» la aplicación de ese impuesto, y, en segundo lugar, habla de *suspensión temporal* del impuesto cuando lo correcto y apropiado es, desde la perspectiva del Derecho de integración centroamericana, una *suspensión definitiva*, pues así se deduce de la sentencia de la Corte que resolvía la demanda de Honduras contra Nicaragua por violación del Derecho de la integración centroamericana.

(19) Art. 22.a) párr. 1.º del convenio de estatuto de la CCJ.

nacional público para su resolución, pues es este ordenamiento, y no el de la integración, el que posee los conceptos e instituciones jurídicas para resolverlo.

El Estado de Honduras, en todo momento, como se puede observar en la parte expositiva de la sentencia, rechazó la competencia de la Corte para conocer controversias territoriales, pues el mismo ordenamiento de la integración centroamericana establece la condición indispensable de que ambas partes lo soliciten o se sometan voluntariamente a la jurisdicción de la CCJ. Finalmente, el mismo Estado de Nicaragua, como parte demandante, tácitamente le terminó dando la razón al Estado de Honduras al someter el caso ante la Corte Internacional de Justicia, aun cuando la CCJ, por mayoría de votos, «le dio la razón» a Nicaragua con base a *otros parámetros interpretativos* del Derecho de la integración centroamericana como veremos a continuación.

La CCJ resolvió que tenía competencia para conocer el caso planteado por Nicaragua porque, según su interpretación, «no se trataba de una controversia fronteriza sino de supuesto incumplimiento o violación de normas comunitarias del Sistema de la Integración Centroamericana», es decir, según la CCJ, Honduras, con la firma y ratificación del tratado de delimitación marítima con Colombia, supuestamente habría infringido normas de la integración centroamericana.

En ese sentido, a pesar de ser una típica controversia de Derecho internacional público (controversia fronteriza), la Corte pretende imponer la idea de que la cuestión planteada pertenece al Derecho de la integración centroamericana a causa de la lectura política que realiza del Protocolo de Tegucigalpa y a la inoportuna e impertinente utilización que realiza de algunos precedentes históricos que realmente no vienen al caso. Así, finalmente «resuelve» la controversia a favor de Nicaragua estableciendo que Honduras, al ratificar el tratado de delimitación marítima con Colombia, ha infringido el Protocolo de Tegucigalpa y que «como consecuencia de dicha infracción el Estado de Honduras incurre en responsabilidad». La CCJ se basó principalmente en dos conceptos («Comunidad Centroamericana o Centroamérica» y «patrimonio territorial de Centroamérica») para dictar su sentencia.

En primer lugar, la llamada Comunidad Centroamericana o Centroamérica no existe como entidad con personalidad jurídica interna e

internacional. Dicha Comunidad sólo existe en términos geográficos o culturales, pero no jurídicos. Lo que existe jurídicamente es el SICA como organización internacional cuya misión fundamental es precisamente impulsar el desarrollo del proceso de integración de Centroamérica en el ámbito político, económico y social. En ese sentido se expresa el artículo 1 del Protocolo de Tegucigalpa como tratado constitutivo del SICA.

En segundo lugar, y como consecuencia lógica, el llamado patrimonio territorial de Centroamérica no está determinado jurídicamente. Utilizando un juego de palabras, se podría definir como un concepto «profuso, difuso y confuso». La misma CCJ lo reconoce en cierta medida al señalar que en relación «a la existencia de un "patrimonio territorial de Centroamérica", es criterio de este Tribunal que si bien no ha sido jurídicamente definido ni concertado en forma expresa por los Estados Miembros por medio de un Tratado, este patrimonio territorial existe, con independencia de que sea reconocido por instrumento jurídico, y a él pertenecen en conjunto las superficies de los Estados Miembros que integran la Comunidad Centroamericana o Centroamérica, tal como ellos las estiman».

A nuestro juicio, más que una correcta interpretación jurídica, lo que la CCJ realiza es una *oportunista*, que no oportuna, lectura política del Protocolo de Tegucigalpa. Para entender esta conducta del Tribunal hay que tener en cuenta las circunstancias en que la CCJ puede conocer un caso de esta naturaleza teniendo en consideración la realidad en que se desenvuelve: los gobiernos de los Estados que la integran pueden someter un caso ante la Corte con la táctica de que si ésta no les favorece en sus pretensiones entonces la someten a una intensa campaña de descrédito, por ejemplo, acusarla de ser un «elefante blanco» (órgano costoso, pero inútil), lo cual, si es cierto, es consecuencia del lamentable estado estructural en que se encuentra el SICA por culpa principalmente de los mismos gobiernos de los Estados miembros; o también sometiéndola a otro tipo de presiones concretamente de carácter económico. El Tribunal puede caer en la trampa realizando una lectura política, concretamente en este caso realizando una interpretación errónea del Derecho de la integración centroamericana para que forzosamente pueda conocer el asunto a pesar de ser claramente una controversia entre Estados que pertenece al ámbito del Derecho internacional público.

Desde el punto de vista del pluralismo jurídico, el Derecho de la integración centroamericana no podía desempeñar ningún papel en este asunto, ya que sólo los principios y normas del Derecho internacional público pueden ayudar a resolver completamente la controversia entre los dos Estados, la cual, además, sólo podía ser planteada ante un tribunal internacional (y no ante un tribunal comunitario como la CCJ), excepto que Honduras lo consintiera expresamente. La Corte así debió entenderlo desde el principio.

Por otro lado, en el caso *Estado de Honduras/Estado de Nicaragua* la Corte se limitó a constatar y, por tanto, declarar la violación del Derecho de la integración centroamericana por parte de Nicaragua, ya que este Estado había adoptado una serie de medidas contrarias a las disposiciones normativas que regulan la llamada zona de libre comercio centroamericana y que afectaban particularmente a Honduras. Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, Nicaragua pretendió que la Corte Centroamericana de Justicia reconociera como validas dichas medidas de acuerdo con el Derecho internacional económico establecido en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (20), a pesar de que la normativa del SICA constituye el único ordenamiento aplicable a dicho caso y que como Derecho de la integración no debería tolerar este tipo de contramedidas pues el principio de la reciprocidad es extraño en un sistema de integración (21) y, en consecuencia, es un grave error haber establecido dicho principio en las normas primarias escritas del Derecho de la integración centroamericana (22).

El establecimiento del principio de reciprocidad en el mismo Derecho primario escrito del SICA representaba, en principio, una ventaja para Nicaragua. No obstante, de acuerdo con el principio de cooperación leal establecido también en dicha normativa, la Corte Centroamericana de

(20) Arts. XXI, del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994), y XIV *bis* del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).

(21) En este sentido se señala lo siguiente: «Simplemente, no es serio ni leal en un sistema de integración condicionar el cumplimiento propio al de los demás. Por ello, la *cláusula de lealtad comunitaria* exige el cumplimiento a cada Estado miembro, individualmente, independientemente de la conducta de los otros Estados miembros [...] La paridad y la reciprocidad son extrañas en un sistema de integración»: MANGAS MARTÍN, A., «Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política», en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, n.º VII (1996-1997), 77-104, p. 87.

(22) *Vid.* arts. 4.e) del Protocolo de Tegucigalpa y 5 del Protocolo de Guatemala.

Justicia muy atinadamente declaró que el principio de reciprocidad es *inadmisible* en un *verdadero* ordenamiento jurídico comunitario al manifestar que es «un principio esencial del Derecho Comunitario, que el incumplimiento por parte de uno o varios de los Estados Miembros de la normativa comunitaria, no justifica el que otro u otros de ellos también lo hagan» (23).

En este caso, al existir una antinomia o contradicción entre normas del Derecho originario del SICA (al establecerse simultáneamente como principios básicos del sistema de integración la cooperación leal y la reciprocidad), la Corte se propuso resolver el conflicto acudiendo a uno de los principios fundamentales que rigen el *Derecho de integración en general* (concretamente, el principio de cooperación leal) aplicando las normas del Protocolo de Tegucigalpa que formulan, en cierta medida, este principio.

Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, en este asunto, a nuestro juicio, la CCJ actuó correctamente al no permitir, tal como lo deseaba Nicaragua, la aplicación de los principios y normas del Derecho internacional económico establecido en el marco de la OMC. Al contrario, la Corte realizó una correcta interpretación y una acertada aplicación del Derecho de la integración centroamericana.

B) Competencias de Derecho interno de carácter constitucional y de Derecho de la integración (Caso Conflicto entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Nicaragua).

El convenio de estatuto (24) establece que la Corte Centroamericana de Justicia es competente para «[c]onocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos que puedan surgir entre los Poderes u Organos fundamentales de los Estados, y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales».

Esta competencia, propia de un tribunal constitucional nacional y no de un tribunal de integración de Estados, está justificada por la propia Corte Centroamericana de Justicia sin ofrecer, a nuestro juicio, un fundamento jurídico convincente, ya que se limita a decir que dicha competen-

(23) *CCJ, 28 de noviembre de 2001, Estado de Honduras/Estado de Nicaragua, loc. cit.*

(24) Art. 22.f).

cia «es herencia histórica de la Corte de Cartago» (25) y que constituye «un valioso medio de solución pacífica para conflictos tan trascendentales» en la vida política de los Estados miembros (26).

En el SICA, no obstante, con relación a los conflictos entre los poderes u órganos fundamentales de los Estados miembros (conflictos de competencia y constitucionalidad) la Corte Centroamericana de Justicia sólo ha conocido, hasta la fecha, un caso; probablemente por la reticencia justificada de los Estados que la integran de ventilar sus conflictos constitucionales ante un tribunal de integración cuya misión principal es velar por los intereses jurídicos del proceso de integración de Estados en su conjunto y no para resolver asuntos constitucionales que pertenecen a la vida política interna de cada Estado (27).

No obstante, el 4 de enero de 2005 la Corte conoce el primer caso en esta materia, pero en circunstancias deplorables que afectaron seriamente la credibilidad de ese Tribunal. El caso: un conflicto entre el poder ejecutivo y el poder legislativo del Estado de Nicaragua (demanda interpuesta por el Gobierno contra la Asamblea Nacional). El 6 de enero la Corte dictó una resolución mediante la cual se admitía la demanda y ordenaba una medida cautelar: que la Asamblea Nacional de Nicaragua suspendiera los procedimientos de ratificación en segunda legislatura de las reformas aprobadas a la Constitución Política de la República de Nicaragua en primera legislatura el 25 de noviembre de 2004, en tanto dicha Corte no se pronunciara sobre el fondo del asunto. El Gobierno de Nicaragua alegaba, esencialmente, que tales reformas constitucionales violan disposiciones fundamentales del Derecho Público nicaragüense y del Derecho de integración centroamericana, ya que *aumentan* las facultades del poder legislativo *en perjuicio* del poder ejecutivo y, por tanto, afectan la independencia del poder ejecutivo y el equilibrio que debe existir entre los Poderes del Estado, para lo cual se precisaría una reforma total de la Constitución a través de una asamblea nacional constituyente y no el procedimiento aplicable para las reformas parciales (28).

(25) La antigua *Corte de Justicia Centroamericana*, de 1908, que funcionó en Costa Rica hasta 1918. Esta Corte podía conocer también de los conflictos que surgieren entre los poderes de los Estados que la integraban, y cuando de hecho no se respetaran los fallos judiciales o las resoluciones de los congresos nacionales. *Vid.* CHAMORRO MORA, R., *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, 1.ª ed., Managua, 2000, p. 144.

(26) *Vid.* los «Puntos de Vista» de la Corte sobre la Declaración de Panamá II en *GO n.º 6, de 25.09.1997*, p. 2.

(27) Por ejemplo, en la Unión Europea es inadmisible desde cualquier punto de vista que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo tenga atribuida competencia para resolver conflictos entre los poderes fundamentales de los Estados miembros. Eso es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales (tribunales constitucionales o tribunales supremos de justicia según la estructura política e institucional de cada Estado).

La situación se complicó cuando la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua dictó una resolución el 7 de enero de 2005 dejando «sin efecto» la medida cautelar ordenada por la Corte Centroamericana de Justicia principalmente por no haberse agotado el Derecho interno nicaragüense y no existir medidas cautelares en materia de inconstitucionalidad, ya que el Gobierno de Nicaragua primero había interpuesto un «Recurso Innominado por Conflicto de Competencia y Constitucionalidad entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo» (en ese momento pendiente de resolución) ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua contra el proyecto de ley de reforma parcial a la Constitución Política. Es decir, el gobierno nicaragüense interpuso la demanda ante la Corte Centroamericana de Justicia sin esperar la resolución definitiva de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua ante la cual había ya recurrido.

A nuestro juicio, en este caso, independientemente que no estemos de acuerdo con la atribución de este tipo de competencia a favor de la Corte Centroamericana de Justicia, lo correcto sería, como bien declaró la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, que se agotaran todos los recursos jurídicos internos disponibles para resolver el conflicto constitucional. En este sentido, se ha afirmado que una de las reglas para que la Corte Centroamericana de Justicia pueda conocer este tipo de conflictos consiste en que el Órgano o Poder Fundamental agraviado agote previamente «todas las instancias jurídicas y políticas internas a fin de resolver el conflicto» y que el daño o perjuicio sufrido ponga en peligro su estabilidad institucional y «se convierta en un serio riesgo» para alcanzar los objeti-

(28) Aquí, no nos interesa exponer consideraciones sobre el fondo de la cuestión, desde la perspectiva del Derecho constitucional o de la Ciencia Política, que sólo corresponde a expertos en dichas materias. Aunque es suficiente una lectura general de textos autorizados para saber que en Nicaragua no se está implantando un semipresidencialismo, si tenemos en cuenta el modelo comparativo que generalmente se utiliza, el semipresidencialismo francés. A lo sumo, se pretende una moderación del sistema presidencialista nicaragüense, ya que en Latinoamérica y el Caribe la forma de gobierno presidencialista típicamente ha poseído poderes exagerados y, en consecuencia, continuamente se ha degenerado hasta caer en el autoritarismo.

vos y fines fundamentales del SICA o para el cumplimiento de sus principios fundamentales (29).

No obstante, la Corte Centroamericana de Justicia continuó el procedimiento correspondiente hasta dictar sentencia definitiva el 29 de marzo de 2005 a favor del poder ejecutivo al declarar «jurídicamente inaplicables» las reformas constitucionales aprobadas por el poder legislativo. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua también emitió una sentencia definitiva (la n.° 15) el mismo día 29 de marzo de 2005, estableciendo, principalmente, el rechazo del desistimiento del Recurso Innominado interpuesto por el poder ejecutivo y el rechazo del propio recurso (es decir, declaró jurídicamente válidas las reformas constitucionales aprobadas por el legislativo) y además declaró *parcialmente inconstitucional* el inciso f) del artículo 22 del convenio de estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, o sea, la base jurídica de este Tribunal para poder conocer y resolver favorablemente la demanda del Gobierno nicaragüense. En consecuencia, el conflicto (jurídico y político) estaba servido entre esos dos Poderes del Estado de Nicaragua; un auténtico teatro donde los dos protagonistas debían buscar una solución política al problema (30), ya que en «términos jurídicos» cada uno tenía ya su propio

(29) GIAMMATTEI AVILÉS, J. A., «Conflictos entre Poderes y Órganos de los Estados e Irrespeto a los Fallos Judiciales», en CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA, *La Competencia de la Corte Centroamericana de Justicia,* 1.ª ed., Managua, 1996, Cap. V, 73-90, pp. 84 *in fine* y s. También véase el Voto Razonado del Magistrado ORLANDO TREJOS SOMARRIBA al final de la polémica sentencia de la CCJ, donde afirma que previamente se debió haber agotado los recursos del Derecho interno nicaragüense como requisito para que la CCJ admitiera a trámite la demanda del poder ejecutivo de Nicaragua.

(30) Finalmente los dos principales partidos políticos que integran la Asamblea Nacional y el Gobierno negociaron una polémica y (jurídicamente) discutible LEY MARCO PARA LA ESTABILIDAD Y GOBERNABILIDAD DEL PAÍS "LEY N.° 558", aprobada el 19 de Octubre del 2005 y publicada en el Diario Oficial del Estado de Nicaragua "La Gaceta" n.° 203 del 20 de Octubre del 2005. En su artículo 1 dispone: «La Ley No. 520, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua; la Ley No. 511, Ley de la Superintendencia de los Servicios Públicos; la Ley No. 512, Ley Creadora del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural; la Ley de Seguridad Social; así como las demás leyes y actos legislativos que se derivan de las mismas, se suspenden en su aplicación hasta el 20 de enero del 2007. Las nuevas autoridades electas en el 2006, Presidente de la República y Asamblea Nacional, tendrán las facultades de aceptar o rechazar estas leyes antes de o hasta la fecha señalada.

»Los funcionarios públicos nombrados por la Asamblea Nacional en virtud de actos legislativos derivados de La Ley No. 520, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, y de otras leyes conexas, asumirán sus cargos a partir del 20 de enero de 2007, salvo lo establecido en la parte final del párrafo anterior».

pararrayo, uno de los cuales fue proporcionado indebidamente por la Corte Centroamericana de Justicia al admitir a trámite y resolver *prematuramente* la demanda del poder ejecutivo.

Ahora bien, a nuestro juicio, la forma en que la Corte Centroamericana de Justicia interpretó y resolvió el caso (no esperar el agotamiento previo de los recursos internos conforme al Derecho constitucional nicaragüense) provocó que la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declarara parcialmente inconstitucional el inciso f) del artículo 22 del citado convenio de estatuto, porque evidentemente consideraba que estaba siendo despojada completa y definitivamente de su competencia constitucional en esta materia (31). Desde nuestro punto de vista, esta interpretación del supremo tribunal nicaragüense es jurídicamente correcta por dos razones fundamentales que exponemos inmediatamente.

En primer lugar, el convenio de estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia (que es un tratado internacional) no puede violar la Constitución nicaragüense (principio de *infra*constitucionalidad de los

(31) En un Editorial, firmado por el entonces Presidente de la Corte ADOLFO LEÓN GÓMEZ, para justificar la competencia de la CCJ y, por tanto, la falta de inconstitucionalidad del artículo 22.f) del convenio de estatuto, se señala incomprensiblemente «que en ningún caso la Corte Centroamericana de Justicia conoce de conflictos de competencia sino de conflictos entre Poderes u órganos fundamentales, que son situaciones totalmente diferentes, pues una es conflicto de atribuciones y el otro es conflicto de órganos [¿?]»: *GO n.° 19, de 24.05.2005, p. 2 in fine. Cf.*, en esta misma línea, al también Magistrado de la Corte Centroamericana de Justicia LOBO LARA, F. D., «Inexistencia de conflicto entre la Constitución y el Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana», en A. MONTOYA (Ed.), *Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia. Conflicto entre Poderes del Estado en Nicaragua,* 1.ª ed., Managua, 2005, 105-123, pp. 116 y ss. Estas opiniones nos obligan a realizar las siguientes reflexiones: El actual Convenio de Estatuto de la CCJ [art. 22.f)] dispone que dicho Tribunal es competente para «conocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos que puedan surgir entre los Poderes u Órganos fundamentales de los Estados [...]»; obviamente, entiéndase de los Estados miembros del SICA que integran dicha Corte, ya que una de las debilidades estructurales de este sistema de integración es que la mayoría de sus Estados miembros no han ratificado ni se han adherido, según cada caso, a este tratado internacional que contiene los estatutos de la CCJ. Por su parte, la Constitución política nicaragüense establece, por un lado, en sus Arts. 163 y 164.12 que la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua (CSJ) es competente para conocer y resolver «los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los Poderes del Estado», y, por otro lado, en el Art. 182 instaura el principio de supremacía constitucional en el sentido que no tienen valor jurídico alguno «las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones». Se puede observar que tanto el tratado internacional como la Constitución nacional contienen disposiciones imprecisas al respecto, es decir, no definen los tipos de conflictos en términos rigurosos. Por tanto, en ambos textos normativos la intención del creador de la norma jurídica fue no excluir ningún tipo de conflicto que pudiera surgir entre los Poderes del Estado por cualquier razón o motivo.

tratados internacionales) (32); y, en segundo lugar, el hecho de que no se haya interpuesto en el plazo correspondiente un recurso de inconstitucionalidad contra dicho convenio de estatuto (en cierta medida, porque hasta la fecha no se había suscitado un caso de esta naturaleza ante la CCJ que permitiera conocer la interpretación oficial de este Tribunal) (33), no impide que posteriormente la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, de oficio en un caso concreto de conflicto constitucional, por motivos de fondo o sustanciales pueda declarar parcialmente inconstitucional, y por lo tanto inaplicable, la citada disposición del tratado internacional (nulidad interna del tratado), aunque obviamente el Estado de Nicaragua incurriría en responsabilidad internacional ante los otros Estados Partes del tratado durante el período de inaplicación mientras no se reforme la Constitución nicaragüense para adecuarla al tratado internacional o entre tanto no se renegocie el texto del tratado en ese punto en cuestión para que

(32) Por ejemplo, en la Unión Europea los Estados miembros en varios casos han reformado previamente sus constituciones nacionales para poder ratificar los tratados comunitarios de acuerdo con sus normas constitucionales y así el sistema normativo supranacional pueda aplicarse internamente con todas sus característica esenciales (la aplicabilidad inmediata, la primacía y, bajo ciertas condiciones, el efecto directo de determinadas disposiciones del Derecho comunitario europeo).

(33) Aunque ya en la obra publicada en 1996, antes citada, GIAMMATEI AVILÉS, precisamente uno de los magistrados de la CCJ que votó a favor del poder ejecutivo (la sentencia fue por mayoría de votos), claramente consideraba que el agotamiento previo de los recursos internos es un requisito fundamental para que la Corte Centroamericana de Justicia pueda conocer este tipo de casos.

(34) Se ha afirmado descabelladamente que la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua no tiene competencias para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los tratados internacionales: *vid.* SABORÍO, J., «Sentencia de la CCJ: ideas y reflexiones», en MONTOYA, *op. cit.*, 77-88, p. 83. En cambio, de acuerdo con el Derecho Comparado en esta materia, sí es correcto señalar que una declaración de inconstitucionalidad de una disposición de Derecho internacional público es diferente a una declaración de inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno. Según MANGAS MARTÍN, refiriéndose al Derecho español (aplicable también al Derecho nicaragüense), el «Tribunal Constitucional [en nuestro caso la Corte Suprema de Justicia] no puede declarar la nulidad del Tratado como lo hace respecto de la Ley [...] Debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna), pues la nulidad de un Tratado sólo puede fundarse en las causas previstas en el Derecho Internacional (art. 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede ser declarado unilateralmente por una de las Partes. Ahora bien, no aplicar el Tratado significaría incurrir en responsabilidad internacional; sin embargo, España [en nuestro caso, Nicaragua] tendría varias opciones, aunque nada fáciles». Si la Corte o Tribunal, como sucede en el caso que nos ocupa, «constata el conflicto entre el Tratado y la Constitución por motivos sustanciales o *inconstitucionalidad intrínseca o interna* cabría, entre varias opciones, *a)* concertarse con la otra u otras Partes para dar por terminado o suspendido —total o parcialmente— el

no contradiga la Constitución (34). En este último sentido, el protocolo de reformas al convenio de estatuto, firmado el 15 de diciembre de 2004, oportunamente despoja a la Corte Centroamericana de Justicia de esa competencia obligatoria en materia de Derecho interno de carácter constitucional.

Por otro lado, nuevamente desde el punto de vista del pluralismo jurídico, es primordial realizar una observación importante a la sentencia de la CCJ en el sentido que a pesar de que su Ordenanza de Procedimientos (35) establece claramente que en los casos de controversias constitucionales entre Poderes del Estado el fallo de la Corte «se fundamentará en el Derecho Público del Estado respectivo», es decir, el Derecho de la integración centroamericana lógicamente ordena *aplicar* o *tener en cuenta* sólo las normas del Derecho interno nicaragüense para resolver la controversia, no obstante, la Corte, sin mayores explicaciones ni fundamento alguno, señala que en el presente caso debía aplicar también lo dispuesto en el Derecho de la integración centroamericana. Aquí, obviamente, la CCJ realizó una interpretación errónea de su propia normativa.

En el protocolo de reformas al convenio de estatuto se elimina, acertadamente a nuestro juicio, esta *competencia constitucional* de la Corte Centroamericana de Justicia. Solamente tendrá competencia para «[c]onocer y resolver a solicitud del agraviado cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales dictados en la aplicación del Derecho de Integración» [artículo 22.f)]. Además, se establece una *cláusula facultativa* u *opcional* en el sentido de que los Estados miembros «podrán declarar unilateralmente en cualquier momento su aceptación de la competencia de La Corte para conocer y resolver, a solicitud del agraviado, de conflictos que puedan surgir entre los poderes u órganos fundamentales de los Estados. Dicha Declaración, será depositada en la Secretaría General del SICA» (artículo 44).

Tratado; *b)* modificarlo de común acuerdo en el punto en cuestión; *c)* si el tratado lo permite podría denunciarse, aunque la denuncia no surtiría efectos hasta agotado el plazo de preaviso, haciendo frente en todo caso a la responsabilidad internacional a que hubiese lugar por el período de inaplicación; *d)* también se podría iniciar el procedimiento de reforma de la Constitución a fin de hacer la compatible con el Tratado y al eliminarse el conflicto con la Constitución el tratado podría aplicase plenamente»: MANGAS MARTÍN, «La recepción del Derecho Internacional por los ordenamientos internos», en M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15.ª ed., Madrid, 2005, Cap. IX, 232-254, pp. 239 *in fine* y s.

(35) Art. 63, último párrafo (*GO n.º 1, de 01.06.1995, p. 25*).

Esta reforma era muy necesaria, ya que la Corte no debería conocer conflictos que deben ser resueltos exclusivamente en el ámbito interno por un tribunal constitucional, o equivalente a éste, y no por un tribunal judicial de una organización internacional en el marco de un proceso de integración.

IV. CONCLUSIONES.

Desde una óptica respetuosa con el modelo del *pluralismo jurídico,* se observa que en dos de los tres casos analizados, a pesar que el propio Derecho de la integración centroamericana, haciendo una interpretación correcta, ordena aplicar el Derecho internacional público en un caso (*Estado de Nicaragua/Estado de Honduras)* y previamente el Derecho interno nicaragüense en el otro (*Poder Ejecutivo de Nicaragua/Poder Legislativo de Nicaragua*), sin embargo, la Corte Centroamericana de Justicia se empecinó en conocer los casos e intentó resolverlos principalmente conforme al Derecho de la integración centroamericana haciendo una inoportuna lectura política y no una correcta interpretación jurídica de este ordenamiento. La prueba de su errónea conducta está en que la controversia territorial entre Nicaragua y Honduras quedó en manos de la Corte Internacional de Justicia para su resolución definitiva y el conflicto entre Poderes del Estado de Nicaragua, Poderes Ejecutivo y Legislativo, finalmente fue *resuelto* por los correspondientes actores políticos.

Sólo en el caso de Honduras contra Nicaragua la CCJ realizó una correcta interpretación del Derecho de la integración centroamericana, procediendo a una atinada aplicación de dicho ordenamiento sobre la base del principio de cooperación leal que debe regir en cualquier sistema de integración y rechazando la invocación del principio de reciprocidad del Derecho internacional clásico.

El *pluralismo jurídico* implica un modelo de relación e interacción entre ordenamientos, pero los distintos tribunales deben analizar cuidadosamente en cada caso si existe, o no, alguna relación y determinar, si procede, qué tipo de relación, su alcance y sus límites.

LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Anahí PRIOTTI DE MONREAL
Asociada del I.H.L.A.D.I.

"Nadie puede perdonar lo que se le impide castigar" (1)

SUMARIO

1. EVOLUCIÓN: HACIA UNA "JURISDICCIÓN UNIVERSAL".

2. EL PRINCIPIO DE "JURISDICCIÓN UNIVERSAL" Y EL ESTATUTO DE ROMA:

2.A. Principio de Complementariedad.

2.B. Jurisdicción y Amnistía.

(1) ARENDT, Hanna, *"La condición humana"*,Paidos, trad. Ramón Gil Novales, Barcelona, 1996, pág. 260.

1.- EVOLUCIÓN: HACIA UNA "JURISDICCIÓN UNIVERSAL":

Por "jurisdicción" entendemos la facultad de decir el Derecho (*juris dictio*) que posee un ente u órgano imparcial para resolver conflictos entre partes.

Mediante la expresión "Jurisdicción Penal Internacional" se designan "*...los medios jurídicos procesales que el Derecho Internacional ofrece a efectos de enjuiciar y hacer efectiva la responsabilidad penal internacional de los acusados de crímenes de carácter internacional. Bajo este sentido amplio caben tanto el concepto de "jurisdicción universal" como la creación de tribunales internacionales especializados. En un sentido más estricto, sin embargo, es común hablar de " jurisdicción penal internacional", en relación con la creación de un tribunal o corte penal internacional*"(2).

Tradicionalmente, en la represión a las violaciones al Derecho Internacional (delitos y crímenes internacionales), la labor de este ordenamiento se limitaba a la tipificación de algunas de conductas, dejando la imposición de sanciones a los ordenamientos internos de los Estados afectados y sólo en contadas ocasiones, previó otros mecanismos.

Sin embargo, "...en el ámbito de estos crímenes, asumidos por la humanidad entera, la ley penal pierde, progresivamente, su carácter de representar la soberanía estatal y, con ello, el principio de territorialidad su categoría de máxima base que determina la ley penal aplicable y la competencia judicial de ordinario. Aún cuando se conoce en las legislaciones nacionales concesiones del principio territorial a otros puntos de conexión, como la nacionalidad activa o pasiva, y el mismo principio universal, el Derecho internacional parece encaminarse decididamente, en este ámbito de delitos, a fijar criterios alternativos de competencia judicial y ley penal aplicable que trabajan conjuntamente con el principio territorial, pero suponen siempre "extraterritorialidad" en el sentido de que el delito puede ser juzgado en un país diferente a aquél en cuyo territorio se ha cometido y por una ley penal distinta a la de ese territorio. Como se observa, la tendencia gira hacia un principio universal"(3).

(2) RAMA MONTALDO, Manuel, *"Acerca de algunos conceptos básicos relativos al Derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional"*, en "El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Eduardo Jiménez de Aréchaga, T. II, Montevideo, 1ª. ed.,1994, pág. 868.

Por "Jurisdicción Universal" se entiende "*la jurisdicción criminal basada únicamente en la naturaleza del crimen, sin tomar en cuenta dónde fue cometido, la nacionalidad del sospechoso o acusado, la nacionalidad de la víctima o cualquier otra conexión con el Estado que ejerza esa jurisdicción*"(4).

La comunidad internacional actual no posee un órgano jurisdiccional centralizado semejante al de los ordenamientos internos.

Respecto de los Estados, la Corte Internacional de Justicia no tiene competencia obligatoria, sino facultativa. Son los propios Estados, los que voluntariamente, ya sea por la vía unilateral mediante el depósito de la llamada "cláusula compromisoria", o por medio de un Tratado reconocen dicha competencia (5).

En cuanto a los individuos, cuya subjetividad ha sido recientemente reconocida por el Derecho Internacional contemporáneo, si bien existen otros mecanismos para proteger internacionalmente sus derechos, y hacer efectiva su responsabilidad internacional, la ausencia de tal instancia era hasta el presente, absoluta.

Dentro de este contexto entonces, la Corte Penal Internacional viene a llenar este vacío.

El concepto de "jurisdicción universal" constituye una excepción al principio de territorialidad de la ley penal. Fue desarrollado por el Derecho Internacional consuetudinario, mucho tiempo ha, ante el delito de piratería "*según el cual todo estado puede apresar en alta mar o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado a un buque o a una aeronave pirata, y detener a las personas que se encuen-*

(3) MAIER, Julio B. J., *"Derecho Penal Internacional. Crímenes contra la Humanidad. Extraterritorialidad de la ley penal aplicable y competencia de juzgamiento"*, Revista Jurídica de Buenos Aires, ed. La Ley, 1998, pág. 12.

(4) "The Princeton Principles on Universal Jurisdiction", Program in Law and Public Affairs, Princeton University, New Jersey; 2001, pág. 28. Estos Principios, elaborados por destacados juristas que se reunieron en esta prestigiosa Universidad, contienen elementos tanto de *lege data como de* lege ferenda.

(5) Art. 36 del Estatuto de la C.I.J., en GARCIA GHIRELLI, José I., "Tratados y Documentos Internacionales", Edit. Zavalía, 9ª. Edición renovada, Buenos Aires, 1996 , pág. 43.

tren en dicho buque o aeronave, pudiendo, los tribunales de dicho estado, decidir las penas que deben imponerse" (6).

Una variante de la jurisdicción universal, lo constituye el Principio *"aut dedere aut judicare"* o *"aut dedere aut extradere"*, que no sólo otorga al Estado parte en el tratado respectivo la potestad de juzgar al presunto culpable que se encuentra en su territorio sino que además lo pone en la disyuntiva jurídica sea de enjuiciarlo, sea de extraditarlo a algún otro Estado que tenga jurisdicción para juzgarlo y que así lo solicite (7).

De acuerdo a los "Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal", los criterios a tener en cuenta por los Estados al momento de decidir sobre esta disyuntiva de "juzgar o dar a juzgar", son los siguientes: "*Cuando más de un Estado tiene o puede reclamar jurisdicción sobre una persona y cuando el Estado que tiene la custodia de la persona no tiene otra base de jurisdicción que el principio de universalidad, ese Estado o sus órganos judiciales deben, al decidir si juzgar o extraditar, basar su decisión en un balance conjunto de los siguientes puntos:*

a) obligaciones por tratados multilaterales o bilaterales,

b) el lugar donde se cometió el crimen,

c) la relación de nacionalidad del presunto autor del crimen con el Estado que requiere la extradición,

d) la relación de nacionalidad de la víctima con el Estado requirente,

e) cualquier otra relación entre el Estado requirente y el presunto criminal, el crimen o la víctima,

f) la probabilidad; buena fe; y efectividad del proceso en el estado requirente,

g) la legitimidad e imparcialidad de los procedimientos en el Estado requirente,

h) la conveniencia de las partes y de los testigos, tanto como la disponibilidad de evidencia en el Estado requirente; y

i) los intereses de la justicia."(8)

(6) RAMA MONTALDO, Manuel, *op cit.* , p. 869.
(7) Ibídem, pág. 869.
(8) PRINCETON UN IVERSITY, *op cit*, Principle 8, pág. 32.

2. EL PRINCIPIO DE "JURISDICCIÓN UNIVERSAL" Y EL ESTATUTO DE ROMA :

¿La Corte Penal Internacional está basada en el principio de jurisdicción universal, como se suele sostener?. Consideramos que no.

Dijimos que por *jurisdicción* entendemos la facultad de decir el derecho (*iuris dictio*) que posee un ente u órgano, en este caso la CPI, facultad que le fue conferida por los Estados Parte del Estatuto de Roma. En segundo lugar, esta facultad es *universal* cuando su objetivo es el de enjuiciar y tornar efectiva la responsabilidad internacional de los acusados de los crímenes internacionales de competencia de la Corte, independientemente de la nacionalidad de los mismos y además no se circunscribe a los límites jurisdiccionales de un Estado, sino que crea un ámbito de validez espacial propio, la comunidad internacional (9).

Sin lugar a dudas, el Estatuto de Roma marca un hito en el Derecho Internacional, pues ésta ha sido la primera vez que se instaura una Corte con estas características en el Derecho Internacional convencional.

Al respecto, recordemos que en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito del Genocidio (10) se hacía mención a una Corte Penal de características universales. Sin embargo, fue recién a fines del s. XX que la Comunidad internacional toda, y luego de un arduo debate entre las diferentes posiciones político-estatales, pudo ver cristalizado este principio tan anhelado.

Para poder sostener que la Corte Penal Internacional está basada en el principio de jurisdicción universal, el Estatuto debería afirmar que la Corte puede juzgar ciertos crímenes con independencia de donde se hayan cometido, incluso en un Estado no parte, o de la nacionalidad de la víctima o del autor del crimen.

La cuestión está contenida en el art. 12 del Estatuto de Roma, el cual reza:

(9) La comunidad internacional sobre la que ejerce jurisdicción la CPI, no incluye sólo a los Estados Parte del Estatuto de Roma, sino también y de una manera indirecta, a los Estados no Parte, cuestión que analizaremos en este punto.
(10) VINUESA, Raúl (compilador), *"Derechos Humanos: Instrumentos Internacionales"*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 38 y ss. Ver específicamente el artículo 6.

"Condiciones previas para el ejercicio de la competencia.

1.El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el art. 5.

2.En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

a)El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;

b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX."

Vemos que según el Estatuto, la Corte podrá ejercer su jurisdicción cuando se ha cometido alguno de los crímenes contenidos en el art. 5 del Estatuto (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión) cuando al menos uno de los siguientes Estados sea Parte del Estatuto de Roma o haya aceptado la jurisdicción de la Corte:

1) el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o,

2) el Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

La actual redacción del artículo 12 es una versión mutilada de la propuesta inicial, reflejando el amplio debate sostenido por aquellos Estados que, al ver en la jurisdicción universal una afrenta a su soberanía, se oponían a la misma.

Creemos importante mencionar al menos, las principales preocupaciones o comentarios que el art. 12 ha suscitado y aún suscita entre algunos Estados.

Inicialmente, se pretendió una jurisdicción mucho más amplia, posición conocida como la "Propuesta de Corea", apoyada por un importante

número de Estados. Esta propuesta incluía además el principio de nacionalidad pasiva, al prever que la Corte tendría jurisdicción no sólo cuando fuera Parte el Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen o el Estado del que fuere nacional el acusado, sino también el Estado de nacionalidad de las víctimas y el Estado de su detención, herramientas fundamentales para garantizar la persecución penal (11).

Los Estados Unidos e India fueron los principales opositores de esta cláusula, por considerar que con la misma se violaban principios fundamentales del Derecho Internacional convencional. Estos Estados observaron que la Corte puede llegar a ejercer su jurisdicción sobre nacionales de Estados no Parte del Estatuto si el caso es remitido por un Estado Parte al Fiscal de la Corte o bien, cuando éste de oficio ha iniciado la investigación, supuestos previstos en los arts. 12 y 13. Por lo tanto y teóricamente, cuando un nacional de un Estado no Parte ha cometido un crimen dentro del territorio de un Estado Parte, la Corte puede someterlo bajo su jurisdicción, aunque el Estado de su nacionalidad no sea Parte del Estatuto. Se produciría así un nuevo avance en el Derecho Internacional al instaurarse un régimen penal internacional extraterritorial y universal, aún sin vínculo convencional.

Tanto para el gobierno indio como para el estadounidense, se viola así una regla básica del Derecho Internacional convencional: un tratado no puede imponer obligaciones a un Estado no Parte sin su consentimiento (12).

Sin embargo, nos encontramos ante un argumento poco sólido, pues la CPI sólo *"está facultada para ejercer jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional..."* (13).

Es decir que la jurisdicción de la Corte sólo recae sobre personas y no sobre Estados y la única obligación a la cual se ven sometidos los Estados,

---

(11) GUARIGLIA, Fabricio, *"Creación de la Corte Penal Internacional: algunos aspectos del Estatuto de Roma"*, Revista jurídica de Buenos Aires, T II., Editorial La Ley, Buenos Aires, 1998, pág. 44.

(12) ORENTLICHER, Diane F., *"Politics by others means: The Law of the International Criminal Court"*, Cornell International Law Journal, Vol. 32., pág. 490.

(13) Estatuto de Roma, art. 1.

siempre que sean Parte, es la de cooperar en la detención y remisión de los acusados que se encuentren en su territorio (14).

Esta "versión mutilada" de jurisdicción universal que en definitiva se consagró en el art. 12 del Estatuto, ya que se limitó la competencia de la Corte en dos circunstancias: 1. Por un delito cometido en el territorio de un Estado parte (principio de "Territorialidad"), o 2. Cuando el autor del crimen sea nacional de un Estado Parte (principio de la "nacionalidad activa"), resulta no obstante mucho más de lo que los Estados Unidos estaban dispuestos a tolerar: aún no siendo parte del Estatuto, si sus soldados cometen crímenes en el territorio de un Estado que sí es parte, la Corte podría reclamarlos. Por eso sus representantes bregaron en la Conferencia de Roma para establecer el principio de la "nacionalidad activa", o sea que el Estado de la nacionalidad del autor del crimen preste su consentimiento para poder llevar el caso a la Corte. A nuestro juicio, ello hubiera transformado a la Corte en un simple "papel", sobre todo en caso de crímenes de guerra, donde, si bien la responsabilidad es individual, en general se trata de personas con una fuerte vinculación a su Estado (integrantes de las Fuerzas Armadas).

Incluso, para favorecer las ratificaciones y que los Estados no temieran por la situación de los integrantes de sus FFAA en conflictos actuales o recientes (preocupación francesa), se previó una "cláusula transitoria" para excluir por siete años los crímenes de guerra. No obstante, hasta ahora, sólo Francia y Colombia, la utilizaron al ratificar el Tratado de Roma.

A nuestro criterio, los Estados Unidos poco tienen que temer a esta supuesta extralimitación de la jurisdicción pues, como miembro permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas podría, por ejemplo, presionar para que este órgano solicite por el art. 16 del Estatuto, que se suspenda un juicio que se esté llevando ante la Corte contra uno de sus nacionales. En efecto, el art. 16 del Estatuto faculta al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a que, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, pida a la Corte que suspenda por un plazo no mayor de 12 meses la investigación o enjuiciamiento iniciado, petición que puede ser renovada por el Consejo de Seguridad bajo las mismas condiciones y que siempre debe ser acatada. Como vemos, los Estados Unidos refuerzan la posición prominente que tiene en Naciones Unidas, permitiéndosele que aún no siendo Parte de un tratado internacional como éste, pueda seguir teniendo control sobre ciertas cuestiones trascendentales, a través del ejercicio de su derecho a veto, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas (art. 27 inc. 3)

(14) Estatuto de Roma, art. 12 (3).

El gobierno indio también criticó esta potestad del Consejo de Seguridad, aduciendo que se violaba la igualdad soberana de los Estados al vigorizarse más aún las facultades de este órgano. En realidad, el Consejo de Seguridad, bajo el Capítulo VII de la Carta, posee ya con anterioridad esta potestad al poder establecer tribunales ad-hoc para juzgar este tipo de crímenes, tal como ya lo ha realizado con los Tribunales para la ex -Yugoeslavia y Ruanda. Es decir que no es nueva en el plano de las relaciones internacionales, la situación preferencial de los miembros del Consejo de Seguridad plasmada en la Carta de Naciones Unidas. A pesar de los proyectos tendientes a democratizar la organización, se mantiene aún el *status quo* inicial.

No obstante, es en virtud del artículo 13 del Estatuto que se aumentan los poderes del Consejo de Seguridad, al establecerse que la Corte ejercerá su jurisdicción si *"... b. El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;..."*. Esta cláusula sí viola el principio de igualdad soberana de los Estados, dado que el Consejo de Seguridad es el único órgano de Naciones Unidas que puede remitir un caso a la Corte y no así la Asamblea General, órgano que representa la voluntad del resto de los Estados miembros de Naciones Unidas.

A nuestro parecer, si se reconoció esta facultad al Consejo de Seguridad, también debería de habérsele reconocido a la Asamblea General, pues si bien a aquél le fue conferida la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (Carta de las Naciones Unidas, art. 24 inc. 1), ella no debe interpretarse como exclusiva.

2.A. Principio de complementariedad:

Cabe resaltar que la Corte *"tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales"* (15).

Se plasma así en el Estatuto el principio de complementariedad, el cual implica que son los Estados los que poseen el deber inicial de perseguir y juzgar penalmente los crímenes de competencia de la Corte y sólo cuando aquellos así no lo hagan, ya sea por falta de voluntad o de capacidad de sus sistemas judiciales (16), la Corte comenzará a intervenir.

El propio Estatuto de Roma establece los mecanismos que deben cumplimentarse para determinar la complementariedad de la Corte y por ende la viabilidad del ejercicio de su jurisdicción.

Concretamente, el Estatuto prevé la realización de un test de admisibilidad en los artículos 17 (*"Cuestiones de admisibilidad"*), 18 (*"Dictámenes preliminares relativos a la admisibilidad"*) y 19 (*"Impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa"*).

En primer lugar y según el art. 17, la Corte podrá determinar la ausencia de voluntad o la imposibilidad de prosecución judicial del Estado en cada caso particular, evaluando:

a) si el caso ha sido o es juzgado en dicho Estado;

b) si el Estado ha decidido no incoar la acción contra el acusado, a pesar de que el caso hubiera podido ser objeto de enjuiciamiento en dicho Estado o bien, por no poder hacerlo realmente (17);

c) si el acusado ya ha sido procesado por el crimen cometido, a menos que dicho proceso obedezca al propósito de sustraerlo de la jurisdicción de la CPI o se lo hubiere realizado sin las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional (18).

(15) Estatuto de Roma, art. 1.

(16) Estatuto de Roma, art. 17 (1.a.).

(17) Por ejemplo, que haya habido una demora injustificada en el juicio, que el proceso no fuera imparcial e independiente, que el Estado carezca de administración nacional de justicia, o que ésta haya colapsado, que no puede hacerse comparecer al acusado, que no pueda disponerse ni de testigos ni de pruebas, etc.

(18) En este último supuesto, el art. 17 del Estatuto nos remite al art. 20 (3.a y b.).

A su vez, los artículos 18 y 19, brindan la posibilidad a los Estados Parte y no Parte y a los imputados de impugnar, en virtud del principio de complementariedad, el ejercicio jurisdiccional de la Corte. El art. 18 con carácter de dictamen preliminar y el 19 como definitivo.

El primero establece el mecanismo para determinar la admisibilidad de un caso ante la Corte. Si el caso es remitido por un Estado Parte al Fiscal y éste determinó que existen fundamentos razonables para iniciar la investigación o bien el Fiscal la inicia de oficio, éste lo notificará a todos los Estados Parte y especialmente a aquellos que en principio deberían de ejercer su propia jurisdicción. Al mes siguiente de esta notificación, el Estado podrá informar a la Corte que ha llevado a cabo o está llevando a cabo una investigación sobre el acusado y respecto de ese crimen, solicitando a su vez, que el Fiscal se inhiba de su competencia a favor de dicho Estado, a menos que el Fiscal solicite igualmente autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares y ésta así lo decida. La Corte podrá también de oficio, declarar la admisibilidad de una causa de acuerdo al art. 17.

Esta decisión, al igual que la competencia de la Corte, podrá ser impugnada por el imputado, el Estado que tiene jurisdicción en la causa porque se encuentra enjuiciándola o ya lo ha hecho antes y el Estado cuya aceptación requiere el art. 12, párrafo 3, o sea en el supuesto de que un Estado que no es Parte del Estatuto de Roma, acepta la competencia de la CPI para un proceso en particular.

La posibilidad que brinda el Estatuto de impugnar la admisibilidad y competencia de la Corte, pecan a nuestro criterio por exceso, puesto que pueden provocar una parálisis en el actuar de la Corte, más aún si la Cámara o Sala de Cuestiones Preliminares no evalúan estrictamente los fundamentos de las impugnaciones.

En síntesis, al ser la jurisdicción de la CPI complementaria de las jurisdicciones nacionales, la Corte deberá evaluar cuando un Estado "no puede" (por colapso total de sus instituciones, Ruanda, por ejemplo), o "no quiere" ejercerla (cuando el Estado ampara a sus criminales, amnistías, indultos, etcétera), cuestión que analizaremos en el punto siguiente.

2.B. Jurisdicción y Amnistía:

Una de las incógnitas que se nos presenta al analizar la cuestión de la jurisdicción la Corte en un caso en particular, es qué sucederá en los supuestos en que un Estado haya dictado una ley de amnistía respecto de los crímenes de su competencia. En estos casos, la Corte ¿debería o no respetar la legislación interna? ¿Debería o no ejercer su jurisdicción?

Esta problemática fue presentada en agosto de 1997 en la Conferencia Preparatoria de la CPI por la delegación estadounidense, la que sugirió que la Corte, ante una ley de amnistía, debía declinar su jurisdicción dando por finalizado un conflicto del pasado y favoreciendo la transición a la democracia en pos de la paz interna y/o internacional.

La historia ha demostrado que en algunas ocasiones, para ponerle fin a conflictos internos o internacionales, la amnistía se ha presentado como un posible camino hacia la paz, "olvidando" lo sucedido: Argentina (19), Camboya, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Uruguay y Sud África por ejemplo, amnistiaron a miembros de regímenes militares que cometieron atroces crímenes contra la humanidad como parte de un acuerdo de paz. Incluso en los casos de Camboya, El Salvador, Haití y Sud África, las Naciones Unidas colaboraron en el proceso de negociación garantizado la amnistía como instrumento de la paz.

Sin embargo, estimamos que para que una amnistía sea justificada, ésta no debe implicar la renuncia al reconocimiento de la responsabilidad criminal y a los daños sufridos por las víctimas y sus familiares. Es decir que una amnistía debe ir acompañada de algún mecanismo que prevenga, disuada y castigue a los victimarios y rehabilite a su vez a las víctimas. Por ejemplo, la creación de una Comisión de la Verdad que documente los abusos cometidos e identifique a los criminales, la prohibición de que éstos ejerzan cargos públicos, el establecimiento de compensaciones y

(19) Las leyes de "Punto Final" y "Obediencia debida", recientemente declaradas inválidas por decisión del juez federal Gabriel Cavallo, en la causa "Simón Julio, del Cerro s/ sustracción de menores de 10 años, citadas por ZUPPI, Luis Alberto, *"En busca de la memoria perdida: Las leyes de amnistía y la impunidad de crímenes de lesa humanidad", en Nueva Doctrina Penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001*, pág. 448.

reparaciones a víctimas y familiares, la publicidad internacional de lo sucedido, etc (20).

Pero no siempre la amnistía reúne estas condiciones. Es por ello que en realidad consideramos que en primer lugar, debe juzgarse y castigar a los culpables y dejar a la amnistía como último recurso, particularmente cuando nos referimos a crímenes internacionales como los de competencia de la CPI, pues de esta manera se puede desalentar y prever la futura comisión de los mismos (21).

La Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión en la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de Naciones Unidas, concluyó que la impunidad es la mejor razón para continuar violando derechos humanos en todo el mundo, tal como sucedió en Chile y El Salvador.

Por el contrario, la persecución y el castigo de los culpables refuerzan el valor de la ley desplazando el deseo de venganza privada. Dentro de esta misma línea de pensamiento, Richard Goldstone, fiscal del Tribunal de la ex –Yugoeslavia dijo que el no juzgamiento de criminales tales como Pol Pot, Idi Amin, Saddam Husseim y Mohamend Aidid, entre otros, alentó a los serbios a desarrollar su política de extermino étnico en Yugoeslavia.

En otras palabras, pareciera que la amnistía para la comunidad internacional representa una señal de permisividad para la comisión de violaciones a los derechos humanos.

Para algunos autores, sería totalmente inapropiado que la CPI no actúe en virtud de una amnistía. (22) Por otra parte, se violarían además normas convencionales como las de las Convenciones de Ginebra de 1949 (art. 146 del Convenio IV relativo a la Protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, y la del Genocidio, en las que se impone el juzgamiento a este tipo de criminales (arts. 4 y 5, y especialmente el 6) (23).

(20) SCHARF, Michel, P., *"The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court"*, Cornell International Law Journal, Vol. 32, p. 512.

(21) United Nations Commission on Human Rights: Report on the Consequencees of Impunity, U.N. Doc. E/CN.4/1990/13.

(22) SCHARF, Micahel, P., *op cit.*, pág. 514.

(23) Ver su texto en VINUESA, Raúl E., Compilador, op. cit, págs. 38-43.

En este punto corresponde señalar la contundencia con que la CIDH, en el caso "Barrios Altos" (Lima) (24) declaró: "*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*" (25).

En ese mismo fallo, merece destacarse la opinión del Juez Cancado Trindade al respecto: "*Lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que, constituyen la fuente...de un acto ilícito internacional*" (26).

En lo que respecta al Estatuto de Roma, podemos aseverar que la cuestión no fue resuelta en el mismo. Por el contrario, se adoptaron cláusulas ambiguas que potencialmente habilitan al fiscal y a los jueces de la CPI a interpretar el Estatuto reconociendo a la amnistía como excepción a su jurisdicción.

---

(24) El 3 de noviembre de 1991, seis individuos encapuchados y armados irrumpieron en una vivienda en donde se celebraba una fiesta para recaudar fondos para reparar el edificio, los obligaron a tirarse al piso y comenzaron a disparar matando a 15 personas e hiriendo gravemente a otras cuatro. Posteriormente se estableció que los asesinos trabajaban para un grupo de inteligencia militar como "escuadrón de eliminación" del ejército peruano. El crimen motivó una investigación parlamentaria, que quedó trunca con la disolución del Congreso por parte de Fujimori en 1992. En 1995 se inició una investigación judicial. El Congreso peruano dictó entonces una ley de amnistía que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos. Una magistrada declaró la inconstitucionalidad de dicha ley y el Congreso dictó una segunda ley declarando la amnistía "no revisable" en sede judicial. El caso se presentó ante la Comisión Interamericana de DDHH, la que recomendó la anulación de las leyes de amnistía y, tras una respuesta negativa del gobierno peruano, sometió el caso a la CIDH en mayo de 2000. Perú informó a la Corte que retiraba el reconocimiento de la competencia contenciosa de las Corte. Con el cambio de gobierno, Perú volvió a reconocer la competencia de la Corte, y reconoció su responsabilidad internacional. GUARIGLIA, Fabricio, "Los límites de la impunidad: La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos", en Revista Nueva Doctrina Penal, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2001 vol. (A), págs. 209/210.

(25) Sentencia "Barrios Altos", parágrafo 41.

(26) Ibídem, voto concurrente, par. 3 y 11.

En definitiva, "La Corte decide sobre su propia competencia", tal como ocurre en otras instancias internacionales, por ejemplo en la C.I.J.

Así, el Preámbulo del Estatuto sugiere que denegar la jurisdicción por una amnistía nacional podría ser incompatible con el propósito de la Corte (27). Sin embargo, otros artículos del Estatuto tales como el 16, 17, 20 y 53, autorizarían a la Corte a declinar su competencia por una amnistía nacional bajo ciertas condiciones, reflejándose así la ambigüedad del texto.

Volviendo al artículo 16, una de las posibilidades por la cual podría operar este artículo para suspender un juicio que se encuentre tramitando ante la Corte, podría ser el caso en que un país, por ejemplo, por un proceso de pacificación interno decida amnistiar a los culpables. Pero para ello y relacionándolo tal como remite el Estatuto al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, deben cumplirse dos requisitos:

1) que el Consejo de Seguridad determine la existencia de una amenaza a la paz, o quebrantamiento de la paz o acto de agresión (art. 39 de la Carta de N.U.) y

2) que la Resolución que requiera a la Corte la suspensión de la investigación o enjuiciamiento esté relacionada con los principios y objetivos de N.U. respecto al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, bajo el art. 24 de la Carta de N.U., que versa sobre las funciones y poderes del Consejo de Seguridad (28).

Sin embargo y considerando la decisión de la Cámara de Apelaciones del Tribunal de la ex – Yugoeslavia en el caso Tadic, que sugirió que la CPI podría afirmar su autoridad para determinar las cuestiones de "la competencia de la competencia" (29), puede suceder que la CPI decida por sí misma si tiene o no jurisdicción ante una amnistía, evaluando si la

---

(27) Dice el preámbulo "***Afirmando*** *que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia ...* ***Recordando*** *que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales...* ***Destacando*** *que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales..."*

(28) Es decir que en el desempeño de sus funciones, el Consejo de Seguridad las realice con arreglo a lo establecido en los Capítulos VI, VII, VIII y XII de la Carta de N.U.

(29) Fiscal v. Tadic, Caso N° IT-94-AR72, 2 de octubre de 1995, pág. 6.

misma contraviene el Derecho Internacional, por ejemplo, cuando se da sin el establecimiento de una Comisión de la Verdad, sin compensaciones y reparaciones a las víctimas y familiares, sin publicidad internacional, etcétera.

A su vez, el artículo 53 del Estatuto permite que el Fiscal solicite a la Corte respetar una amnistía nacional fundamentada en la paz.

Específicamente el artículo establece que el Fiscal puede suspender la iniciación de una investigación si concluye que *"existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen o los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia..."* Esta decisión no obstante, se encuentra sometida a la revisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, que podrá o no revocarla (30).

Pero es también la propia Corte la que puede resolver declinar su jurisdicción ante un caso de amnistía nacional. Dice el artículo 17 1.a. del Estatuto, que la Corte resolverá sobre la inadmisibilidad de un asunto cuando *"...El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo..."*.

Llama la atención que el artículo mencione sólo a una "investigación" y no especifique que dicha investigación debe ser penal, ya que el Estado puede, por ejemplo, invocar que hay una Comisión de la Verdad tratando el tema y que ésta representa una verdadera investigación. Sin embargo, si interpretamos el artículo en su totalidad, y particularmente el 17.2.a,b,c. vemos que es necesaria la presencia de un juicio en el sentido de un proceso penal.

Finalmente, el acusado puede sortear la cuestión invocando el artículo 20 del Estatuto (non bis in idem) que reza *"3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6,7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia"*. Sin embargo, consideramos que un acusado no podría invocar que ya fue procesado por una Comisión de la Verdad pues el Estatuto habla claramente de "otro tribunal". En este sentido, el Estatuto es terminante.

(30) Estatuto de Roma, art. 53, 3.b.

En suma, a nuestro criterio y luego de lo expuesto, la Corte podría declinar su jurisdicción en virtud de una amnistía, analizando y evaluando previamente las siguientes cuestiones:

1) si el crimen en cuestión, constituye también alguno de los crímenes graves contenidos en las Convenciones de Ginebra de 1949, cuyo juzgamiento es obligatorio en virtud de las mismas;

2) si se podría haber llegado a la paz sin la amnistía;

3) si el Estado o la comunidad internacional, previeron algún mecanismo para establecer la verdad, la reparación de las víctimas y la atribución de responsabilidad individual a los criminales;

4) si la amnistía fue autoimpuesta por el gobierno responsable (una "autoamnistía") o el resultado de un proceso democrático posterior ("Ley de punto final", por ejemplo en Argentina), en cuyo caso podría considerarse un avasallamiento de la Corte por sobre las decisiones internas del Estado, el no declinar su competencia.

En síntesis, evaluar que la amnistía no se convierta en un sinónimo de impunidad, pero tampoco que la decisión que tome la Corte, signifique una injerencia en los asuntos "esencialmente " internos de un Estado, principio fundamental del Derecho Internacional, consagrado, con algunos matices, incluso en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2 inc. 7).

Otra cuestión a tener en cuenta es el peligro que representa la distinta interpretación que podría darse a la subsidiariedad y complementariedad de la jurisdicción de la CPI, según sea el Estado de la nacionalidad de los acusados. Es decir, hasta qué punto la decisión respecto de la competencia se verá influenciada según sea el Estado al cual pertenezca el presunto criminal, dando lugar así a lo que se podría llamar una "justicia desigual", ante la cual sólo rindan cuentas los criminales de los países menos poderosos.

Sólo con las primeras resoluciones de la Corte, que recientemente ha empezado a funcionar, hallaremos las respuestas. Pero es un riesgo que vale la pena asumir, porque tampoco el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de Tribunales nacionales hasta el presente ha garantizado la "igualdad". Los países centrales reclaman la jurisdicción de personas de los países periféricos, como en el caso "Pinochet".

Dudamos que a la inversa hubiera prosperado, por ejemplo, Argentina reclamando la jurisdicción para enjuiciar a la baronesa Margaret Tatcher por el hundimiento del Belgrano fuera de la zona de exclusión.

Como tampoco prosperó la "invitación" de la justicia francesa en mayo de 2001, formulada al ex Secretario de Estado norteamericano Henry Kissinger para declarar por el caso de la desaparición de cinco ciudadanos franceses, dos de ellos en Argentina, en el marco de la "Operación Cóndor" (31), recibiendo como respuesta, a través de la Embajada norteamericana que el Sr. Kissinger no acudiría a la invitación "por estar ocupado con obligaciones previstas hace tiempo y que el juez debería presentar su pedido a través del Departamento de Estado. *"O más aún, es difícil imaginar que un juez de instrucción ruandés abra una investigación contra un militar británico, español o francés que ha practicado la tortura en una de las -no muy limpias- guerras de independencia de las ex colonias. ¡Sin duda se escucharía a los cuerpos diplomáticos gritar fuerte que Ruanda no respeta los estándares internacionales de debido proceso! No se trata de negar la existencia de ciertos valores universales y menos aún de una diatriba nacionalista. Se trata, antes bien, de subrayar la importancia de que es la sociedad en el seno de la cual han ocurrido los hechos la que debe, por todos los medios, encontrar una solución que le permita construir su futuro exhumando su pasado. El resto de la humanidad no es de ninguna manera ajena a esto y tiene el deber moral de apoyar que ocurra, pero no podrá tomar su lugar en esta tarea"* (32).

(31) "Kissinger se niega a declarar por la Operación Cóndor", en Diario "Clarín", Sección Internacionales, 30 de mayo de 2001, pág. 24.

(32) ALVAREZ, Alejandro E., "La justicia y la transición democrática en América Latina. A propósito del caso Pinochet", en Revista Nueva Doctrina Penal, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 2001 , vol. A, .pág. 419.

Es decir, en la globalización de la justicia "algunos son más iguales ante la ley que otros" (33).

Por eso, el hecho de que sea la propia CPI (y no otro Estado), juez de su propia competencia, quien determine cuando un Estado, "no quiere" o "no puede" ejercer su jurisdicción, ya resulta, a nuestro juicio, un auspicioso avance.

(33) ALISCIONI, Claudio M., "Límites de la justicia global", en Diario "Clarín", Sección Internacionales, 30 de mayo de 2001, pág. 25.

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Alfredo RIZZO ROMANO *
Miembro del I.H.L.A.D.I.

RESUMEN: *Esta comunicación se compone de catorce puntos y una conclusión. Trata de integrarse a la ponencia "Una Mirada Argentina sobre el Derecho Penal Internacional". En el II punto destaca el autor la clara diferencia entre el Derecho Internacional Penal, referido a aquellos aspectos en que predominan las normas internacionales, como todas aquellas que se refieren a los denominados "delictia iuris gentium", y resultan subsidiarias las del Derecho Penal, y las del Derecho Penal Internacional, rama del Derecho Penal en la que las normas punitivas pueden abarcar diversos campos internacionales. Se citan opiniones de los penalistas Guillermo J. FIERRO, Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, PIETER DROST, Cherif BASSIOUNI, Antonio BERISTAIN, Quintiliano SALDAÑA y Luis GIMENEZ de AZÚA, entre otros. En el acápite III se alude a la creación de la Asociación Internacional de Derecho Penal y la influencia de Vespasiano PELLA y de DONNEDIEU de VABRES en el Primer Congreso Internacional de Derecho Penal (1926). En el punto IV se analiza la actual revolución informática y la definición de BASSIOUNI del Derecho Penal Internacional. En el punto V el autor expresa: el Derecho Penal Internacional constituye un híbrido entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal , aludiéndose a la posición del profesor argentino de Derecho Penal Guillermo J. FIERRO y a penalistas alemanes que niegan su existencia, así como a la obra realizada entre 1812 y 1820 por Jeremías BENTHAM. En el acápite VI se alude a graves actos terroristas. En el VII a la antigua obra del penalista argentino VACA GUZMAN. El punto VIII se refiere a los principios de validez material de*

* Catedrático de Derecho internacional público, Universidad de Buenos Aires.

la Ley Penal, o validez espacial, con los criterios territorial de la nacionalidad, real o de defensa, y de la universalidad, así como al Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, y a normas constitucionales de la República Argentina. El punto IX alude a la obra de Waldo VILLALPANDO "De los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal", publicada en Buenos Aires, el año 2000, reconociendo la plena existencia de un "Derecho Internacional Penal". El punto X alude a la extradición del ciudadano italiano Pietro Antonio NARDELLI (1996). El punto XI a la extradición de José Osvaldo MELI , año 2000. El punto XII, a la del súbdito español Jesús María LARIZ IRIONDO (2002). El punto XIII analiza la extradición del ciudadano alemán Erich PRIEBKE (1995). Y el punto XIV a la extradición del ciudadano chileno Enrique Lautaro ARANCIBIA CLAVEL (2004). Por último, el punto XV, conclusiones, expresa el alcance de esta comunicación al XXIV Congreso del IHLADI, en el sentido de agregar alguna bibliografía argentina y europea estimada de valor, y precisar los alcances del Derecho Internacional Penal y del Derecho Penal Internacional, dando prioridad al primero sobre el segundo, además de contribuir con antecedentes históricos de ambas disciplinas.

ABSTRACT: *Some precisions about criminal international law and international criminal law. This present communication is made up of fourteen points and one conclusion. It attempts to integrate to the communication "An Argentine Glance on the International Criminal Law." In point II the author underlines a clear difference between the Criminal International Law, referring those aspects where international rules predominate, as those referring to the named "delictia iuris gentium", being ancillary the rules from Criminal Law, and the International Criminal Law, branch of Criminal Law, in which the punitive rules can include diverse international fields. Opinions of experts in criminal law Guillermo J. FIERRO, Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, PIETER DROST, Cherif BASSIOUNI, Antonio BERISTAIN, Quintiliano SALDAÑA, and Luis GIMENEZ de AZÚA, among others, are quoted. In paragraph III it is mentioned the creation of the International Association of Criminal Law and the influence of Vespasiano PELLA and DONNEDIEU de VABRES in the First International Conference on Criminal law (1926.) In point IV it is analyzed the present computer science revolution and the definition of International Criminal Law given by BASSIOUNI. In point V the author states: the International Criminal Law is a hybrid between the International Law and the Criminal Law, mentioning the position of the Argentine professor of Criminal Law Guillermo J. FIERRO, and German experts in Criminal Law who denied its existence, and also the work done by Jeremías BENTHAM between 1812 and 1820. In paragraph VI serious acts of terrorism are mentioned. In point VII the old work of the Argentine expert in criminal law VACA GUZMÁN is mentioned. Point VIII refers to the basis of material validity of the Criminal Law, or space validity, using the territorial criterion of the nationality, real or of defence, and the universality, and also the Treaty of International Criminal Law of Montevideo (1889), and the constitutional rules of the Argentine Republic. In point IX it is mentioned the work of Waldo VILLALPANDO "From Human Rights to the Criminal International Law." In point X the extradition of the Italian citizen Pietro Antonio NARDELLI (1996) is mentioned. In point XI the extradition of José Osvaldo MELI (2000) is mentioned. In point XII the extradition of the Spanish citizen Jesús María LARIZ IRIONDO (2002) is mentioned. In point XIII it is analyzed the extradition of the German citizen Erich PRIEBKE (1995). And in point XIV it is analyzed the extradition of the Chilean citizen Enrique Lautaro ARANCIBIA CLAVEL (2004). At last, point XV, conclusions, states the scope of this communication to the XXIV Conference of IHLADI, as it adds some valuable Argentine and European bibliography and determines the purview of the Criminal International Law and the International Criminal Law, giving the first priority over the second, also it contributes with historical antecedents of both disciplines*

I) Este trabajo trata de integrarse a la ponencia "Una mirada argentina sobre el Derecho Penal Internacional", de la que es autora la distinguida asociada Dra. Amalia URIONDO de MARTINOLI.

El meritorio trabajo de la colega de Córdoba (R.A.), luego de una introducción se refiere a la validez espacial de la Ley Penal, a la tensión entre las obligaciones emergentes de los tratados sobre derechos humanos y los compromisos asumidos en materia de extradición, refiriéndose a los casos de Pietro Antonio NARDELLI y José Osvaldo MELI; a la incidencia de la tipificación del delito en la prescripción de la acción penal o de la pena, con referencia específica a la extradición del ciudadano español Jesús María LARIZ IRIONDO, que tanto interés tuvo en la República Argentina como en España; a la imprescriptibilidad de los delitos "ius gentium", respecto al célebre caso del ciudadano alemán radicado en la Ciudad de Bariloche, Erich PRIEBKE, al tratarse de su juzgamiento por la "matanza de las Fosas Ardeatinas" en Roma, durante la GM II, y a la causa del súbdito chileno y ex empleado de los servicios secretos, Enrique Lautaro ARANCIBIA CLAVEL, para arribar a las conclusiones de la ponencia.

II) Sin la menor jactancia, con una experiencia de cincuenta y cuatro años en la Justicia del Crimen, Nacional y Federal de la República Argentina y de unas cuatro décadas como Catedrático de Derecho Internacional Público en diversas Universidades de esta Nación, nos consideramos con alguna autoridad para hablar de temas de Derecho Internacional Penal y de Derecho Penal Internacional.

Al respecto queremos puntualizar que existe una clara diferencia entre el Derecho Internacional Penal, referido a aquellos aspectos en que predominan las normas internacionales, como todas aquellas que se refieran a los denominados "delicta iuris gentium", y resultan subsidiarias las del Derecho. Penal, y las del Derecho Penal Internacional, en el que las normas punitivas pueden abarcar diversos campos jurisdiccionales.

El penalista argentino Guillermo J. FIERRO en su obra: "La Ley Penal y el Derecho Internacional" Depalma, Buenos Aires, 1977, página 9), después de dar diversas definiciones sobre el Derecho Penal Internacional, en el Capítulo I, Título III, se refiere al "Derecho Internacional Penal, su admisibilidad, fuentes y caracteres", definiéndolo como "... un conjunto

armónico de normas que también tendría por objeto regular situaciones de carácter represivo en la esfera internacional"; añadiendo que se trata de un nuevo ordenamiento cuya viabilidad, autonomía, alcances y contenido, hablan de un proceso en plena gestación. Es claro que aquí quien habla es un penalista y no un internacionalista. QUINTANO RIPOLLÉS y PIETER DROST defienden la existencia de esta disciplina.

Obras clásicas en la materia, como las del catedrático de la DePaul University (Chicago) M. Cherif BASSIOUNI: "Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional", Editorial Tecnos, Madrid 1984, han sentado un hito fundamental en nuestra materia. Su autor fue Secretario General de la Asociación Internacional de Derecho Penal de Paris y Decano del Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales de Siracusa. Desde luego es un penalista más que un ius internacionalista.

En la primera introducción a esta obra, el entonces catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Sebastián, Antonio BERISTAIN, alude a la "necesidad y dificultad del Derecho Penal Internacional", a través de la óptica de maestros como Quintiliano SALDAÑA, Antonio QUINTANO RIPOLLÉS y Luis JIMÉNEZ de ASÚA, en materias tales como el tráfico de drogas, guerras nucleares, crímenes del terrorismo y del genocidio, asesinatos por obra de gobiernos, presos de conciencia,y dispendios en armamentos ante una población mundial desnutrida; que motivaron el Proyecto de Código Penal Internacional del Profesor BASSIOUNI.

En la segunda introducción, el Profesor Pierre BOUZAT nos recuerda un lejano antecedente de la "Peace Society" (1872) formada por un grupo de juristas estadounidenses que -a través del proyecto de David DUDLEY FIELD, denominado "Outlines of an International Code" (1866)- , trataron de elaborar un "corpus iuris" en nuestra materia.

Debemos destacar que en 1875 el entonces senador español Arturo de MARCOARTU, dentro de la "Unión Internacional Interparlamentaria", organizó un concurso para la creación de una Asamblea Internacional y un Código Internacional de Derecho Penal.

III) En 1924 se creó la Asociación Internacional de Derecho Penal, para "favorecer el desarrollo teórico y práctico del Derecho Penal

Internacional, con miras a lograr un Derecho Penal Universal "(videre pág. 14 de la obra de BASSIOUNI).

Estos datos acreditan nuestra explicación sobre la dependencia de esta materia dentro del Derecho Penal, a diferencia del Derecho Internacional Penal, en el que priman los conceptos propios de nuestra disciplina; el Derecho Internacional Público.

Bajo la influencia del entonces Ministro Vespasiano V. PELLA y de DONNEDIEU de VABRES, sesionó en Bruselas (1926) el Primer Congreso Internacional de Derecho Penal, que en 1928 redactó el Estatuto de un Tribunal Penal Internacional.

Como vemos, siempre se trata de penalistas y de asuntos propios de esta materia.

En 1935 PELLA redactó un Anteproyecto de Código Penal Internacional.

Las Naciones Unidas, entre 1951 y 1953, tomaron en cuenta estos trabajos, elaborándose en 1954 un Proyecto de Código sobre delitos contra la paz y seguridad de la humanidad (vid. Resolución A.G.XIX del 14/12/1974).

El proyecto del penalista BASSIOUNI se refiere (arts. I a III), a la "Prohibición de la Guerra", a la "Protección de los Derechos Humanos" (arts. IV a IX), con alusiones al genocidio, la discriminación y segregación racial, la prohibición de la tortura, la esclavitud y la piratería (arts. X a XIV). Se incluye la captura de aeronaves, el secuestro de diplomáticos, el empleo del correo para actos de violencia, el terrorismo en general y la prohibición del tráfico internacional de drogas (arts. XV al XX), las falsificaciones de moneda, protección de tesoros nacionales y arqueológicos, la corrupción de funcionarios internacionales y la protección de medios internacionales de comunicación, como los cables submarinos –hoy en desuso ante la presencia de las comunicaciones satelitales- y la prohibición del tráfico internacional de publicaciones obscenas.

A las medidas de aplicación del proyecto (extradición), al auxilio judicial, al reconocimiento de sentencias penales extranjeras, transferencia de delincuentes y ejecución de sentencias en el extranjero.

En la parte final, BASSIOUNI se refiere a otros Convenios Internacionales de importancia.

IV) La actual revolución informática ha traído a consideración otros crímenes internacionales, como las estafas que se desarrollan a diario por Internet, la trata de mujeres, la pedofilia y trata de niños. A ellos debemos agregar la contaminación ambiental y los pocos ejemplos de colonialismo que aún existen en el mundo.

Para este autor: "...el Derecho Penal Internacional constituye la rama del sistema jurídico internacional, configuradora de una de las estrategias empleadas para alcanzar, respecto de ciertos intereses mundiales, el más alto grado de sujeción y conformidad a los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes; intereses sociales de alcance mundial que son resultado de una común experiencia a lo largo del tiempo y reflejo de la existencia de ciertos valores compartidos que la comunidad mundial considera necesitado de un esfuerzo colectivo de cooperación y de coerción para asegurar su protección" (pág. 49).

V) El Derecho Penal Internacional constituye "un híbrido entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal" (idem, página 79), con impacto en la Ciencia Política y la Criminología.

El antes citado Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Rosario (R.A.), Guillermo J. FIERRO, en su mencionado libro "La Ley Penal y el Derecho Internacional" (páginas cuatro y cinco) alude a quienes -como los penalistas alemanes von LISZT, BELING, MEZGER, WELZEL y MAURACH, niegan la existencia de un derecho penal internacional, por considerar que "...su contenido no es de naturaleza internacional, sino de carácter estrictamente interno" ("in eadem sensu" autores como el francés R. GARRAUD, el italiano Vincenzo MANZINI y los españoles Juan del ROSAL y Antonio QUINTAÑO RIPOLLÉS, "Inter. alios").

Ya en 1802 y 1820 el célebre Jeremías BENTHAM se refirió a un Derecho Penal Internacional, conforme enseñaron el gran penalista hispano JIMÉNEZ de ASÚA en su "Tratado de Derecho Penal", editorial Losada, Buenos Aires 1958, tomo II, página 723, y el maestro argentino Carlos FONTAN BALESTRA en su "Tratado de Derecho Penal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966, tomo I, página 247.

Obras más antiguas de esta materia, son las de Karl von BAR: "Das Internationale Privat-und Strafrecht" (Hannover, Edit. Halm, 1862), de S. ADINOLFI; Diritto Internazionale Penale", (Ed. Hoepli, Milano, 1913) y la del maestro argentino y profesor de Derecho Internacional Privado de la U.B.A., Carlos Alberto ALCORTA: "Principios de Derecho Penal Internacional" (Editorial Italia, Buenos Aires, 1931).

Quien fuera nuestro querido amigo y colega de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Pablo A. RAMELLA, publicó en Buenos Aires (Editorial Depalma, 1986) su libro: "Crímenes contra la Humanidad", en el que trata con claridad la problemática del "individuo como sujeto del Derecho Penal Internacional" (págs. 1 a 4), se refiere a los juicios de Nuremberg y Tokio (1945), analiza los crímenes de guerra y contra la humanidad, la trata de blancas, la de esclavos, el tráfico de estupefacientes, el genocidio, la guerra como crimen, el uso de armas nucleares y otras que causan daños terribles e innecesarios a la población y combatientes, el aborto -en atención a su condición de católico practicante-, la pornografía, la tortura, la discriminación y el terrorismo (páginas 7 a 107); analizando la creación de un Tribunal Penal Internacional (pág. 131).

VI) Los recientes actos terroristas de la Hezbollah contra Israel y la lamentable intervención bélica contra el Líbano (julio-agosto 2006), justamente rechazada dentro del propio Estado interventor y por otros múltiples Estados, pueden ser incluidos dentro de algunos puntos de este catálogo.

VII) Hemos encontrado una obra muy antigua de Santiago VACA GUZMÁN (Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1888), intitulada "Reglas de Derecho Internacional Penal", donde se da preeminencia a nuestra disciplina sobre el Derecho Penal.

Se trata de un típico libro de Derecho Internacional Privado, que también se refiere (pág. 27) a una iniciativa del estadounidense David DUDLEY FIELD antes reseñada, a la Obra del Congreso de Lima (1879) y al "próximo" (1889) de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional.

Sentado lo expuesto y volviendo a la ponencia, corresponde analizar la Jurisprudencia del Máximo Pretorio argentino, respecto a los referidos

casos que adquirieron gran notoriedad y fueron objeto de muy diversos comentarios.

VIII) La ponente hace correcta referencia a los principios de validez material de la Ley Penal, o validez espacial, con los criterios territorial, de la nacionalidad, real o de defensa y de la universalidad, haciendo mención a viejos tratados suscriptos por la República como el denominado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889); consagrando plenamente este principio territorial, al sostener que los delitos "se juzgan por los Tribunales y se penan por las leyes de la Nación en cuyo territorio se perpetran" (confrontar su artículo 1°, "in eadem sensum" el art. 1° del Código Penal aplicable en nuestra República, expresando : "este Código se aplicará: 1°. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2°. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo"). Estas normas encuentran correlación en otras de carácter constitucional como las del art. 75 incs. 12, 22, y art. 118, así como en disposiciones procesales en materia federal, que sería largo enunciar. La ponencia destaca claramente los problemas relativos a competencia o aplicación de normas penales, así como lo que debe entenderse por territorio de un Estado.

En cuanto al principio real o de defensa, basado en la urgencia de proteger los intereses de una República, admite que un delito cometido en el extranjero, que sólo lesiona intereses o derechos garantizados por otro Estado, permite a este último su juzgamiento y punición, sin tomar en cuenta el lugar en que el mismo se cometió ni la nacionalidad de las personas.

El criterio se ubica en los artículos 2 y 19 del referido Tratado de Montevideo (1889), previendo la competencia de los Tribunales en la aplicación de leyes estatales del lugar en que se produzcan los daños a derechos e intereses garantizados.

Con referencia al principio de la nacionalidad, encuentra firme fundamento en el artículo 12 de la Ley n° 24.767 "De Cooperación Internacional en Materia Penal", fechada en Buenos Aires el 18 de diciembre de 1996, y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 16 de enero de 1997, que con sus ciento veinticinco artícu-

los constituye un "corpus iuris" de innegable valor en esta materia (se incluye como Anexo I).

La Corte Suprema de la República Argentina -como se dijo- con referencia a los principios de validez material de la ley penal, o validez espacial, con los criterios territorial, de la nacionalidad, real o de defensa y de la universalidad, se ha expedido, haciendo referencia a viejos tratados suscriptos por la República, como el denominado "de Derecho Penal Internacional de Montevideo" (1889), consagrando plenamente este principio territorial. Ello encuentra correlación en las normas constitucionales anteriormente mencionadas así como disposiciones procesales en materia federal, que sería largo enunciar.

Respecto al principio de la nacionalidad, que encuentra firme fundamento –como se apunto "ut supra"- en el artículo 12 de la ley sobre cooperación penal n° 24.767, al expresar el mismo que: "Si el requerido para la realización de un proceso fuese nacional argentino, podrá optar por ser juzgado por los tribunales argentinos, a no ser que fuere aplicable al caso un tratado que obligue a la extradición de nacionales. La calidad de nacional argentino deberá haber existido al momento de la comisión del hecho, y deberá subsistir al momento de la opción. Si el nacional ejerciere esta opción, la extradición será denegada. El nacional será entonces juzgado en el país, según la ley penal argentina, siempre que el Estado requirente preste conformidad para ello, renunciando a su jurisdicción, y remita todos los antecedentes y pruebas que permitan el juzgamiento. Si fuere aplicable al caso un tratado que faculta la extradición de nacionales, el Poder Ejecutivo, en la oportunidad prevista en el art. 36, resolverá si se hace lugar o no a la opción".

El art. 36 se refiere al Poder Ejecutivo (Presidente de la República) que podrá delegar esta facultad en el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Se establece un plazo de diez días hábiles siguientes a la recepción de las actuaciones por el tribunal, para resolver el caso, entendiéndose que si no ha habido decisión en dicho término "el Poder Ejecutivo ha concedido la extradición" (ver la reglamentación por decreto 1052/98 del PEN -Boletín Oficial del 16/9/1998-).

Por último, el denominado "principio universal" reconoce a cada estado una representación de la Comunidad Humana, y asigna al Derecho Penal Internacional la aplicación armónica de normas punitivas en el ámbito de toda la Humanidad, pese a la diversidad de fuentes y a la multiplicidad de jurisdicciones. Se aplica, teniendo en cuenta, más que a un orden público de un determinado país, el orden social para el mantenimiento de la civilización universal.

En tal sentido, deberá estudiarse la naturaleza internacional propia del delito, derivada de normas referidas a acuerdos internacionales, así como la aplicación de normas consuetudinarias, en casos como la represión de atentados terroristas, la convención internacional sobre toma de rehenes, y muchos otros.

La Constitución de la Nación Argentina, en su artículo 118, con su última reforma de 1994, luego de aceptar el "Principio Territorial", se refiere al caso de que el delito se hubiera cometido fuera de los límites de la República, pero contrariando el "derecho de gentes", en cuyo caso será el Congreso Nacional quien determine el lugar en que habrá de sustanciarse el juicio.

Germán BIDART CAMPOS en su "Tratado de Derecho Constitucional" sostuvo que en este tipo de delitos contrarios a la "Ley de las Naciones", debe invertirse el "Principio Territorial de la norma", y permitirse que estos delitos, aunque cometidos en la Argentina, puedan ser juzgados por Tribunales de otros Estados, en la medida en que no hayan sido objeto de un previo juzgamiento y condena por parte de los Tribunales argentinos, por aplicación del Principio "Non bis in idem" (videre Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8.4 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.7, "Inter. alios").

IX) Una obra recomendable es la de Waldo VILLALPANDO: "De los derechos humanos al Derecho Internacional Penal" (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000), que reconoce la plena existencia de un "Derecho Internacional Penal", unido a la temática de los "Derechos Humanos".

La vigencia universal del Derecho Humanitario, marca su carácter internacional y la total preeminencia de nuestra disciplina, apoyada en múltiples convenios internacionales, que la Constitución Nacional argentina incorpora como normas supremas, en el art. 75 inc. 22.

Por todo lo expuesto no podemos aprobar que en un Instituto como el nuestro se mencione constantemente un Derecho Penal Internacional, en lugar de un Derecho Internacional Penal.

X) Extradición de Pietro Antonio NARDELLI:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante resolución del 5 de noviembre de 1996, ante el pedido extraditorio formulado por la República de Italia, mediante nota verbal n° 992 del 30 de septiembre de 1993, basado en una orden de captura del 22 de diciembre de 1988 de un Juez instructor de Milán, por los presuntos delitos de "asociación para delinquir con la finalidad de recepción y hurto de automóviles, supresión y falsificación de las respectivas placas y de los documentos de circulación y falsificación de actas públicas". Delitos comunes que habrían sido cometidos entre el 6 de noviembre de 1987 y el 25 de enero de 1988 (vid. Anexo II; condicionó la entrega del nombrado "...a que el país requirente ofrezca garantías suficientes de que el requerido será sometido a nuevo juicio en su presencia, a cuyo fin deberá hacerse saber a la República de Italia, en el marco de lo dispuesto por el art. 13 del acuerdo de voluntades aprobado por Ley 23.719, que de subsistir su interés en la entrega acompañe,en el plazo de cuarenta y cinco días, información complementaria que ajuste el pedido a la condición impuesta. Así también para que en igual plazo y de mantener los términos de la nota verbal n° 676 del 18 de julio 1994, mediante la cual extendió las causales de extradición a la ejecución de la orden de penas concurrentes... agregue los documentos justificativos de ese nuevo pedido con respecto a cada una de las restantes condenas que allí concurren..."

Este fallo ejemplar lo suscribieron los entonces Ministros del Alto Tribunal Carlos S. FAYT (por su voto), Augusto César BELLUSCIO, Enrique Santiago PETRACCHI (por su voto), Antonio BOGGIANO, Guillermo A. F. LOPEZ, Gustavo A. BOSSERT (según su voto) y Adolfo Roberto VAZQUEZ.

Aunque se trata de un simple caso de Derecho Penal Internacional, debe destacarse en total apoyo al decisorio, por tratarse de un caso de condena "in absentia", y de lo que se denomina en Italia un "libero contumace", que -precisamente por ser contumaz- nunca fue interrogado sobre los hechos motivo de acusación.

La Corte se remite correctamente al art. 31.3.b. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a los arts. 27 y 75 inc. 22 de la C.N.; citando -"in speciem"- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 14.3.d. establece el derecho de toda persona

acusada de un delito "a hallarse presente en el proceso"; mientras que la Convención Americana de Derechos Humanos incluye entre las "garantías judiciales", el derecho de toda persona a "ser oída" (art. 8.1), mencionando el caso "COLOZZA v. Italia" según fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (12 de febrero de 1985, 7 E.H.R.R. 5/6). Asimismo, la Corte valoró el caso "TAJUDEEN" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (4 de febrero de 1992).

El erudito y documentado voto de los Ministros PETRACCHI, FAYT y BOSSERT, brinda nuevos andamiajes jurídicos al "sub iudice"

XI) Extradición de José Osvaldo MELI:

Se trata de un caso con Italia de características similares (videre Anexo III, sentencia del 4 de mayo de 2000).

MELI había sido condenado "in absentia", luego de su declaración de rebeldía.

Esta práctica italiana no existe en nuestros Tribunales argentinos, donde a un rebelde solo puede juzgárselo cuando se lo captura o se presente libremente.

La sentencia la firmaron los entonces Ministros Eduardo MOLINÉ O´CONNOR, Carlos S. FAYT, Augusto César BELLUSCIO, Enrique Santiago PETRACCHI (su actual Presidente), Gustavo A. BOSSERT y Adolfo Roberto VAZQUEZ (según su voto) y con la desidencia de Julio S. NAZARENO y Antonio BOGGIANO.

XII) Extradición de Jesús María LARIZ IRIONDO:

La extradición al Reino de España de este ciudadano español se declaró improcedente, al juzgarse extinguida por prescripción la acción penal según la legislación argentina, pese a la invocación del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 1987 (Ley 23.708), en virtud de lo dispuesto en su art. 9.

Graves eran los hechos que se incluyeron en el pedido extraditorio, conforme la legislación hispana: 1) Pertenencia a bandas armadas (organización ETA) art. 174 bis; 2) Los hechos de detención ilegal (art. 480); 3) Siete hechos de estrago (art. 554); 4) Dos robos de automotor (art. 516 bis); 5) Depósito de armamento de guerra (art. 258); 6) Depósito de

explosivos (art. 264 C.P.). El 5 de marzo de 2002 se amplió el marco imputatorio por: Terrorismo –tres hechos-, bajo modalidad de tentativa de asesinato (arts. 572 inc. 1° ap. 1 y 2, 139, 140 y 16 del actual Código Penal español, que se corresponden con el derogado art. 406 C.P., que regía al momento de comisión de los hechos).

Aplicando el principio de paralelismo de los hechos típicos que concurren realmente (art. 55 del C.Penal argentino), para el cómputo de la prescripción; a la asociación ilícita se fijó en ocho años la prescripción. Para otros ilícitos que concurren idealmente (art. 54 C.Penal argentino) como la tentativa de homicidio calificado y lesiones graves, se estableció en doce años el plazo liberatorio.

Tomando como inicio del cómputo el 8 de octubre de 1984, y la fecha de interposición de la extradición a fines del 2002, el plazo computado fue de 18 años y 1 mes, superior al de 12 años fijado por el Código Penal Argentino, y aún la de 15 años para supuestos de reclusión o prisión perpetua (art. 62 incs. 1 y 2 C. Penal Argentino).

Debemos consignar que se dejó de lado el "Convenio Multilateral Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas" (la República Argentina lo ratificó el 25 de septiembre de 2003 y España el 30 de abril de 1999), pese a la opinión del Procurador General en el sentido que un rechazo de la extradición basado en la prescripción de la "actio poenale", sería incompatible con la obligación de "cooperar en la persecución y sanción de los actos de Terrorismo", acordados, entre otros Estados, por la Argentina y el Reino de España.

En nuestra opinión, discrepando con la del entonces Juez BOGGIANO, cuando un principio general y de orden público que tiende a la libertad de las personas, como la prescripción de la acción por el transcurso del tiempo, entra en colisión con otro principio también de derecho público como el de cooperación internacional para la persecución de graves delitos, el principio liberatorio debe primar sobre el persecutorio, pues "semper in dubiis benigniora praeferenda sunt" (art. 3° del Código Procesal Penal de la R.A., basado en el Digesto de Justiniano, Gayo Ley 56).

La sentencia es demasiado extensa para consignarla en un anexo.

XIII) Extradición de Erich PRIEBKE (Anexo IV):

La Corte Suprema al hacer lugar a una queja del Fiscal ante la Cámara Federal de General Roca, mediante sentencia del 20 de marzo de 1995, dejó sin efecto su antigua jurisprudencia en el sentido que "las resoluciones que admiten medidas de prueba no son, como principio, sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la Ley 48" (recurso extraordinario), considerando que lo decidido en materia probatoria "excede el mero interés de las partes y constituye un supuesto de gravedad institucional (videre C.S.J. Fallos: 290: 266; 292:229; 300:417; 303:1034 y 308:2060).

La Corte sostuvo que -de admitirse lo resuelto en materia probatoria por la instancia inferior- "...se estaría convalidando la imposición al Estado requirente (Italia) tanto de una carga no debida según las normas que rigen el proceso, cuanto la consecuente demora en su sustanciación, que podría determinar la responsabilidad del Estado Argentino en el cumplimiento de sus deberes de cooperación y asistencia jurídica internacional en materia de represión del delito".

A continuación se invocaron el preámbulo y artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas (Ley 12.838), el artículo 5° incisos "b" y "c" de la Carta de la Organización de Estados Americanos (Dto. Ley 328/56 y Ley 14.467) y el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (Ley 19.865).

Al desestimarse medidas probatorias que la Corte consideró de carácter dilatorio, y ordenar se juzgue sobre el fondo del asunto, nuestro más alto Tribunal resolvió posteriormente hacer lugar al pedido extraditorio y no a la prescripción de la "actio poenale", en atención a los crímenes contra la Humanidad que se atribuyeron a PRIEBKE.

Coincidimos con el contenido de ambos decisorios.

Se invocaron el Tratado de Extradición de 1886 (Ley 3035) y el art. 9° del Convenio de 1987, respecto al súbdito alemán y ex oficial de las Fuerzas Armadas de su país que ocuparon Roma, al que se atribuyó "participación de violencia con homicidio continuo agravado por haber provocado la muerte de trescientas treinta y cinco personas el día 24 de marzo de 1944, actuando en concurso con otras personas y mediante el uso de armas de tiro ...".

La Corte se inclinó -correctamente- por la imprescriptibilidad de la ley internacional y no por los 15 años de la Ley argentina.

XIV) Causa Enrique Lautaro ARANCIBIA CLAVEL (Anexo V):

Pese a lo resuelto en el caso PRIEBKE con referencia al carácter imprescriptible de los crímenes internacionales, coincidiendo con la ponente en el carácter de norma de "ius cogens", en la causa ARANCIBIA CLAVEL la mayoría tuvo votos separados y hubo tres disidencias en minoría.

En el anexo V transcribimos el dictamen del Procurador General de la Nación (de fecha 30 de noviembre de 2001), destacando que el ciudadano chileno mencionado fue condenado a reclusión perpetua como partícipe necesario en el homicidio en Buenos Aires (30 de septiembre de 1974) del General y ex Comandante del Ejército de Chile, Carlos Santiago PRATS GONZÁLEZ y su esposa Sofía CUTHBERT, y por pertenecer a una asociación ilícita de al menos diez integrantes, para perseguir y eliminar a exilados chilenos en la Argentina, previos secuestros e interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones y falsificaciones posteriores.

La Cámara Nacional de Casación Penal interpretó que el delito se encontraba prescripto. El Procurador de la Corte opinó que debía rechazarse la presentación "por falta de personería y por no encontrarse a derecho el imputado", cuya extradición se requirió, dejando abierta "por las peculiares circunstancias que rodean a este proceso", que la Corte tenga por válida la presentación, admita la queja y abra el recurso extraordinario.

Pocas veces en nuestra larga trayectoria judicial, hemos visto un criterio tan ambiguo.

La sentencia de fecha 24 de agosto de 2004 se declara por la imprescriptibilidad de los delitos atribuidos a ARANCIBIA CLAVEL, remitiéndose a los votos de los jueces ZAFFARONI y HIGHTON de NOLASCO y, por ello, desestima la queja.

Nos parece correcta la mención al Estatuto de Roma y no al art. 18 de la C.N., estableciendo el principio de legalidad ante el carácter de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad del 26 de noviembre de 1968, ratificada por la Argentina con posterioridad a los hechos investigados, por la preeminencia indudable de la ley internacional sobre la local, aunque de jerarquía constitucional.

Las términos de la ponente, en el sentido que: "... para justificar nuestra presencia aquí, debemos intentar hacer más equitativa la defensa y aspiración universal de que los crímenes no queden impunes, pero sin olvidar ni descuidar por ello el valor de la seguridad jurídica, que en definitiva es la razón de ser que nos avala como juristas, erigiéndonos en defensores de ese arduo y doloroso camino que en tantas penurias ha infringido a nuestra especie"; no pueden dejar de alegrarnos y contar con nuestra total aprobación.

XV) CONCLUSIONES:

Esta simple comunicación a nuestro XXIV Congreso solo quiso agregar alguna bibliografía argentina y europea que estimamos de valor, a la vez que precisar los alcances del Derecho Internacional Penal y del Derecho Penal Internacional, dando prioridad al primero sobre el segundo, a la par que contribuir con los antecedentes históricos de ambas disciplinas, a partir de Jeremías BENTHAM, coincidiendo -por lo demás- con las atinadas opiniones de nuestra colega ponente.

Ingeniero Maschwitz, Pcia. de Buenos Aires, Agosto 21 del 2006.

NOTAS SOBRE EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA VS. DERECHOS LABORALES

Carlos RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ *

SUMARIO

I.- PREFACIO: NOTAS PREVIAS.

II.- ANTECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES.

III.- BREVES NOTAS A CERCA DEL PAPEL DESARROLLADO POR LA OIT: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONVENIOS 97 Y 143.

IV.- ESTUDIO EN PROFUNDIDAD DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIARES.

V.- REFLEXIONES FINALES.

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna España). El autor de este trabajo está disponible para contrastar opiniones o cualquier comentario en <carlos-rodriguez@ull.es>

<<Los países de bajo o mediano ingreso ven la emergencia del mercado de trabajo como una oportunidad para expandir el empleo, sacar provecho al intercambio internacional y reducir el descontento social, especialmente el de la gente joven que ve frustradas sus aspiraciones de progreso a través de la inversión en educación. Sin embargo, el empleo de trabajadores extranjeros va acompañado de la explotación y de la violación de sus derechos>> (M. ABELLA, 1977 (1))

I.- PREFACIO: NOTAS PREVIAS (2)

La migración internacional, entendida como un movimiento de doble flujo, *inmigración* y *emigración*, es una realidad creciente en las últimas décadas dado el acusado proceso de globalización económica que vivimos y que trae como consecuencia natural el aumento exponencial de los flujos migratorios internacionales y la evidencia de la fractura norte-sur.

(1) ABELLA, M., *Sending workers abroad. A manual for low and middle income countries*. Ginebra, International Labour Office (ILO).

(2) Para un estudio en profunfidad de la materia objeto de esta comunicación *Vid.* LYON, B., «New International Human Rights Standards on Unauthorized Immigrant Worker Rights: Seizing an Opportunity to Pull Governments out of the Shadows», *Working Paper Series*, Villanova University School of Law, 2006; VILLÁN DURÁN, C., «Los derechos humanos y la inmigración en el marco de las Naciones Unidas» en *Memorias del Seminario Internacional los Derechos humanos de los migrantes*, Secretaría mexicana de relaciones exteriores, 2005, pp. 53 a 104; TARAN, P. «Status and Prospects for the UN Convention on Migrants' Rights», *European Journal of Migration*, Kluwer Law International, 2000; CHOLEWINSKI, R. «The UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families», p. 138 - 205 en: *Migrant Workers in International Human Rights Law - Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press Oxford, 1997; HUNE, S. et NIESSEN J. «Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current difficulties and prospects», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 12, No. 4 (1994) and Asian Migrant, fall 1994; CATOR, J. et NIESSEN, J. *The use of International Conventions to protect the rights of migrants and minorities*, Strasbourg, Council of Europe, 1994; PENNA, L. R. «Some Salient Human Rights in the UN Convention on Migrant Workers», 1993 - 2, *Asian and Pacific Migration Journal;* NANDA, V. P. «The Protection of the Rights of Migrant Workers: Unfinished Business», 1993 (2) *Asian and Pacific Migration Journal;* KITAMURA, Y. «Recent developments in Japanese Immigration Policy and the UN Convention on Migrant Workers», 1993, 27 *UBC Law Review*; NAFZIGER, R. et BARTELL, B. C. «The Migrant Workers Convention: Its Place in Human Rights Law», *International Migration Review*, Volume 25, Winter 1991, p. 771, 779-780; BÖHNING, R. «The ILO and the new UN Convention on migrant workers - The past and the future», *International Migration Review*, Volume 25, Winter 1991; NIESSEN, J. *et* TARAN, P. «Using the New Migrant Workers' Convention», *International Migration Review*, Volume 25, Winter 1991, p. 859 – 860.

En el caso de las Islas Canarias, el fenómeno implica en la actualidad una tercera variable, la de *tránsito*, que involucra a los migrantes subsaharianos que en su paso decidido hacia Europa se ven obligados a permanecer en el Archipiélago Canario – Región Ultraperiférica y frontera sur de la UE – por períodos indeterminados y que, en no pocos casos, terminarán por instalarse en las islas de forma permanente.

En el contexto actual de mundialización, el número de migrantes ronda los 200 millones de personas (3), y nadie puede ya negar la virtualidad del binomio *migración-empleo*. Además, dichos flujos migratorios continuarán incrementándose dado que los flujos de capitales entre países ricos y pobres no van a ser lo suficientemente amplios como para satisfacer las necesidades de empleo de estos últimos, y también dado que la revolución y abaratamiento del transporte, y el impulso de las tecnologías de la información, incitan a las migraciones.

Las causas que conducen a esta migración masiva son pluridimensionales. El mayor motivo es el desempleo, traducido de inmediato en pobreza. La migración tiene importantes consecuencias en las relaciones económicas y sociolaborales de los países involucrados. Por ello es necesario que exista un contexto normativo internacional para afrontar el problema, tanto para defender los derechos humanos y laborales de los migrantes, como para regular la circulación de mano de obra.

Los países en vías de desarrollo se han convertido en exportadores de trabajadores, que son presa fácil de la explotación laboral. Las empresas obtienen provecho de esta situación, provocando la contracción de los salarios y el aumento de la precariedad laboral en los países receptores.

Por otra parte, las remesas de divisas enviadas por esos trabajadores a sus familias son un factor importante en la disminución de los problemas de la balanza comercial en las economías subdesarrolladas del sur (4), a la vez que amortiguan los problemas sociales y de pobreza extrema (5).

(3) Según un estudio de la División de Población de la ONU, 1,2 de cada diez personas que viven en las regiones más desarrolladas del planeta son migrantes, en su inmensa mayoría, población laboralmente activa y parte de ella altamente cualificada.

(4) Aunque sólo la condonación de la deuda externa de esos países les proporcionaría elementos objetivos para eludir la caótica espiral subdesarrollista en la que están sumidos.

(5) Los trabajadores migrantes envían a sus países de origen unos 50 billones de dólares al año. Esta cifra se acerca al monto total de la ayuda oficial que los países más ricos han dedicado en 2003 al desarrollo del Tercer Mundo (68,4 billones de dólares).

II.- ANTECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

El marco jurídico de los derechos humanos de los migrantes es muy amplio, en el sentido que numerosos tratados internacionales contienen disposiciones que protegen los derechos humanos de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad. *Inter alia*, la Declaración Universal de Derechos Humanos (6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Xenofobia y Tratos Inhumanos y Degradantes, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 97 y 143, relativas a los trabajadores migrantes así como a la Recomendación de la OIT N° 86. También destacan la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y sus protocolos Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y contra la Trata de Personas.

Sin embargo, fue la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada con ocasión de la revolución francesa de 1789, el primer texto internacional que reconoció el derecho a la emigración, un derecho que ha sido conceptuado por la doctrina iuslaboralista como *subjetivo incompleto*, un derecho individual "cuyo ejercicio puede ser regulado pero no desconocido", cuya finalidad básica debe ser la protección de la persona emigrante (7), y cuya puesta en práctica, en cuanto que va ser a ejercitado fuera de las fronteras del Estado, "requiere para su satisfacción plena la existencia de un correlativo derecho de inmigración, que el es inexcusablemente complementario" (8).

(6) El derecho a la emigración se encuentra dentro del elenco de los Derechos Humanos contenido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (*art. 13 DUDH*) de 1948.

(7) ALONSO OLEA, M., «Prólogo" a Serrano Carvajal J.» en *La emigración española y su régimen jurídico*. Madrid, 1966, p. 12.

(8) GALIANA MORENO, J.M., «Emigración» en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. II. Madrid, 1995, p. 2.708.

En este sentido, el marco jurídico que específicamente trata el tema de los derechos humanos de los migrantes, se ha ido desarrollando a medida que han pasado los años. El hito fundamental para el desarrollo de este marco jurídico, y que constituye el objeto central de este estudio, es la entrada en vigor - el 1 de julio de 2003 - de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CITM), con la ratificación de la misma por parte de 20 Estados miembros. Actualmente son 34 los países que han ratificado dicha convención. Es interesante observar que son casi exclusivamente países de origen de migrantes, es decir, los países de emigración, los que han ratificado la Convención, destacando que ningún país de destino de migrantes la ha ratificado. En este sentido ni España ni ninguno de los 25 Estados Miembros de la Unión Europea lo ha hecho. Es de justicia reconocer que la CITM 1990 representa el primer instrumento jurídico internacional que codifica los derechos humanos sociolaborales de los migrantes.

Por último, es necesaria una mención a la Resolución 2003/46, de 23 de abril, sobre derechos humanos de los migrantes, de la Comisión de Derechos Humanos, por la que se exhorta a todos los estados que, de conformidad con sus normativas nacionales y los instrumentos jurídicos internacionales aplicables a los que se hayan adherido, «sometan a juicio todas las violaciones de las leyes laborales con respecto a las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes, en particular las relativas a su remuneración y las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo».

III.- BREVES NOTAS A CERCA DEL PAPEL DESARROLLADO POR LA OIT: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONVENIOS 97 Y 143

Desde su creación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), máximo organismo mundial en materia sociolaboral, ha estado a la vanguardia de la labor emprendida para garantizar y mantener un trato justo y defensa de los derechos laborales de los trabajadores migrantes.

La contribución de la OIT al logro de una mayor justicia para los trabajadores migratorios reviste dos formas principales:

• En primer lugar, algunos convenios y recomendaciones de la OIT establecen pautas para leyes nacionales y para procedimientos judiciales y administrativos en lo que se refiere a la migración con fines de empleo.

• En segundo lugar, mediante sus proyectos de cooperación técnica, la OIT contribuye a garantizar los derechos humanos de los trabajadores migratorios.

Los dos principales convenios de la OIT relativos a estos trabajadores son el Convenio relativo a los trabajadores migrantes (revisado en 1949) (Nº 97) y el Convenio sobre las migraciones (disposiciones complementarias) (Nº 143) de 1975 (9).

En el Convenio Nº 97 figura una serie de disposiciones destinadas a ayudar a los trabajadores migratorios. Por ejemplo, se pide a los Estados que ratifican el Convenio que faciliten la información pertinente a otros Estados miembros de la OIT y a la Organización, que tomen todas las medidas pertinentes contra la propaganda que pueda inducir a error y que faciliten la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migratorios.

Asimismo, el Convenio exige a los Estados que lo ratifican que apliquen a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que apliquen a sus propios nacionales, por lo que se refiere a una amplia serie de leyes y reglamentos sobre la vida laboral.

El Convenio Nº 143 trata en la Parte I de las migraciones en condiciones abusivas y en la Parte II de la igualdad de oportunidades y de trato. Los Estados que ratifican ese Convenio tienen la opción de aceptar todo ese instrumento o una u otra de esas partes (10).

El Convenio prevé que los Estados deben respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios, independientemente de eventuales cláusulas de reciprocidad de aplicación en sus países de origen (11). Asimismo, deben suprimir las migraciones clandestinas

(9) España ha ratificado el Convenio núm. 97 relativo a los trabajadores migrantes (revisado), de 1949 (BOE nº 135, de 7 de junio de 1967), sin embargo, no ha ratificado el Convenio núm. 143.

(10) BONINI, D. y NASCIMBENE, B., . «Norme internazionali in materia di immigrazione: la convezione n. 143 dell´OIL e i migranti illegali», *Assistenza Sociale*, 1992, I, p. 323.

(11) ZANOBETTI, A., *Il diritto internazionale del lavoro. Norme universali, regionali e comunitarie*. Patron, Bolonia, 2005, p. 54.

con fines de empleo y el empleo ilegal de inmigrantes. Además, los Estados deben adoptar y seguir una política que garantice la igualdad de trato en cuestiones como el empleo y la ocupación, la seguridad social y los derechos sindicales y culturales.

Respecto de la cooperación técnica, la OIT ha desarrollado el Programa MIGRANT, un proyecto interregional encaminado a erradicar la discriminación contra los trabajadores migratorios y promover su efectiva integración. El objetivo del proyecto, destinado a los Estados industrializados que acogen a trabajadores migratorios, reside en luchar contra la discriminación extraoficial o de facto, lo que supone una desigualdad en el trato a los trabajadores migratorios, cosa que, según los estatutos, es algo que no debería ocurrir. Con arreglo a los resultados de investigaciones preliminares, resulta evidente que ese tipo de discriminación está muy generalizada y arraigada. La finalidad del proyecto estriba en ayudar a los Estados a acabar con la discriminación, informando a los encargados de la adopción de políticas, las organizaciones de empleadores y trabajadores, las personas que participan en actividades de formación para combatir la discriminación y a las organizaciones no gubernamentales acerca de cómo dotar de mayor eficacia a los mecanismos jurídicos y otros mecanismos conexos de corrección y actividades docentes, partiendo de una comparación internacional de la eficacia de esas medidas y actividades.

En 1995, en un documento presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la OIT señaló que sus actividades habían contribuido sustancialmente a la aceptación del concepto de igualdad de trato para los trabajadores migratorios y a la eliminación de la discriminación. Se hacía también referencia a las nuevas actividades destinadas a la protección de los trabajadores migratorios en Africa, América, Asia y el Pacífico y en Europa mediante la aplicación de normas internacionales en el marco de la legislación constitucional y nacional de los Estados de acogida.

Por último, y siendo consciente de la diversidad de modelos sociales y de la desigualdad de riquezas entre hemisferios, se aprobó en 1998 la Declaración de principios y derechos fundamentales de trabajo. Esta declaración recuerda a los estados que su libre adhesión a la OIT significa la aceptación de «los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia» (art. 1 a). En su virtud, se

enumeran cuatro principios concernientes a los derechos fundamentales, obligándose a respetarlos, promocionarlos y aplicarlos con buena fe y mediante procedimientos de seguimiento (arts. 2 y 4, respectivamente). El último de estos cuatro principios, es la eliminación de discriminaciones en materia de empleo y trabajo. En esa misma línea, se aprobó en noviembre de 2005 el documento «Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales».

Para finalizar, podemos decir que la CITM de 1990 complementa el Convenio 143 de la OIT, dado que éste es más restricitivo en su marco, pues la convención extiende a los trabajadores migrantes «ilegales» y a sus familias los derechos que el Convenio anterior reconocía sólo a los trabajadores documentados, es decir, los legalmente establecidos.

IV.- ESTUDIO EN PROFUNDIDAD DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SUS FAMILIARES

En el año 1978 la Asamblea General formuló una recomendación (12) relativa a las "medidas para mejorar la situación y garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios".

Dos años más tarde, se estableció un Grupo de Trabajo, presidido en ese momento por México, abierto a la participación de todos los Estados miembros para elaborar una convención. Los órganos y las organizaciones internacionales interesados -Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Desarrollo Social, Organización Internacional del Trabajo, Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura y Organización Mundial de la Salud- fueron invitados a contribuir a esa tarea.

El Grupo de Trabajo, reconstituido en períodos de sesiones sucesivos de la Asamblea General, terminó la redacción de la Convención

(12) Resolución 33/163.

Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en 1990.

El texto definitivo de esta Convención fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 (13) y entró en vigor en el plano internacional, tras la presentación del vigésimo instrumento de ratificación, el 1 de julio de 2003. Cuenta solamente con 34 Estados Parte (14), doce de ellos latinoamericanos, entre los que no se encuentra España ni ningún otro Estado miembro de la Unión Europea (15-16); sin embargo, debemos retener que la tasa de ratificaciones no es un indicador suficiente para valorar el impacto real de las normas internacionales (17).

El objetivo de la CITM es establecer normas para armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos a los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, considerando la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran, particularmente en el caso de los irregulares.

Respecto al alcance de la Convención, ésta establece derechos y obligaciones para los países de origen, tránsito y destino o empleo. Por todo ello, nos encontramos ante un verdadero tratado de derechos humanos, en el mismo orden que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto a la sistemática de la Convención:

(13) Resolución 45/158.

(14) El último hasta el momento ha sido Nicaragua, el pasado 1 de febrero de 2006. *Vid.* el sitio web de las Naciones Unidas en www.untreaty.un.org para conocer el estado actual del proceso de ratificación de la Convención. Índice de ratificación obtenido en octubre de 2006.

(15) Sin embargo, los 25 Estados Miembros de la Unión sí que han ratificado los otros seis tratados principales de derechos humanos.

(16) *Vid.* BONET PÉREZ, J., «La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares», en GÓMEZ ISA, F. (dir.) y PUREZA, J. M. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, 2004, pp. 309-349.

(17) En esta lína de pensamiento, algunos estados ratifican los convenios sin desarrollar posteriormente su aplicación efectiva, mientras que otros desarrollan sus sistemas normativos internos inconexamente a su ratificación.

• La PARTE I abarca el alcance y definiciones (art. 2), prohibiendo todo tipo de discriminación a los migrantes laborales, con independencia de su situación jurídica (18).

• La PARTE II asume el compromiso de garantizar que todos los Estados partes respetarán y asegurarán a todos los trabajadores, y sus familiares, que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción (art. 7)

• La PARTE III reconoce expresamente como derechos humanos, *inter alia*, la prohibición de la esclavitud o la realización de trabajos forzosos.

• La PARTE IV lleva por título «otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación irregular», y señala el artículo 36 que tales derechos se añaden a los previamente enunciados en la Parte III; entre ellos destacamos, libertad de movimiento en el territorio del estado de empleo, creación de sindicatos, accesos a servicios de orientación profesional y colocación, etc.

Por otro lado, se ha dicho que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares supone una reiteración de los derechos ya recogidos en otros textos internacionales. Efectivamente, el texto de la Convención es a veces idéntico al contenido de otros instrumentos, exceptuando la sustitución del término "personas" o "individuos" por "trabajadores migratorios y sus familiares". No obstante, la Convención aporta mejoras y garantías suplementarias en materia de derechos individuales. Dado que al ser de carácter general, la mayoría de los instrumentos mencionados no abordan ciertas situaciones concretas en las que los derechos humanos de los migrantes quedan desprotegidos. Por tanto, la Convención ha abierto un nuevo capítulo en la historia de la labor emprendida para establecer los derechos de los trabajadores migratorios y garantizar la protección y el respeto de esos derechos.

La Convención es un tratado internacional de carácter global, inspirado en acuerdos jurídicamente vinculantes, en estudios de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, en conclusiones y recomendaciones de reuniones de expertos y en los debates celebrados y las resoluciones aprobadas en los órganos de las Naciones Unidas en los dos últimos decenios sobre la cuestión de los trabajadores migratorios.

(18) CAMÓS VICTORIA, I. y ROJO TORRECILLA, E., «La Convención internacional sobre la protección de los trabajadores migrantes y de sus familias», *Migraciones*, número 16, 2004, pp. 7 y ss.

Como los demás acuerdos internacionales sobre derechos humanos, la Convención establece unas normas que sirven de modelo para las leyes y los procedimientos judiciales y administrativos de los distintos Estados. Los gobiernos de los Estados que ratifican la Convención o se adhieren a ella, se comprometen a aplicar sus disposiciones adoptando las medidas necesarias. Con todo, se obligan a garantizar que los trabajadores migratorios cuyos derechos hayan sido violados puedan presentar un recurso judicial.

Por todo ello, podemos decir que el objetivo cardinal de la Convención es la incorporación de un estándar mínimo de derechos que sean respetados y garantizados por los Estados parte a todos los trabajadores migrantes y sus familias que estén bajo su jurisdicción, aun en el supuesto de que éstos residan y trabajen en el Estado de acogida de forma irregular.

V.- REFLEXIONES FINALES

En primer lugar, abogamos por un necesario reforzamiento de la acción normativa de la OIT, incluyendo instrumentos de *dura lex*, que ayude en la regulación de la «gobernanza social» en el actual contexto de globalización económica.

Por otro lado, es importante señalar que con base en la CITM (19) se creó un Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, órgano encargado de revisar el cumplimiento del tratado por los Estados Parte (20). Desde nuestro punto de vista, y aun siendo consciente de las limitaciones temporales (21) para observar la aplicación de la Convención, este Comité no está

(19) Parte VII de la Convención (Arts. 72-78).

(20) En la actualidad está compuesto por diez expertos independientes, provenientes tanto de estados de emigración u origen como de inmigración o destino. Sin embargo, en el momento en que se alcance las cuarenta y una ratificaciones a la Convención, el número de miembros del Comité se elevará a catorce.

(21) La convención entró en vigor, tras la preceptiva ratificación de 20 estados, trece años después de haber sido adoptada, el 1 de julio de 2003.

actuando a la altura de los acontecimientos dado que muchos estados áun no han reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de Estados Parte y de los nacionales de los mismos. Además, los informes periódicos - anuales y quinquenales - de los Estados parte (22) deben asumir un papel más relevante, y no entregarse tardía y parcialmente, si no se quiere restar credibilidad y mitificar la ya interesadamente controvertida Convención.

Desde otra perspectiva, las ONG´s en general, y la sociedad civil mundial, y europea en particular, deben redoblar esfuerzos en la vigilancia de la aplicación de la convención, fundamentalmente a través del Comité de denuncias individuales en él previsto. Sin embargo, sí que debemos reconocer el destacado papel que han jugado la Plataforma Internacional de ONG´s (23) y la Plataforma Europea de ONG´s (24), en sus respectivas campañas para la ratificación de la convención.

Además, instituciones comunitarias como el Parlamento Europeo (25) y el Comité Económico y Social, y organizaciones internacionales como la UNESCO, han instado a superar ampliamente el actual umbral de ratificaciones (26) y a vencer el oscurantismo y los recelos sobre este importante tratado de derechos humanos.

En esta línea, y al mismo tiempo que se denuncian los hechos ante los tribunales nacionales, se pueden trasladar esas alegaciones ante el sistema de relatores especiales y grupos de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (27).

También se debe tener en cuenta que, en el marco de la OIT, el Comité de Libertad Sindical puede recibir quejas de su competencia. Lo mismo

(22) Derivados de la obligación asumida de implementación nacional de los derechos recogidos en la convención.

(23) Creada en abril de 2005.

(24) Integrada en ésta última.

(25) 3 de Mayo de 2005, FINAL A6-0136/2005. Amén, de la primigenia Resolución de 15 de enero de 2004, sobre la ratificación universal por parte de todos los Estados miembros de la citada convención; ésta última resolución ha sido reiterada posteriormente en las de fecha 24 de febrero y 9 de junio de 2005, y últimamente, el pasado 6 de julio de 2006.

(26) Que aunque pueda parecer irrisorio, abarca ya algo más del quince por ciento de los Estados miembros de las Naciones Unidas.

(27) VILLÁN DURÁN, C., «Los derechos humanos y la inmigración en el marco de las Naciones Unidas», en *Memorias del Seminario Internacional los Derechos humanos de los migrantes*, Secretaría mexicana de relaciones exteriores, 2005, pp. 53 a 104.

ocurre, en el ámbito del Consejo de Europa, con el Comisario Europeo para los Derechos Humanos, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia y el Comité Asesor del Convenio para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa.

Adicionalmente, y una vez agotados los recursos internos sin éxito, se debe recurrir ante los procedimientos judiciales y cuasi judiciales internacionales de protección, tanto a nivel del Consejo de Europa como de las Naciones Unidas.. Estos órganos internacionales pueden recibir, respectivamente, demandas o quejas individuales por violación de alguno de los derechos consagrados en el respectivo tratado ratificado por España. Constatada la violación, tales órganos internacionales establecerán las medidas que el Estado deberá adoptar para reparar debidamente a la víctima.

El campo de aplicación material del principio de no discriminación respecto del extranjero – con papeles o sin ellos – se ampliaría considerablemente si España ratificara la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Se trata de una recomendación unánimemente formulada por los órganos de expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas, tanto convencionales como extra convencionales. Adicionalmente, la integración real del extranjero en España se facilitaría con la ratificación del Convenio num. 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes de 1975; y la Convención Europea de 1992 sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local (28).

Por otro lado, la CITM es un elemento indispensable para la construcción del nuevo orden mundial, ya que puede contribuir a brindar seguridad, orden y predicibilidad al fenómeno migratorio, de ahí la importancia que tiene ratificarla. Además, la armonización de ésta con las políticas públicas nacionales puede permitir a los gobiernos ofrecer respuestas en materia migratoria que sean acordes con los estándares internacionales de protección y, al mismo tiempo, fortalecer el Estado de Derecho. No obstante, debe tenerse en cuenta también que la Convención no es la panacea

(28) En este sentido, la CITM no otorga el derecho civil de participación en las elecciones nacionales del estado de destino, aunque sí fomenta el acceso a este derecho-deber a nivel local.

que permitirá solucionar todos los problemas de los migrantes, puesto que como elemento internacional de *soft law* no puede garantizar *per se* el respeto de sus derechos humanos, especialmente si no es difundida y conocida por los trabajadores migrantes y efectivamente implementada y aplicada por los diferentes estados, incluyendo en sus acciones y políticas nacionales el respeto efectivo de los derechos humanos de los migrantes.

Poniendo el punto y final a estas líneas, en estos momentos nos enfrentamos a tres retos fundamentales: el primero es intentar eliminar los obstáculos y el oscurantismo que aún dificultan la ratificación de la convención y romper, de esta manera, con el *self service* normativo autorizado por el sistema de ratificaciones; segundo, transponer y promover los derechos establecidos en la CITM; y por último, tercero, y lo más complicado, lograr la aplicación efectiva de la misma. La conjunción de estos tres desafíos y oportunidades, hará lucir todo el potencial de la Convención para alcanzar un avance decidido en materia de derechos humanos de este colectivo especialmente vulnerable, los migrantes (29).

Pese a ello, percibo una importante resistencia a ratificar la CITM. Digamos que la convención está *apresada* por la frustación y las paradojas liberales que en los países del primer mundo existe y que parecen enmarcar las respuestas de los países económicamente avanzados ante los fenómenos migratorios contemporáneos, flujos estructuralmente asociados a una globalización fuertemente influida, precisamente, por esos mismos países.

Debemos subrayar, por último, que la Convención no crea nuevos derechos, sólo busca el aseguramiento de los derechos humanos de este colectivo especialmente vulnerable. En esta línea, su ratificación supondría un simple gesto de necesaria voluntad política. Sin duda, sabemos que la ultraderecha europea se opondrá a ello, pero ante la realidad manifiesta de las migraciones laborales, no podemos cerrar los ojos o volver la espalda a la realidad que vivimos.

A modo de conclusión, ante los desafíos que enfrenta la Convención, no se trata de abdicar; por el contrario, los Estados deben reafirmar su

(29) VILLÁN DURÁN, C., «Los derechos humanos y... *op. cit.*

credo democrático en un sistema internacional basado en derechos (30). El *Estado migratorio* del futuro debe crear un contexto normativo en el cual los migrantes puedan tener un conocimiento fundado del mismo, para valorar sus estrategias vitales de desarrollo personal y colectivo. Pero dado que hoy, más que nunca, la seguridad y estabilidad internacional dependen también de la capacidad de los Estados para manejar la migración, ha llegado la hora, sin duda, del compromiso de que estos cooperen en la ratificación e implementación de un orden público migratorio internacional que incluya el componente del respeto efectivo de los derechos de los trabajadores migrantes.

(30) Mientras que 179 Estados han ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 192 Estados la Convención sobre los Derechos del Niño – adoptada tan sólo un año antes –, hasta el momento de la redacción de estas líneas sólo lo han hecho 34 respecto a la CITM. Así las cosas, y dado que nada menos que 160 países no han ratificado aún el tratado, sólo nos cabe resaltar que dado el importante calado del mismo, se hace imperiosamente necesario un nivel ratificatorio, al menos, igual al de las citadas convenciones respecto de otros colectivos especialmente vulnerables.

LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA, EL COMERCIO Y EL DESARROLLO

Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA *
Asociada del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

I- ANTECEDENTES GENERALES.

1. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS CENTRO-AMERICANOS (ODECA).

2. PROCESO DE ESQUIPULAS.

II- EL SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA).

III- INSTRUMENTOS DEL SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA.

IV- LA CENTROAMÉRICA DE HOY.

V- CONCLUSIÓN.

---

* Abogada y notaria de El Salvador. Profesora de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado. Directora General de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador.

Abstract: The background process of the Central American Integration is the Federal Republic of Central America (1821 – 1838). In October 1951 the "Chart of the Central American States Organization" (ODECA, acronym in Spanish) was created. With this, it was necessary, beside this political relation, a economical relation in order to obtain a Central American Common Market, in order also to integrate their economies step by step and progressively, which lead to the creation of the "General Treaty of Central American Economical Integration" signed on December 1960, being necessary to adequate the political integration to the economical one. Hence, in December 1962, the ODECA Chart was modified to make it a more efficient instrument, converting the States in a Political-Economical Community.

Due to the crisis between some of the States, the Organization weakened itself, paralyzing the integrating process at the end of the 1970's, where a series of internal conflicts appeared, making necessary the pacifying of the region. For this, were created the processes of "Contadora and Esquipulas", which sought a negotiated escape to the regional crises; and also sought to constitute a procedure to establish "the firm and lasting peace in Central America". This is how the "Process of Esquipulas" marked the political history of the region, initiating the pacifying, the democratization and the consolidation of a State of Right. It was then necessary to restructure, strengthen and reactivate the process of integration with a modern institutionalism that reflected this new phase of the Central American integration as an "Economical, Political and Social Community". This way, on the 13th December 1991 it was signed the "Tegucigalpa Protocol to the Chart of the Central American Organization (ODECA)", which created the "System of the Central American Integration" (SICA by the acronym in Spanish) as the new legal institutional frame of the Central American integration as a Region of Peace, Liberty, Democracy and Development.

The Tegucigalpa Protocol has the reach of a regional constitution, being the Constitutive Treaty, frame of the Central American integration and the instrument with the highest hierarchy; having as a fundamental base, the guardianship, respect and the promotion of human rights and which counts with an innovating "Model of Regional Democratic Security", strictly related to the development of the human being.

The SICA is formed by the following Organs: The Presidents Gathering; the Ministers' Counsel; the Executive Committee and the General Secretary. Are part of the SICA: the Vice-Presidents Gathering; the Advisory Counsel, which is where the Civil Society participates and is integrated by the main representative forces of the academic, business, labor and cultural groups; the Central American Parliament, which is the first Organ to be born in the new process of integration in October 1987 to work as a deliberation forum to analyze the political, economical, social and cultural matters of common interest; the Central American Court of Justice, which is the main and permanent judicial Organ of the SICA, which guarantees the respect of the rights in the interpretation and execution of the Tegucigalpa Protocol and its complementary or subsidiary Instruments.

I- ANTECEDENTES GENERALES

La región Centroamericana nace a la vida independiente el 15 de septiembre de 1821 y luego se constituye una República Federal de 1821 a 1838, compuesta por cinco Estados: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, el territorio donde se asentaba lo comprendía el antiguo Reino de Guatemala. El 22 de noviembre de 1824, se promulgó la Constitución de la República Federal de Centroamérica y el Gobierno de la República Federal se componía de tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, habiendo por lo tanto en los orígenes de esta región una verdadera integración política, luego vinieron intereses separatistas de algunos Estados lo que produjo la disolución efectiva de la Federación en 1838, durante el Siglo XIX hubieron muchos intentos unionistas de volver a la Federación, pero no pudieron consolidarse, igual suerte corrieron muchos intentos que surgieron a inicios del Siglo XX.

1. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS CENTROAMERICANOS (ODECA)

La iniciativa centroamericana de encontrar una fórmula práctica de organización en el Siglo XX, partió del Ministro de Relaciones Exteriores de El Salvador, Don Roberto Canessa, quien convocó a una reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de Centroamérica, la que se inauguró solemnemente en San Salvador, el 8 de octubre de 1951, en dicha sesión los señores Ministros manifestaron: "No se podrá obtener de esta primera Conferencia de Cancilleres una solución completa sobre un determinado problema, para ello necesitamos la creación de un *Organismo* que se encargue permanentemente de buscar soluciones adecuadas, es la única solución práctica para todos aquellos que tenemos la última decisión de llegar a la unión de nuestros Estados por medio del progreso y la cooperación pacífica entre ellos" (1). Es así como esta reunión dio nacimiento el 14 de octubre de 1951 a la *"Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA)"*, conocida como *"Carta de San Salvador"*, suscrita por Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, fijando la nueva Organización como sede la ciudad de San Salvador.

La institucionalidad en la Organización de los Estados Centroamericanos se desarrolló de la forma siguiente: La *Reunión de Presidentes*, que es el Órgano Supremo de la Organización integrado por los cinco Presidentes de las Repúblicas Centroamericanas; la *Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores*, que es el Órgano principal de la Organización; la *Reunión Eventual de Ministros* de otro Ramo, que se convoca por interés de alguno de los Estados Miembros; la *Oficina Centroamericana*, que es la Secretaría General de la Organización y que tiene su sede en la capital de la República de El Salvador, estando al frente de ella un Secretario General elegido por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores y el ***Consejo Económico***, cuyas funciones son señaladas por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores. (2) El único órgano permanente de la Carta de San Salvador (ODECA), lo constituyó la Oficina Centroamericana, por lo que su evolución no marchó con la celeridad

(1) Alberto Herrarte: *La Unión de Centroamérica*, Guatemala, 1964.
(2) Carta de San Salvador de 1951.

deseada, no obstante, que todas las esperanzas estaban volcadas en ella a fin de fortalecer las relaciones centroamericanas que llevarían hacia la Unión.

En este mismo período, al mismo tiempo que se buscaba mayor vinculación política mediante la creación de la ODECA, también se procuraba una mayor vinculación económica y es así como durante en el IV Período de Sesiones de la Comisión Económica para la América Latina (CEPAL) efectuado en 1951, se acordó a solicitud de los gobiernos centroamericanos la formación de un Comité de Cooperación Económica del Istmo Centroamericano, en vista de los vínculos geográficos e históricos que unen a Centroamérica. Este Comité se reunió por primera vez en Tegucigalpa, Honduras, del 23 al 28 de agosto de 1952 iniciando de esta manera el proceso de integración económica centroamericana con el objeto de alcanzar un verdadero mercado común centroamericano, en dicha reunión se estableció la necesidad de integrar las economías de Centroamérica y para lograr la misma, ésta debería darse en forma gradual y progresiva, esto nos lleva a la creación del *"Tratado General de Integración Económica Centroamericana"*, suscrito el 13 de diciembre de 1960, en Managua, Nicaragua, el que crea el Consejo Económico Centroamericano integrado por los Ministros de Economía de cada uno de los Estados Miembros; la Secretaría Permanente de Integración Económica Centroamericana (SIECA) con sede en Guatemala y el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), con sede en Tegucigalpa, Honduras. Dicho Tratado estableció las bases para llegar a un Mercado Común Centroamericano en un plazo de cinco años a partir de la vigencia del Convenio.

Asimismo, se estipuló "que los organismos creados por el mismo entrarán a formar parte de la Organización de Estados Centroamericanos, mediando un Convenio de vinculación y de reestructuración de la ODECA, que permita a los Organismos creados por este Tratado conservar todas las modalidades de que han sido dotados en su estructura y funcionamiento" (3). Otra disposición importante del Tratado, fue la de establecer en un plazo de cinco años, la unión aduanera. Por esta velocidad que llevaba la integración económica, hubo necesidad de adecuar la integración política, ya que una integración económica para que pueda

(3) Tratado General de Integración Económica Centroamericana, 1960.

ser perdurable, debe ir de la mano de cierto grado de integración política, debido a que la sola integración económica sin la perspectiva de una unidad política puede llevar a una carrera competitiva de desastrosas consecuencias para los Estados Asociados.

En este sentido, es que el 12 de diciembre de 1962, en la ciudad de Panamá, República de Panamá, los gobiernos de Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala deciden *sustituir* la Carta suscrita el 14 de octubre de 1951 "Carta de San Salvador" por la "Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos", conocida posteriormente como "Carta de Panamá", no obstante, que el artículo 30 de la misma disponía que el Convenio conservara el nombre de "Carta de San Salvador", estableciendo: "Que es necesario dotar a los cinco Estados de un instrumento más eficaz, estableciendo órganos que aseguren su progreso económico y social, eliminen las barreras que los dividen, mejoren en forma constante las condiciones de vida de sus pueblos, garanticen la estabilidad y la expansión de la industria y confirmen la solidaridad centroamericana". En dicha Carta se determina que Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala son una *Comunidad Económico-Política* que aspira a la integración de Centroamérica. Esta Carta quedó abierta a la República de Panamá para que, en cualquier tiempo, pueda adherirse a la misma y formar parte de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA).

En estas nuevas circunstancias, el comercio intrazonal centroamericano había experimentado un constante crecimiento debido al mercado común, sin embargo, a partir de 1969 la crisis entre El Salvador y Honduras debilitó estas organizaciones provocando problemas serios y una virtual paralización del proceso integrador, para salir del impasse se creó el Comité de Alto Nivel (CAN) formado por representantes de los cinco países a nivel ministerial y el 23 de marzo de 1976 presentó el Proyecto de "Tratado de la Comunidad Económica y Social Centroamericana", por el cual la integración debería realizarse en un plazo de veinticinco años, en forma gradual y progresiva, teniendo como etapas intermedias el llegar a una unión aduanera, una unión monetaria, la libre circulación de trabajo y de prestación de servicios, una armonización tributaria, una política económica exterior común, entre otras.

En la práctica existían dos procesos, uno político bajo la coordinación de la ODECA, con sede en San Salvador, y otro económico diseñado en el Tratado General de Integración Económica, con sede en Guatemala, que llevaba una mayor velocidad, lo que provocó que el proceso de integración económica avanzara en la región, no sucediendo lo mismo con el proceso político de unificación que llegó a paralizarse.

2. PROCESO DE ESQUIPULAS

Posteriormente, a finales de la década de 1970 en varios Estados de Centroamérica se dan una serie de conflictos internos, lo que provoca la necesidad de pacificar la región, lo que es posible a través de la ayuda internacional y de la voluntad política de los Estados Centroamericanos. Es en este marco que nace el *"Proceso de Contadora"* y el *"Proceso de Esquipulas"*, cuando a partir de 1980 Centroamérica experimenta cambios profundos, sin precedentes y atraviesa por uno de los procesos políticos, sociales y económicos de mayor intensidad en toda su historia.

Es precisamente en esta época que se desarrolla el proceso de pacificación y democratización en Centroamérica, que se inicia prácticamente en 1986, con el "Proceso de Esquipulas" que recogió todo el producto de un intenso periodo de negociaciones auspiciado por el "Grupo de Contadora" integrado por México, Venezuela, Colombia y Panamá, al cual se le une su "Grupo de Apoyo" constituido por Perú, Argentina, Brasil y Uruguay en la búsqueda de una salida negociada a la crisis regional, contando con el respaldo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el que quedó plasmado en el *"Proyecto de Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica"*.

Es por esta razón, que en la *"Declaración de Esquipulas I"* de 25 de mayo de 1986, se reconoció que la paz en Centroamérica "sólo puede ser fruto de un auténtico proceso democrático, pluralista y participativo que implique la promoción de la justicia social, el respeto a los derechos humanos y la autodeterminación centroamericana, la soberanía e integridad territorial entre los Estados y el derecho de todas las Naciones a determinarse libremente y sin injerencias externas de ninguna clase, su mode-

lo económico político y social, entendiéndose esta determinación como el producto de la voluntad libremente expresada por pueblos" (4). Este compromiso se ratificó el 6 y 8 de agosto de 1987, en el procedimiento para establecer la *"Paz Firme y Duradera en Centroamérica"* donde fue reiterado el compromiso de la democratización de los gobiernos y que recoge las recomendaciones del Grupo de Contadora, de Esquipulas I y se fundamenta además en los propósitos y principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Es así como el *"Proceso de Esquipulas"* marcó en esta época, la historia política de Centroamérica, por cuanto permitió la pacificación regional y propició una nueva etapa hacia la democratización y el afianzamiento del Estado de Derecho, sentando la premisa que la democracia es inseparable del desarrollo, de la paz y de la libertad. Es en este proceso, que los centroamericanos convenimos en un nuevo modelo de *"Seguridad Democrática Común"*, basado en el respeto y la promoción de los derechos humanos, las garantías básicas de un Estado de Derecho, la seguridad de las personas y sus bienes, la reducción de armamentos y efectivos militares y la búsqueda de un desarrollo social con equidad.

Para la puesta en marcha de todos los compromisos asumidos en este Proceso de Esquipulas, los Presidentes de Centroamérica crearon la "Comisión Ejecutiva" integrada por los señores Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Centroamericanos, que tenía como función principal la verificación, control y seguimiento de todos los compromisos contenidos en este proceso. Es en este ambiente de identidad y solidaridad regional, que se concibió la idea de crear una *"Comunidad del Istmo Centroamericano"* en la cual todos debemos participar, de forma que avancemos con una convicción ampliamente compartida de la necesidad de una Centroamérica unida, con una participación plena de la población en los esfuerzos y beneficios de ese desarrollo (5).

Es así, como en la "Declaración de Antigua", República de Guatemala de 15, 16 y 17 de junio de 1990, los Señores Presidentes de Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y con la presencia del señor Presidente de Panamá expresaron: "Que para crear una Comunidad

(4) Declaración de Esquipulas I, Guatemala, 1986.
(5) *El libro de Centroamérica (un Instrumento Cívico de los Pueblos)*. Educa 1996.

Económica del Istmo Centroamericano, todos debemos participar, que nadie se quede atrás, por ello instamos a los diferentes grupos privados, asociaciones, cooperativas y organizaciones gremiales, sindicales, religiosas, culturales y de desarrollo, a los medios de comunicación y a toda nuestra población, para que a todos sus niveles, se sumen creativa y conjuntamente en sus respectivos campos de competencia y actuación a estos esfuerzos" y en esa misma Declaración en su numeral 26 acordaron: "Reestructurar, fortalecer y reactivar el proceso de integración, así como los organismos regionales centroamericanos, adecuando o rediseñando su marco jurídico e institucional para imprimirles renovado dinamismo y facilitar su readaptación a las nuevas estrategias de apertura externa y modernización productiva que emprenden los países centroamericanos, aspirando a la conformación y consolidación de la Comunidad Económica del Istmo Centroamericano" (6).

Tomando en cuenta lo anterior, es que en la "Declaración de San Salvador" de junio de 1991, los señores Presidentes de Centroamérica instruyeron a la Comisión Ejecutiva, para que en un plazo de 6 meses actualizaran el marco jurídico de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), readecuándolo a la realidad y necesidades actuales, para alcanzar efectivamente la integración centroamericana (7).

Es bajo este mandato y con la necesidad de contar con nuevos y modernos instrumentos jurídicos que reflejarán la nueva etapa de la integración centroamericana como una "Comunidad Económica, Política y Social", que la Comisión Ejecutiva decide actualizar la *"Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)"*, suscrita en San Salvador, el 14 de octubre de 1951 y reformada el 12 de diciembre de 1962 en Panamá, por medio del "Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)", que fue suscrito por los señores Presidentes Centroamericanos el 13 de diciembre de 1991 y que crea el *"Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)"* como el nuevo marco jurídico institucional de la integración Centroamericana, el cual fue anunciado en la *"Declaración de Tegucigalpa"* de 12 y 13 de diciembre de 1991, la que en su numeral 4. acordó: "celebrar el acontecimiento trascendental, en las relaciones de los

(6) Declaración de Antigua de 15, 16 y 17 de junio de 1990.
(7) Declaración de San Salvador, de junio de 1991.

Estados Centroamericanos, al haber firmado, en esta ciudad, el Protocolo de Reforma de la Carta de la ODECA constituyendo el *"Sistema de la Integración Centroamericana"* que enmarca toda la estructura orgánica de la región para realizar la integración en todos sus ámbitos, asegurando el seguimiento de las decisiones de la Reunión de Presidentes y coordinando la ejecución de las mismas en la perspectiva de la realización de Centroamérica como Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo" (8).

II- EL SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA)

La creación del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), representa la consagración de la visión más pragmática y futurista de los estadistas centroamericanos, en la óptica de lograr la integración y el desarrollo, como resultado de los esfuerzos de una democracia participativa regional, cuyos frutos estén al servicio y utilidad del hombre y la mujer centroamericana, proyectándose como la nueva Organización Regional diseñada para responder a las necesidades actuales del desarrollo (9). En esta coyuntura, se hace necesario contar con un moderno marco jurídico institucional para el proceso de integración Centroamericana, que recoja los principios y los compromisos fundamentales asumidos durante todo el "Proceso de Esquipulas", con el objeto de llevar a Centroamérica hacia un modelo de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo; iniciándose prácticamente el proceso de integración en esta nueva etapa, a través de la integración política.

Es precisamente en el *"Protocolo de Tegucigalpa"*, donde se reafirma que la razón de ser del nuevo proceso de integración regional es la promoción de la persona humana y que así como la democracia es inseparable para el desarrollo, asimismo el desarrollo económico es inseparable del desarrollo social, cultural, político y ecológico y que para lograrlo es necesario la participación de todos los sectores sociales. El *Protocolo de*

(8) Declaración de Tegucigalpa, de 12 y 13 de diciembre de 1991.
(9) Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) Comisión Preparatoria, 1993.

Tegucigalpa, es el molde que dio forma jurídica a la nueva Centroamérica al recoger las experiencias, principios, objetivos y anhelos contraídos por los Presidentes Centroamericanos durante el "Proceso de Esquipulas".

El *"Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)"*, es la expresión de la transformación que se opera en Centroamérica desde 1991, y es la estructura jurídica e institucional del nuevo proceso de integración. El "Protocolo de Tegucigalpa", tiene el alcance de una Constitución regional, siendo el Tratado Constitutivo Marco de la Integración Centroamericana, el instrumento de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana, de la naturaleza que sea anterior o posterior al mismo. En su artículo 1 se establece que: "Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, son una Comunidad Económica-Política que aspira a la integración de Centroamérica". Centroamérica ha optado desde el 13 de diciembre de 1991, por un eje estratégico de desarrollo integral en lo económico, social, cultural, político y ecológico y que tiene como base fundamental la tutela, respeto y promoción de los derechos humanos y que cuenta con un innovador "Modelo de Seguridad Democrática Regional" que crea las condiciones apropiadas para que los habitantes de la región puedan participar y beneficiarse equitativamente de este desarrollo.

El "Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)", actualmente está integrado por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Belice; la República Dominicana participa como Estado Asociado al Sistema. Su diseño tomó en cuenta las experiencias del pasado en materia de integración económica, así como las lecciones dejadas por las crisis políticas y los conflictos bélicos, felizmente superados en nuestros países, lo que ha contribuido a convertir a Centroamérica en una región más abierta, más ordenada, más democrática y más global, al abarcar los aspectos económicos, sociales, culturales, políticos, ecológicos y al promover el desarrollo integral en forma armónica y equilibrada. La creación y entrada en vigencia del *"Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)"*, a través del Protocolo de Tegucigalpa, confirma el fortalecimiento de las instituciones democráticas en la región, así como el concretar el nuevo "Modelo de Seguridad Regional" de connotaciones profundamente humanistas, ya que está estrictamente vinculado al desarrollo de la persona humana.

El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), es la estructura jurídica e institucional del nuevo proceso de integración centroamericana y el "Protocolo de Tegucigalpa" que lo instituye, es el instrumento de mayor jerarquía del Sistema pues todos los demás instrumentos, tratados, acuerdos o decisiones regionales están supeditadas al mismo. Para la realización de sus fines, propósitos y principios, el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) cuenta con los siguientes Órganos: (10) a) *La Reunión de Presidentes*, se integra por los Presidentes Constitucionales y Jefes de Gobierno de los Estados Miembros; b) El *Consejo de Ministros*; c) El *Comité Ejecutivo*; d) La *Secretaría General*.

Forman parte del Sistema de la Integración Centroamericana.

La *Reunión de Vicepresidentes* y Designados a la Presidencia de la República, como órgano de Asesoría y Consulta.

El *Comité Consultivo* que está integrado por los Sectores Empresariales, laboral, académico y otras principales fuerzas vivas del Istmo Centroamericano representativos de los sectores académicos, sociales y culturales, comprometidos con el esfuerzo de integración de la región.

El *Parlamento Centroamericano;* que es el primer Órgano que nace en el nuevo proceso de la Integración Centroamericana, el 6 de octubre de 1987 en la ciudad de Guatemala, República de Guatemala en donde se suscribe el "Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas", en el cual en su artículo 1 se establece: "Que el Parlamento Centroamericano es un Órgano de planteamiento, análisis y recomendación sobre asuntos políticos, económicos, sociales y culturales de interés común, con el fin de lograr una convivencia pacífica dentro de un marco de seguridad y bienestar social, que se fundamente en la democracia representativa y participativa, en el pluralismo y en el respeto a las legislaciones nacionales y al derecho internacional" (11).

La *Corte Centroamericana de Justicia,* es el órgano judicial principal y permanente del Sistema de la Integración Centroamericana, que garantiza el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa y sus Instrumentos Complementarios o Derivados del

(10) Artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa.

(11) Artículo 1 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas.

mismo, cuya jurisdicción y competencias regionales son de carácter obligatorio para los Estados Miembros siendo además el Órgano Contralor de la legalidad del Sistema. La integración, funcionamiento y atribuciones de esta Corte están regulados en su Convenio de Estatuto, de 10 de diciembre de 1992. La Corte Centroamericana de Justicia, constituye un "Poder jurisdiccional" para los países Centroamericanos. Y tiene como principal antecedente, la Corte de Justicia Centroamericana creada por los "Pactos de Washington de 1907" que constituyeron la culminación de los esfuerzos pacifistas en la región Centroamericana, luego de un período de frecuentes guerras entre sus Estados. La Corte inició sus funciones en mayo de 1908, en la ciudad de Cartago, Costa Rica.

La importancia de esta Corte no solamente para la región Centroamericana sino también para la Comunidad Internacional, es el haberse constituido en el primer Tribunal de Justicia Internacional con jurisdicción obligatoria y permanente de la historia moderna y que consagró por primera vez el acceso de los particulares a las Cortes Internacionales (Jus Standi de los particulares), estableciéndose de esta manera una de las conquistas más importantes en el Derecho Internacional, derecho que también es regulado en la actual Corte Centroamericana de Justicia con sede en Managua, Nicaragua.

La Corte Centroamericana de Justicia fue establecida en el artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa y su Convenio de Estatuto fue suscrito, en la "XIII Cumbre de Presidentes Centroamericanos" celebrada en Panamá, República de Panamá, el 10 de diciembre de 1992, e inicia sus funciones el 12 de octubre de 1994. La Corte Centroamericana de Justicia conforme a su Estatuto, es el Órgano Judicial Principal y permanente del Sistema de la Integración Centroamericana, cuya jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio para los Estados, constituye además un Órgano Supranacional que permitirá resolver los problemas propios del Sistema en forma pacífica y civilizada y con jurisdicción privativa para los Estados del Istmo.

La Corte tiene competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, Órganos y Organizaciones que formen parte o participen en el Sistema de la

Integración Centroamericana y para sujetos de derecho privado (12). La Corte tiene su sede en Managua, República de Nicaragua, donde funciona permanentemente pero podrá celebrar sesiones en cualquiera de los Estados Miembros si así lo acuerda.

De esta manera, el *"Protocolo de Tegucigalpa"* crea la nueva visión de Centroamérica como una región de "Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo". El SICA es una región de Paz, porque actualmente las diferencias se resuelven por los medios de solución pacífica de los conflictos; de *Democracia* porque priva la participación ciudadana y el respeto a la voluntad popular, expresada en elecciones libres y periódicas; de *Libertad* ya que aspira a consolidar todas las libertades de la integración, esto es, libre movilidad de personas, bienes, servicios y capital; de *Desarrollo* basada en un esquema político, económico y social, equilibrado e interdependiente, centrado en el ser humano y capaz de generar un mejoramiento de la calidad de vida, sin deteriorar el medio ambiente.

Bajo este nuevo esquema, la Centroamérica de Hoy en día, cuenta con reuniones periódicas de Presidentes Centroamericanos y Jefes de Gobierno, instituidas en sus "Reuniones Cumbres"; con reuniones de Consejos de Ministros; con un Parlamento Centroamericano; con una Corte Centroamericana de Justicia, con una Secretaría General Comunitaria y con una Sociedad Civil Organizada. Esto ha facilitado para que Centroamérica se presente con una sola voz ante los Foros y Organismos Internacionales, es en este sentido, que el 12 de octubre de 1995, la Organización de las Naciones Unidas le concedió al Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) el status de Observador en la ONU (13) con lo cual Centroamérica, como región, ha logrado el reconocimiento universal como nuevo actor en la escena internacional.

III. INSTRUMENTOS DEL SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA

Siendo el "Protocolo de Tegucigalpa"el Tratado Constitutivo Marco del Sistema de la Integración Centroamericana y el Instrumento de

(12) Artículo 3 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.
(13) Informe del Secretario General A/50/499, octubre de 1995.

mayor jerarquía en el mismo, con el alcance de una constitución regional, es la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana, de la naturaleza que sea anterior o posterior al mismo. En ese sentido, todos los Instrumentos Complementarios o Derivados de dicho Protocolo tienen que ser acordes con sus propósitos y principios.

Entre los Instrumentos Complementarios o Derivados más importantes y posteriores al "Protocolo de Tegucigalpa" tenemos:

a) El Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, suscrito en Panamá, durante la "Cumbre de Presidentes" el 10 de diciembre de 1992, al que ya se ha hecho referencia y que tiene como objetivo garantizar el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa, así como de sus Instrumentos Complementarios y Derivados.

b) El Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana de 1960, conocido como "Protocolo de Guatemala", porque fue suscrito en la Cumbre de Presidentes de Guatemala, el 29 de octubre de 1993, por el que se establece el Subsistema de Integración Económica Centroamericana en el marco del SICA, por el cual los Estados Partes del mismo se comprometen a alcanzar de manera voluntaria, gradual, complementaria y progresiva la Unión Económica Centroamericana. Para la consecución de este objetivo básico, los Estados de la región se han comprometido a alcanzar el desarrollo económico, social, equitativo y sostenible de sus países, que se traduzca en bienestar de sus pueblos y crecimiento de todos los Estados Miembros, mediante un proceso que permita la transformación y modernización de las estructuras productivas, eleve la competitividad y logre la inserción eficiente y dinámica de Centroamérica en la economía internacional.

El proceso de integración económica se impulsa mediante la coordinación, armonización y convergencia de las políticas económicas, negociaciones comerciales extra regionales, infraestructura y servicios, con el fin de lograr la concreción de las diferentes etapas de la integración. El proceso de integración económica se regula por el "Protocolo de Guatemala", en el marco del ordenamiento jurídico e institucional del SICA, el que es desarrollado mediante instrumentos complementarios o derivados (14).

(14) Artículo 1 Protocolo de Guatemala, de 29 de octubre de 1993.

El subsistema de la Integración Económica se ajustará a los principios de legalidad; consenso; gradualidad; flexibilidad; transparencia; reciprocidad; solidaridad; globalidad; simultaneidad y complementariedad. Este proceso de integración económica debe transitar por el perfeccionamiento de los siguientes estadios: la zona de Libre Comercio Centroamericana; las Relaciones Comerciales Externas; la Unión Aduanera Centroamericana; la Libre movilidad de los Factores Productivos y la Integración Monetaria Financiera Centroamericana.

c) La Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible (ALIDES), que se adopta el 12 de octubre de 1994, en Managua, Nicaragua durante la "Cumbre de Presidentes Centroamericanos", como una estrategia nacional y regional en lo político, económico, social, cultural y ambiental, teniendo entre sus objetivos específicos, el apoyo a los procesos de paz y reconciliación, la promoción de la plena vigencia de los derechos humanos, el fortalecimiento del estado de derecho y las instituciones democráticas, el combate contra la corrupción y la impunidad, el perfeccionamiento de los mecanismos de participación política y electoral, el combate de las causas que originan la violencia y la criminalidad, la reinserción de la población refugiada, desplazada y desarraigada en un entorno centroamericano, seguro y estable. La Alianza para el Desarrollo Sostenible le dio una visión más integral al "Modelo de Seguridad Democrática Regional".

Bajo esta nueva opción, de una estrategia integral de desarrollo sostenible de la región es que Centroamérica ha construido un paradigma de progreso político, económico y social, equilibrado e interdependiente, centrado en el ser humano y capaz de propiciar un mejoramiento de la calidad de vida, sin deteriorar el medio ambiente.

En este nuevo esquema es fundamental mantener interrelacionados la Integración con el Desarrollo Sostenible y darle al medio ambiente un nivel de importancia igual a los otros del Sistema, por lo que, el "Desarrollo Sostenible" constituye la estrategia política central de los Estados y de la Región Centroamericana en su conjunto.

Con este nuevo esquema de "Desarrollo Sostenible" el proceso de integración Centroamérica tiene como principios rectores los siguientes: el respeto a la vida en todas sus manifestaciones y la mejora permanente de su calidad; el respeto a la vitalidad y diversidad de nuestra tierra; el respeto a la paz y a la democracia participativa; el respeto, promoción y tutela de los derechos humanos; el respeto a la pluriculturalidad y diversidad étnica de los pueblos; el respeto a la integración económica de la región y de ésta con el resto del mundo; y, el respeto a la intergeneracional con el desarrollo sostenible.

Al convertirse a la ALIDES en una estrategia integral propia de Desarrollo Sostenible, ha llevado a Centroamérica a crear su propio concepto de "Desarrollo Sostenible" siendo éste el siguiente: "El Desarrollo Sostenible es un proceso de cambio progresivo en la calidad de vida del ser humano, que lo coloca como centro y sujeto primordial del desarrollo por medio del crecimiento económico con equidad social y la transformación de los métodos de producción y de los patrones de consumo y que se sustenta en el equilibrio ecológico y el soporte vital de la región. Este proceso implica el respeto a la diversidad étnica y cultural regional, nacional y local, así como el fortalecimiento y la plena participación ciudadana, en convivencia pacífica y en armonía con la naturaleza, sin comprometer y garantizando la calidad de vida de las generaciones futuras" (15).

d) El Tratado de la Integración Social Centroamericana, conocido como "Tratado de San Salvador", por haber sido suscrito en El Salvador, 30 de marzo de 1995, durante la "Cumbre de Presidentes", por este Tratado se constituye el Subsistema Social de la Integración Centroamericana y se fundamenta en la premisa de que el ser humano constituye el centro y sujeto primordial del desarrollo, cuyo fin es promover mayores oportunidades y una mejor calidad de vida y de trabajo a la población Centroamericana, asegurando su participación plena en los beneficios del desarrollo sostenible.

e) El Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, suscrito en San Pedro Sula, Honduras, durante la "Cumbre de Presidentes", el 15 de diciembre de 1995, por este Tratado se concretó el "Nuevo Modelo de Seguridad Regional", único, integral e indivisible, inspirado en los logros alcanzados en el intenso proceso de pacificación e integración de Centroamérica y fundamentado en el desarrollo sostenible de la región. El cual está fundamentado en un enfoque multidimensional

(15) Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible.

que cubre aspectos políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; orientando cada vez más sus recursos a la inversión social y que ofrece respuestas colectivas a las amenazas transnacionales. Este nuevo "Modelo de Seguridad Regional" en Centroamérica, basado en la democracia y en connotaciones profundamente humanistas, es lo que le permitió a Centroamérica avanzar desde una agenda para la paz hacia una agenda para el desarrollo humano y sostenible.

La Agenda de Seguridad Centroamericana está fundamentada en el "Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica" y en el funcionamiento de su "Modelo de Seguridad Regional" con un enfoque multidimensional de la Seguridad, lo que nos permite a los centroamericanos continuar avanzando regionalmente enfrentando las nuevas amenazas, retos y desafíos que se plantean a la seguridad hemisférica e internacional; consolidar la paz y la seguridad en la región, teniendo como parámetros rectores en este proceso, nuestra fe por la democracia, el desarrollo y la integración.

En este sentido, es que en la "Conferencia Especial sobre Seguridad Hemisférica" celebrada en México, el 27 y 28 de octubre de 2003, que se adopta la Declaración sobre "el Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática", en la que se destaca "las sustantivas contribuciones del Sistema de la Integración Centroamericana al esquema de Seguridad Hemisférica, así como los avances alcanzados en el desarrollo integral de su Modelo de Seguridad Democrática".

El Tratado Marco de Seguridad Democrática, viene a constituir el instrumento jurídico que permite desarrollar en forma integral todos los aspectos contenidos en el "Nuevo Modelo de Seguridad Democrática", fundamentado en la democracia y el fortalecimiento de sus Instituciones y el Estado de Derecho en la existencia de gobiernos electos por sufragio universal, libre y secreto y en el irrestricto respeto de todos los derechos humanos en los Estados que conforman la región.

Este nuevo "Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática" se sustenta en la Supremacía y el fortalecimiento del poder civil, el balance razonable de fuerzas, la seguridad de las personas y sus bienes, la superación de la pobreza, la promoción del desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente, la erradicación de la violencia, la corrupción, la impunidad, el terrorismo, la narcoactividad y el tráfico de armas.

Entre los instrumentos más importantes anteriores al "Protocolo de Tegucigalpa" y suscritos durante el Proceso de Esquipulas, tenemos:

a) El Tratado Constitutivo al Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas

Suscrito en la ciudad de Guatemala, República de Guatemala, el 6 de octubre de 1987 y al cual nos hemos referido anteriormente como el primer Instrumento que nace en el nuevo proceso de integración Centroamericana, y por el cual se constituye el "Parlamento Centroamericano" como Órgano de planteamiento, análisis y recomendación sobre asuntos políticos, económicos, sociales y culturales que se fundamentan en la democracia representativa y participativa, en el pluralismo y en el respeto a las legislaciones nacionales y al derecho internacional.

b) **El Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo**

Suscrito en San José, Costa Rica, el 12 de diciembre de 1987, durante la "Cumbre de Presidentes" de San Isidro Coronado, por medio de este Convenio, los Estados Centroamericanos establecen un régimen regional de cooperación para la utilización óptima y racional de los recursos naturales del área, el control de la contaminación y el restablecimiento del equilibrio ecológico, para garantizar una mejor calidad de vida a la población del istmo centroamericano.

Por este Convenio se crea "la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD)", encargada de la formulación de estrategias que promueven el desarrollo ambientalmente sustentable de los países de la región, que protejan su patrimonio natural, caracterizado por una alta diversidad biológica y tiene como responsabilidad esencial el propiciar la integración regional en materia de política ambiental.

IV. LA CENTROAMÉRICA DE HOY

Centroamérica ha cambiado y está equipada de un bagaje de autodeterminación histórica y futurista, cuenta con nuevos y modernos instrumentos para promover el desarrollo del istmo sobre la base de una plata-

forma jurídico-política que permite profundizar y proyectar acciones tendientes a la consecución de la democracia y desarrollo. Con la puesta en vigor del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), a través del Protocolo de Tegucigalpa la región ha demostrado su capacidad de decisión, sentando una señal de credibilidad para el futuro, fundamentada en la necesidad de la integración. La Centroamérica de hoy es diferente a la de ayer, está organizada jurídicamente como Sistema de la Integración Centroamericana, creado por su instrumento de mayor jerarquía, con alcance de constitución regional que es el "Protocolo de Tegucigalpa".

El Secretario General de la ONU en su informe de octubre de 1995 sobre la situación en Centroamérica, al referirse al Sistema de la Integración Centroamericana, expresó: "Que el SICA refleja la nueva realidad regional, a saber una Centroamérica más abierta, más ordenada y democrática" (16). La Centroamérica de Hoy como región tiene foros de cooperación con la Unión Europea, China, Japón, Corea, presentándose en todos en estos foros con una sola voz.

En la XIX Reunión Ordinaria de Presidentes Centroamericanos, celebrada el 12 de julio de 1997 en la ciudad de Panamá y acompañados esta vez por el Presidente de la República Dominicana y el Viceprimer Ministro de Belice, en calidad de observadores, entre otros, acordaron: revisar y fortalecer el proceso de integración Centroamericana, en particular la institucionalidad regional en que se sustenta, y con el fin de enfrentar con eficiencia y eficacia los desafíos de la próxima centuria y hacer de esa manera posible la inserción de Centroamérica en las corrientes mundiales de comercio y de inversión, dotándola de la capacidad necesaria para competir con éxito el nuevo orden mundial que se viene gestando y enfrentar los desafíos internacionales de la globalización.

En ese mismo año, en Managua, Nicaragua, el 2 de septiembre de 1997 bajo este nuevo esquema de integración, los Presidentes Centroamericanos decidieron ir más allá del mismo y suscribir su histórica "Declaración de Nicaragua" en la que proclamaron al mundo su voluntad de avanzar de una manera gradual y progresiva hacia "La Unión Centroamericana" como expresión superior de la Asociación Comunitaria establecida en el Protocolo de Tegucigalpa. La Unión Centroamericana permitirá que todos los sectores sociales de la región aprovechen al máximo la estratégica ubicación geográfica del área, su potencial económico, su vasta riqueza ecológica y su vigoroso y abundante recurso humano en el nuevo orden mundial.

(16) Informe del Secretario General A/50/499, octubre de 1965.

Con este nuevo esquema y de cara a este siglo, Centroamérica se presenta ante el mundo y a la globalización misma, con el objeto de insertarse con éxito al nuevo modelo económico mundial y mejorar de esta manera sus relaciones comerciales con el exterior, en este sentido, la región Centroamericana ha suscrito y ratificado Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos Mexicanos, Chile, Panamá, República Dominicana y con los Estados Unidos de América.

Recientemente y con el objeto de consolidar el proceso de integración centroamericana, durante la "XXIII Cumbre Ordinaria de Presidentes y Jefes de Gobierno del SICA", celebrada en Belice el 19 de diciembre de 2003, los mandatarios instruyeron a sus Cancilleres, evaluar y sugerir adecuaciones a las decisiones presidenciales de Panamá del 12 de julio de 1997, para que a la brevedad posible, presentaran una propuesta de reforma integral de la Institucionalidad Centroamericana. En ese mismo sentido, la Cumbre Extraordinaria de Presidentes, celebrada en la ciudad de Guatemala, el 26 de febrero de 2004, acordó conformar una Comisión Ad-hoc, que se encargará de la elaboración de una propuesta para el "Replanteamiento Integral de la Institucionalidad Centroamericana".

En la "XXIV Reunión Ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)", celebrada en la ciudad de Guatemala, el 29 de junio de 2004, en relación al acuerdo presidencial de realizar un "Replanteamiento Integral de la Institucionalidad Centroamericana", la Comisión Ad-hoc presentó el documento titulado "Elementos para un Replanteamiento Integral de la Institucionalidad Centroamericana", en el que entre otros objetivos destaca la necesidad de propiciar la participación universal y uniforme de todos los Estados del Sistema en los Tratados, Órganos y Organismos del mismo.

En tal sentido, los señores Presidentes acordaron: instruir al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores para que tomando en cuenta los elementos planteados por la Comisión Ad-hoc presente un acuerdo consensuado en un plazo de dos meses, en ocasión de la Cumbre Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno del SICA, a realizarse en

El Salvador. En dicha Cumbre el resultado de este replanteamiento fue imprimirle una mayor coherencia y efectividad al Sistema de la Integración Centroamericana, a fin de que responda de una manera más eficiente y efectiva a los nuevos retos que se derivan del escenario internacional actual.

V. CONCLUSIÓN

El proceso de la integración centroamericana se encuentra actualmente en una etapa de mayor profundización a consecuencia de los Tratados de Libre Comercio suscritos con varios países Chile, México, Panamá, República Dominicana, Estados Unidos de América; por la apuesta de llegar a la etapa final de la Unión Aduanera con la adopción de un Arancel Externo Común en la región, y por las negociaciones preliminares de un Acuerdo de Libre Comercio con la Unión Europea. Lo que confirma que Centroamérica no se equivocó al escoger un regionalismo abierto para coadyuvar al Modelo de Desarrollo e Integración, esto también ha dado lugar a la participación de todos los países centroamericanos en la Organización Mundial de Comercio (OMC).

La crisis económica y política que afectó a la región centroamericana en la década de los ochenta, provocó que en la época de los noventa se diera la construcción gradual de un nuevo estilo de desarrollo en la región, en el que se aprovechó tanto las ventajas de una vinculación creciente en la economía mundial, como las oportunidades que ofrece la integración entre los países de la región, lo que la diferencia de la integración de los años sesenta que se fundamentó en la sustitución de importaciones al interior del Mercado Común Centroamericano.

El proceso de integración centroamericana ha sido beneficioso para el ámbito económico y comercial de la región tanto en su conjunto, como para cada uno de los países que la conforman, teniendo en esta última década el Mercado Común Centroamericano una fuerte expansión, sin embargo todavía no se ha podido superar los rezagos sociales provocados por la crisis de los ochenta en la región, es por ello que una estrategia centrada en el comercio es insuficiente como estrategia de desarrollo, necesitándose una "acción regional multidimensional", que vaya más allá del comercio.

Los Tratados de Libre Comercio han contribuido significativamente en la región Centroamericana al mejorar la institucionalidad y al adoptar estándares más elevados en el manejo de las disciplinas comerciales, de negocios y de inversiones. Para ello, los países centroamericanos están afrontando varios retos y desafíos en su proceso de integración como la consolidación y profundización democrática, la gobernabilidad (buen gobierno), el fortalecimiento de la institucionalidad de la integración, todo esto con el objeto de obtener mayor estabilidad y seguridad jurídica (17).

La agenda multidimensional regional centroamericana está comprometida con la paz y la democracia, con el crecimiento económico, con el desarrollo social y con la sostenibilidad ambiental. En este sentido, el proceso de integración centroamericana ha presentado al mundo la creación de una nueva visión en materia de "Desarrollo Sostenible" y de "Seguridad Democrática" surgidos de la propia dinámica regional, razón por la cual, la integración centroamericana no puede ser simplemente política, ni simplemente económica, sino concebida de manera multidimensional para obtener las metas a las que Centroamérica viene aspirando. De tal manera, que el proceso de integración centroamericana con su acción regional multidimensional, ha contribuido de una manera positiva al desarrollo económico, al desarrollo sostenible y a la Seguridad Democrática de la región, causando impactos favorables sobre el mismo desarrollo.

Los beneficios del libre comercio en la región centroamericana se vinculan principalmente con la generación de inversión y con el fortalecimiento de las instituciones de los países de la región, así como la adopción de disciplinas comerciales y de manejo de inversiones y negocios con estándares más elevados, contribuyendo de esta manera en el fortalecimiento de la institucionalidad de los países centroamericanos, lo que generará mayor capacidad de atraer inversiones a través de un marco jurídico más firme.

La incorporación de los países centroamericanos a la OMC, ha provocado una readecuación de la normativa comercial con el objeto de darle cumplimiento a los compromisos asumidos en ese marco multilateral, como lo es la revisión de los instrumentos jurídicos de la integración

(17) *La Integración Centroamericana: Beneficios y Costos* (SG-SICA y CEPAL), 2004.

regional, así como la adopción de leyes generales para la aplicación de los acuerdos de la OMC.

Estos nuevos retos y desafíos que enfrenta el proceso de integración centroamericana, la fortalece y pone a prueba una vez más sus principios y valores compartidos, que nos llevarán sin duda alguna hacia la unión política y económica y a consolidar la paz y la seguridad en la región, teniendo siempre como principios rectores en este proceso, nuestra fe por la democracia, el desarrollo y la integración. Solamente de esta manera Centroamérica replanteará y renovará su proceso de integración regional, con el objeto de llegar a los máximos estadios de la integración, mejorando de esta manera la calidad de vida de los centroamericanos.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACION

1- Alberto Herrarte: *La Unión de Centroamérica (Tragedia y Esperanza)*, 1964, Centro Editorial "José de Pineda Ibarra", Guatemala.

2- Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), Carta de San Salvador, de 1951 y su reforma de 1962.

3- ODECA: *Reuniones y Conferencias de Ministros de Relaciones Exteriores de Centroamérica de 1951-1967*. Publicaciones de la Secretaría General.

4- Rafael Leiva Vivas: *La Unión Centroamericana (Utopía, lirismo y desafío)*. Empresa Nacional Artes Gráficas. Tegucigalpa 2004.

5- Proyecto de Acta de Contadora para la Paz y Cooperación de Centroamérica, 1986.

6- *Acuerdos Cumbres Presidenciales*. Secretaría Nacional de Comunicaciones. Presidencia de la República. El Salvador, julio de 1991.

7- Procedimiento para Establecer la Paz Firme y Duradera en Centroamérica, Guatemala 6 y 7 de agosto de 1987.

8- Declaración de Antigua, Guatemala de 15, 16 y 17 de junio de 1990.

9- Declaración de San Salvador, El Salvador, junio de 1991.

10- Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), Tegucigalpa, Honduras, 13 de diciembre de 1991.

11- *El Libro de Centroamérica (un Instrumento Cívico de los Pueblos)* 1ª. Edición 1999. Secretaría Permanente del Consejo Superior Universitario (CSUCA) y Secretaría General de la Integración Centroamericana.

12- Reuniones Cumbres de Presidentes de Centroamérica y sus Declaraciones.

13- Reuniones de Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de Centroamérica.

14- Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible (ALIDES), de 1994.

15- Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, de 1995.

16- Declaración de Panamá II, de 1997.

17- Declaración de Nicaragua: Sobre Unión Centroamericana de 1997.

18- *La Integración Centroamericana: Beneficios y Costos* (SG-SICA y CEPAL), 2004.

ABREVIATURAS

ALIDES	Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible
BCIE	Banco Centroamericano de Integración Económica
CAN	Comité de Alto Nivel
CCJ	Corte Centroamericana de Justicia
CEPAL	Comisión Económica para América Latina
ODECA	Organización de los Estados Centroamericanos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SICA	Sistema de la Integración Centroamericana
SIECA	Secretaría de Integración Económica Centroamericana

ASPECTOS CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL

Zlata DRNAS DE CLIMENT *
Asociada del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.

2.1. Doctrina.

2.2. Instrumentos internacionales.

2.2.1 Instrumentos vinculantes de alcance universal.

2.2.2. Instrumentos vinculantes de alcance regional.

2.2.3. Instrumentos no vinculantes de alcance universal.

2.2.4. Instrumentos no vinculantes de alcance regional.

CONCLUSIONES

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Miembro asociada del IHLADI.

RESUMEN: Los diferentes instrumentos internacionales ambientales han utilizado distintas expresiones para referirse a la cautela ambiental (*i.a.*: enfoque precautorio, medida precautoria, principio precautorio, etc.). Sin embargo, la distinción responde sólo a preferencias terminológicas.

Una correcta aproximación al principio de precaución requiere su percepción en dos niveles: a) cuando se supone que las actividades pueden causar daños graves, irreversibles, catastróficos al medioambiente; b) cuando se cree que las actividades puede ser peligrosas para la conservación y preservación del ambiente.

PALABRAS CLAVE: principio de precaución – conceptualización - medioambiente – instrumentos internacionales

ABSTRACT: The environmental international instruments have used diverse expressions to talk about to the environmental precaution (i.a.: precautionary approach, precautionary measure, precautionary principle, etc.). The distinction responds only to a terminological preference.

A correct understanding of the precaution principle must has two levels: a) when one assumes that the activities can cause serious, irreversible, catastrophic damages to the environment; b) when one thinks that the activities can be dangerous for the conservation and preservation of the environment.

KEY WORDS: precautionary principle – conceptualization - environment – international instruments

INTRODUCCIÓN

El principio de precaución (PP), a pesar de sus varias décadas de vida jurídica institucionalizada (1), continúa siendo discutido en su naturaleza, significado y alcance, frecuentemente, confundido con el principio de prevención, incluso negado como fuente normativa.

El surgimiento del principio ha implicado una verdadera revolución en las relaciones entre economía y medioambiente, como también, en los aspectos administrativos de la gestión pública y privada y sus responsabilidades, por lo que se lo ha calificado i.a. de "bomba jurídica" (2), "revolución jurídica"(3), "nuevo estándar antijurídico" (4).

Por ello, en este trabajo, intentaremos perfilar una aproximación conceptual al "principio de precaución" tomando en consideración, su origen y evolución (1), su definición en la doctrina y en instrumentos jurídicos internacionales (2) (5).

---

(1) La primera inclusión jurídica del contenido preceptual de la precaución ha sido el incorporado en Alemania (Vorsorgeprinzip) en 1971 (Umweltsprogram der Bundesregierung) y 1976 (Bundesimmissionsschutzgesetz §5, para. 1, n° 2). *Vide infra*.

(2) LEPAGE, Henri, *"Le principe de précaution: la fin du règne du droit"*, http://www.euro92.com/new/dossier.php3?id_article=129

(3) ALLES, Delphine, « Le principe de précaution et la philosophie du droit. Évolution manifeste, révolution en puissance », Mémoire réalisé dans le cadre du séminaire à l'Institut d'Etudes Politiques de Grenoble État de droit - L'individu et le droit en France, en Europe et dans le monde , sous la direction Madame Florence Chaltiel, Soutenance le 4 juillet 2005.

(4) GONZÁLEZ VAQUÉ, L. *La aplicación del principio de precaución en la legislación alimentaria: ¿una nueva frontera de la protección del consumidor?* http://www.porticolegal.com/articulos/pa_112.php

(5) Dadas las limitaciones en extensión de este trabajo, dejaremos para una presentación ulterior el estudio de los elementos del principio de precaución; su naturaleza jurídica; su relación con otros principios ambientales; las consecuencias jurídicas de su no aplicación; su significación filosófica, sociológica, política, económica. Con relación al valor normativo del principio de precaución, v. nuestros trabajos "El Principio de precaución como fuente normativa", *Anuario IX*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, La Ley, Buenos Aires, 2007 y "Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como Fuente Normativa. El Principio de Precaución", en *Libro Homenaje al Prof. Carlos Febres Pobeda*, Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes, Caracas, Venezuela, 2005.

1.-ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El principio de precaución tiene su origen en un antiguo canon del comportamiento humano, correspondiéndose a una visión renovada de la ancestral concepción de "prudencia" ante lo incierto, lo desconocido (6). En la "prudencia" se enlazan la "conjetura" basada en la "memoria", la "inteligencia" con su razonamiento inductivo-deductivo (analogía con lo conocido) y la "providencia" (disposición anticipada para evitar o minimizar los daños o males supuestos y temidos). Implica una actitud de reserva, circunspección, previsión (7-8) .

Se ha señalado que el origen del principio de precaución se halla indisociablemente vinculado a la *Filosofía del Derecho* y, en particular, al nombre del filósofo Hans Jonas (nacido en Mönchengladbach el 10 de mayo de 1903 y fallecido en Nueva York el 5 de febrero de 1993) (9), quien en su obra *The Imperative of Responsibility: In Search of Ethics for the Technological Age* (publicada en alemán en 1979 y en inglés en 1984) trabajó sobre los problemas éticos y sociales emergentes de los desarrollos tecnológicos, señalando que la supervivencia humana dependía de sus esfuerzos por cuidar del planeta en el futuro. Desarrolló los fundamentos filosóficos y éticos de lo que más adelante, se designaría como "principio de precaución" (10). Su posición radical con relación a la exigencia moral de asegurar la supervivencia para las generaciones futuras, evitando acciones que puedieran ser percibidas como fatales para el futuro de la humanidad, ha sido calificada como *percepción catastrofista* (ilustrada en la paradoja de Ellsberg, según la cual la percepción anticipada de un daño futuro desplaza su centro de gravedad a mayores daños, incluidos los no percibidos originariamente). Su percepción de la precaución, rayana en el "riesgo cero", suele ser considerada como no adecuada a las condiciones del mundo actual.

Los desarrollos de Jonas probablemente hayan estado influidos por la democracia social alemana, la que -conforme lo señalado por Sonja Boehmer Christiansen- dio surgimiento al principio de precaución en la década de 1930, en el marco de la idea de buen gobierno (11).

En el siglo XX, especialmente durante la década de los '60, tras la reconstrucción de Europa y la observación de los efectos del desarrollo intensificado de la postguerra surgió una inconciliable puja entre desarrollistas y ecologistas. Mientras los primeros propugnaban un crecimiento sin limitaciones, los segundos anunciaban la autodestrucción de la humanidad si se mantenían los mismos parámetros de crecimiento sostenido e indiscriminado (12).

En el ámbito internacional, la UNESCO, a partir de 1962, patrocinó el *Programa Mundial de Estudios Ecológicos de la Unión Internacional de Ciencias Biológicas,* el que durante diez años realizó verificaciones globales de las pérdidas sufridas por los recursos naturales a causa del desarrollo inadecuado (13).

(6) El principio de precaución, a diferencia del de prevención, se aplica ante situaciones de riesgo incierto.

(7) Tulio asigna a la prudencia tres partes: *memoria, inteligencia, providencia*. Macrobio, siguiendo a Plotino, le atribuye seis: *razón, inteligencia, circunspección, providencia, docilidad, precaución*. Aristóteles, por su parte, en VI Ética, sostiene que a la prudencia le corresponden *eubulia, synesis y gnome* (el buen consejo, la perspicacia y la sentencia), aunque menciona también, al hablar de la prudencia, *la vigilancia, la sagacidad, el sentido y la inteligencia*. Tomás de Aquino (*Suma Teológica - II-IIae)*, considera en la CUESTIÓN 48, las Partes de la prudencia. Señala que " (...) la prudencia propiamente dicha (...) razona unas veces basándose en principios necesarios; otras, en cosas probables; a veces, también, incluso en conjeturas". (V. http://www.hjg.com.ar/sumat/c/c48.html

(8) A fines del siglo XIX, la idea de "previsión" ha creado el ahorro previsional, el seguro en los ámbitos laboral, de la salud y la supervivencia durante la ancianidad, expandiéndose luego a otros ámbitos. Tanto las políticas de seguridad social como las de desarrollo tienen estrecha vinculación con los principios de prevención y precaución. (V. DRNAS DE CLÉMENT, Z. *Desarrollos del MERCOSUR. Políticas Sociales. Aspectos Jurídico-Sociales*. Ed. M.E.L. Editor, Córdoba, 2005, pp. 5-45.

(9) Jonas estudió Filosofía y Teología en Friburgo (Alemania), Berlín y Heidelberg. Fue discípulo de Martin Heidegger y Rudolf Bultmann, obteniendo su título de Doctor en Filosofía en Marburgo (tema de tesis doctoral: *Die Gnose*). Ante el avance del nazismo, en 1933, emigró a Inglaterra (Londres). En 1935 se trasladó a Palestina (Jersualem), en 1949 a Canadá (Ottawa), en 1955 a Estados Unidos (Nueva York).

(10) LEPAGE, H. *Ibidem* Nota 2.

(11) "Toward a Systemic Ethic: In search of an Ethical Bases for Sustainability and Precaution", *Environmental Ethics,* Spring 2003, Vol. 25, N°1. (V. http://orgprints.org/552/01/Systemic_Ethic_published_2003.pdf).

(12) V. KISS, A. *Droit international de l'environnement*, Pedone, Paris, 1989 ; RUSSELL, B., *Has Man a Future ?* Ed Allen and Unwin, Nueva York, 1961; DORST, C. Before Nature Dies, 1965; CARSON, R. *Silent Spring*, 1968. Particularmente, impactó en su momento el Informe del Club de Roma *The Limits of Growth* (1972), el que manifestó una toma de conciencia frente a nuevos tipos de riesgo, particularmente los de implicancias desconocidas e imprevisibles y marcó el colapso del modelo de desarrollo científico y tecnológico de la era industrial basado en el desarrollo *sostenido* (http://www.clubofrome.org/archive/reports.php).

(13) Los documentos del *Programa* fueron la base científica de la Conferencia de Estocolmo de 1972.

La *Asamblea General de la ONU (AG NU)*, advirtiendo las profundas mutaciones en el medioambiente como consecuencia de la actividad del hombre y de los procesos de industrialización, y estimando necesario un tratamiento global de la cuestión, convocó a *Conferencia Internacional (Res. 2398/XXIII* del 3 de diciembre de 1968), la que habría de realizarse bajo el patrocinio de la UNESCO, en Estocolmo en 1972 (*Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano)*. En esa misma resolución la *AG* encomendó al *Secretario General de la Organización* que recogiera datos sobre la situación del medio ambiente en todo el mundo y propusiera las medidas de protección pertinentes. El *Informe* de U Thant, publicado el 26 de mayo de 1969, titulado *"El Hombre y su Medio Ambiente"* destacó la inadecuada actitud del hombre frente a su medio ambiente, señalando que, en caso de continuar este proceso, la vida sobre la Tierra se verá amenazada (14).

La *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano (1972)*, en el *Punto tercero* de su *Proclama* hace referencia a la "capacidad del hombre de transformar lo que le rodea" pero no deja de observar que esa capacidad debe ser "utilizada con discernimiento" y que "aplicado erróneamente o imprudentemente (ese poder) puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio". En el *punto sexto* de la misma Proclama expresa: "(h)emos llegado a un momento de la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor solicitud a las consecuencias que pueden tener para el medio. Por ignorancia o indeferencia, podemos causar daños inmensos e irreparables al medio (...)". En ese mismo punto hace referencia a la necesidad de un "conocimiento más profundo y una acción más prudente" para asegurar la supervivencia de las generaciones presentes y las venideras.

La *Declaración*, en el *Principio 4*, señala la "responsabilidad especial (del hombre) de preservar y administrar juiciosamente" la flora, fauna y su hábitat, destacando que, "en consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse especial importancia a la conservación de la naturaleza (...)". En el *Principio 21* establece la "obligación (de los Estados) de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen el medio de otros Estados o

(14) Cf. DRNAS DE CLÉMENT, Z. "Concepto y Elementos Jurídicos del Desarrollo Sostenible", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1998.

de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional". Esas obligaciones tanto atañen a la prevención como la precaución.

Esta tímida y tácita referencia a la precaución tuvo amplio desarrollo a través de variados matices, considerándose que el primer instrumento internacional de alcance universal general que perfiló el principio con visión integral ha sido la *Carta Mundial de la Naturaleza (AG NU Res. 37/7*, de 28 de octubre de 1982), la que ha incluido al principio de cautela al señalar que las actividades susceptibles de entrañar graves peligros para la naturaleza deben ser precedidas por un examen a fondo y quienes promovieran esas actividades deben demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza. Además, ha establecido que "(...) cuando los potenciales efectos adversos no son plenamente conocidos, las actividades no deben proceder". Numerosos instrumentos internacionales han sucedido a la Carta, más de 80 convenios internacionales lo contemplan implícitamente (15) y más de 60 explícitamente (16 -17).

(15) Entre ellos, la *Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (CNUDM) (1982), en la que los Estados *asumen la obligación general de *proteger y preservar* el medioambiente marino (Art. 192); *quedan facultados para dictar leyes y reglamentos relativos al paso inocente por su mar territorial en materias tales como *conservación* de los recursos vivos del mar (22.1.d) y *preservación* de su medio ambiente (22.1.f); *reconocen los derechos de soberanía y jurisdicción del ribereño en la zona económica exclusiva con respecto a la *protección y preservación* del medio marino (Art. 56), etc. Los Arts. que hemos mencionado precedentemente, entre otros, están formulados de tal modo que permiten a la hora de su interpretación, la aplicación del principio de precaución, particularmente, a través del significado de la idea de "prevención", la que no está concebida como "principio de prevención", sino en sentido amplio como medida de previsión. Por otra parte, la "preservación" exige la aplicación de medidas de "buen gobierno" con visión precautoria. Cf. DRNAS DE CLÉMENT, Z. *Environmental Precautionary Principle*, (www.acader.unc.edu.ar).

(16) Se considera que le primer convenio internacional que utilizó la palabra precaución con percepción ambiental ha sido el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985)*, el que en el párrafo quinto del Preámbulo establece que las Parte contratantes convienen *"teniendo presente también las medidas de precaución que ya se han adoptado en los ámbitos nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono"* y agrega en el párrafo séptimo que las Partes son *"conscientes asimismo de la necesidad de una mayor investigación y observación sistemática con el fin de elevar el nivel de conocimientos científicos sobre la capa de ozono y los posibles efectos adversos de su modificación"*.

(17) Entre los convenios que preceptúan al principio de precaución se destacan: *Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono* (1987); *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático* (1992); *Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (1997); *Convención sobre la Diversidad Biológica* (1992); *Acuerdo para la Implementación de las Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 Relativo a la*

A nivel de derecho interno, la primera medida de que se tenga noticia del principio cautelar fue la orden local de quitar la manija de la bomba de agua de la calle Broad (Saint James) en Londres, a recomendación del médico John Snow, quien había relacionado (sin probar relación causal) el alto número de contagiados por el cólera (500 muertos en 10 días) con la calidad del agua potable de esa bomba. Snow hizo presente que el costo potencial de estar equivocado al removerla era menor que el de su no eliminación

Algunos doctrinarios han señalado que las primeras aplicaciones del concepto de precaución en el siglo XIX se produjeron en decisiones judiciales estadounidenses en materia de salud, seguridad y medio ambiente (18). También, se suele recordar que en 1898 la inspectora industrial Lucy Deane estudiando con microscopio partículas minerales determinó el potencial efecto negativo del polvo de asbesto (19).

La primera inclusión jurídica del contenido preceptual de la precaución a nivel nacional ha sido la incorporada en Alemania *(Vorsorgeprinzip)* en 1971 *(Umweltsprogram der Bundesregierung)* y 1976 (*Bundesimmissionsschutzgesetz* §5, para. 1, n° 2) (20).

La designación de *Vorsorgeprinzip* en alemán, significa mucho más que su traducción al inglés "forsight planning principle", absorbiendo *i.a.* las nociones de prevención del riesgo sospechado, relación costo-beneficio, responsabilidades éticas frente a la integridad de los sistemas naturales, falibilidad de los conocimientos humanos. El principio precautorio

Conservación y Manejo de las Especies Transzonales y Altamente Migratorias (1995); Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en el Alta Mar del Pacífico Sur-Acuerdo de Galápagos (2000); el *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica* (2000); *la Convención sobre la Conservación y Manejo de los Recursos Pesqueros en el Atlántico Sur* (2001). V. nuestro trabajo *Compilación Comentada de Tratados Internacionales en Materia de Derecho Internacional Ambiental,* Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001. V. *infra* P. 3.

(18) CÓZAR ESCALANTE, J.M. de, "Principio de Precaución y Medio Ambiente", *Revista Española de Salud Pública*, 2005, Vol. 79-2, p.134. (Cf. ASHFORD, N.A. "Implementing a Precautionary Approach in Decisions Affecting Health, Safety and Environment", en Freitag E. *et al.* (Ed) *The Role of Precaution in Chemicals Policy*, Diplomatische Academie, Viena, 2002, pp. 128-140.

(19) EUROPÄISCHE UMWELTAGENTUR, *Späte Lehren aus frühen Warnungen: Das Vorsorgeprinzip* 1896—2000 (http://www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/2697.pdf).

(20) Posteriormente, numerosos Estados han incorporado a su derecho interno al principio de precaución, entre ellos, Australia, Canadá, Islandia, Nueva Zelanda, Sud-África, Israel.

parte de la idea de que los errores pueden suceder (21). También se ha señalado que *Vorsorge* significa "actuar cuando un conocimiento científico plenamente cierto y comprendido aún no se ha alcanzado" (22).

La percepción del principio de precaución, desde la visión catastrofista de Hans Jonas -referida *supra-* ha tenido una amplia evolución filosófica y sociológica. Así, Jean- Pierre Dupuy (ingeniero general de minas, Miembro del Comité de Ética y de Precaución del Instituto Nacional de Investigaciones Ambientales, Miembro de la Academia de Tecnologías, Profesor de Filosofía Social y Política), desde una perspectiva racionalista (catastrophisme éclairé), entiende que el principio de precaución debe aplicarse en el presente tomando en cuenta las eventualidades negativas (catastróficas) perceptibles para el futuro, a fin de prevenir que esas predicciones no sucedan (23). Observa que la falta de precaución y previsiones es fruto de una inconciencia general que puede y debe ser corregida.

El prospectivista Jean-Jaques Salmon, propone que en casos de temor fundado científicamente de que una actividad pueda resultar gravemente perjudicial para el ambiente se aplique al amplio campo ambiental la "cuarentena". La misma que se emplea para bloquear epidemias, virus y otros agentes, en medicina, cibernética, y otras áreas de la ciencia y tecnología. Ello, atento a la posible irreversibilidad de ciertos efectos no previstos. Es decir, un tiempo de aislamiento y suspensión de la actividad propuesta o ya en funcionamiento, a fin de permitir adquirir mayor capacidad para definir (aún en grado de suposición) el potencial de la incidencia negativa de una actividad sobre el ambiente (24).

Philippe Kourilsky sostiene que a la prudencia moderna debe integrarse el modelo matemático basado en el cálculo de consecuencias previsibles, sustentado a su vez en la teoría de las opciones racionales. Cada

(21) O'RIORDAN, Tim, CAMERON, James (Ed.), *Interpreting the Precautionary Principle,* Earthscan Publications, London, 2006, pp. 67 y ss.

(22) V. 1984 *Report from the Government to the Federal Parliament in the Protection of Air Qualitiy, MBI* 1984, p. 53. *Vorsorge* en Alemán equivale a precaución. (Cf. Trouwborst, A. *Precutionary Rights and Duties of States,* Martinus Nijhoff Publishers, Nova et Vetera Iuris Gentium, Leiden, 2005, p. 104.

(23) DUPUY, J.-P. *Pour un catastrophisme éclairé: quand l'impossible est certain,* Ed. Seuil, coll. Points. Essais, Paris, 2002, pp.211-214.

(24) Salmon es catedrático de « Ciencias, técnica y sociedad » en el *Conservatoire nacional des arts et métiers (CNAM)*, antiguo Director de Políticas de la Ciencia de la OCDE (1963 y 1983), antiguo Presidente del *Collège de la prévention des risques technologiques* (1990-1995).

opción se somete a un manejo probabilista en la relación sistemática del conjunto tomando en consideración las consecuencias y probabilidades de ocurrencia (25).

La escuela "dialoguista" (democracia participativa) de Pierre Lascoumes, Michelle Callon, Yannick Barthe percibe al principio de precaución como instrumento procedimiental del proceso de decisión democrático, llevado adelante por los actores sociales (tomando en cuenta los aportes de los científicos) quienes eligen su destino y la perspectivas para el futuro. Le dicen no a la inacción (riesgo cero), le dicen sí a la acción mesurada, basada en la democracia de concertación, que toma en cuenta las contingencias, adopta sus decisiones y las revisa (26).

Desde la *perspectiva jurídico-normativa,* la *escuela romano-germánica,* ámbito en el que surgieron las primeras normas nacionales de aplicación del principio de precaución con visión colectivista -tal como lo señaláramos precedentemente-, con función intervencionista del Estado, desarrollada en el marco de una percepción de responsabilidad intergeneracional, aún discute el alcance del principio y sus modos de aplicación. Mientras la corriente francesa ha sido normativista-moralista, la alemana se ha mostrado normativista-positivista.

Por su parte, la *escuela jurídica anglosajona del common law*, entiende que la aplicación del principio de precaución es de alta sensibilidad ya que, generalmente, choca con ciertas libertades individuales y el libre comercio; particularmente, con este último, principio ya consolidado en varios sistemas regionales y en el sistema global. Los doctrinarios de esta escuela consideran que el principio es aplicable de modo limitado, proporcional a los riesgos temidos, aplicado de modo no discriminatorio, basado en la relación costo-beneficio, y siempre que no vulnere libertades individuales.

(25) KOURILSKY P., *Du bon usage du principe de précaution*, Ed. Odile Jacob, Paris, 2003, p.174. Kourilsky se basa en la teoría de la elección racional desarrollada por Leonard Savage y John von Newman en el ámbito de las matemáticas y la economía. Se ha criticado (e incluso negado) la posibilidad de aplicar al riesgo dudoso las hipótesis de la teoría de la elección racional por la imposibilidad de identificar el conjunto de las consecuencias de una elección o de una acción atento a la ignorancia científica de la existencia del riesgo y a la dificultad de atribuir probabilidades objetivas a consecuencias no identificadas dada la incertidumbre científica. Doble incertidumbre: por una parte, saber si una actividad entraña o no externalidades negativas y por otra parte, imposibilidad de precisar qué externalidades podrían ser ésas.

(26) LASCOUMES P., CALLON M., BARTHE, Y., *Agir dans un monde incertain, essai sur la démocratie technique*, Ed Seuil, coll. La couleur des idées, Paris, 2001, p.271.

Las diferentes escuelas jurídico-doctrinarias, tal como han evolucionado hasta nuestros días, tienen unas percepciones básicas sobre el modo en que la cautela ambiental debe consagrarse en el derecho, las que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

*-La más débil (propia de la escuela anglosajona del common law), considera que no corresponde consagrar el principio como norma jurídica compulsiva sino como una "ética de acción", como una directriz a guiar la decisión política de los órganos del Estado. Por ello, prefiere hablar de *"perspectiva" precautoria* y no de "principio". Entiende que la sola presión de la población puede obrar como suficiente control frente a las actividades de riesgo dudoso.

*-La posición intermedia, ubica al principio entre las responsabilidades de los poderes públicos del Estado, los que deben regular los procedimientos a cumplimentar frente a toda nueva actividad o cambio de una ya establecida. Además, también, contempla la responsabilidad privada en casos de ocultamiento de información o mala fe. Esta visión que se considera moderada, busca seguridades a futuro en base a una prospección profunda y al seguimiento de la actividad en un marco de transparencia, respondiendo a una *"política de gestión"* basada en normas.

*-La posición principialista considera al principio de precaución una *fuente principal del derecho*, que impone normas mínimas de gestión ineludibles. Algo más estricta que la anterior, hace descansar el peso de la aplicación de las exigencias de gestión en los poderes públicos y en determinados actores (los especialmente determinados en la legislación).

*-La posición catastrofista pretende aplicar al riesgo dudoso reglas más exigentes que al riesgo cierto atento la incertidumbre, transformándolo en un principio jurídico duro, *principio coactivo*, aplicado a todo nivel, las más de las veces inmovilizador, a pesar de percibirlo en conflicto con intereses económicos, de desarrollo, científicos, tecnológicos.

2.-CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

2.1. Doctrina

El término español "precaución" proviene del latín *praecautio (prae / antes; cautio* / cuidado, cautela). El Diccionario *Larousse* señala que se aplica para el futuro y siempre a la parte de lo desconocido a pesar de las leyes de la ciencia, leyes incapaces de agotar la experiencia humana, por lo que el actuar cautelar se caracteriza por la vigilancia y la desconfianza frente a lo desconocido. Ese actuar cuidadoso exige la adopción de medidas apropiadas para evitar el mal potencial que se teme, a pesar de que su naturaleza no esté definida con precisión (27).

Generalmente, el principio de precaución se ha invocado para mantener un statu quo e impedir actividades o para obtener una revisión de autorizaciones otorgadas atento a daños que se le adjudican a la actividad autorizada, si bien, sin certeza científica en la relación causa-efecto. Frecuentemente, se ha invocado el principio de precaución para exigir medidas concretas de acción (28).

Pocas veces es definido al principio de precaución como tal. La *Declaración de Wingspread sobre el Principio de Precaución* (Wingspread-Wisconsin, 1998), adoptada en reunión de científicos, filósofos, juristas, ambientalistas y ONG de Estados Unidos y Canadá, expresa: "cuando una actividad hace surgir amenazas de daño para el medio ambiente o la salud humana, se deben tomar medidas de precaución incluso si no se han establecido de manera científica plena algunas relaciones de causa-efecto" (29).

El principio con percepción normativa define la actitud que debe observar toda persona al adoptar una decisión concerniente a una actividad de la que pueda suponerse racionalmente que comporta un peligro

(27) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la precaución como: "reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o daños que *pueden* temerse".

(28) WHO "Framework to Develop Precautionary Measures in Areas of Scientific Uncertainty", Draft Project *The WHO EMF Project Radiation and Environmental Health Unit*, octubre de 2004.

(29) *The Wingspread Consensus Statement on the Precautionary Principle* (www.sehn.org/wing.html).

grave para la salud o la seguridad de las generaciones presentes o venideras o para el medioambiente.

La precaución ha sido percibida por algunos doctrinarios como una responsabilidad moral y política de tipo colectivo dada la dificultad de atribuir en el largo plazo a determinada actividad humana unas ciertas consecuencias, especialmente, por la difusión de las contribuciones y por el efecto acumulativo a distancia. Otros, por el contrario, exigen una acción estricta establecida por ley, que contemple medidas precisas en materia de gestión del riesgo.

Se suele distinguir las enunciaciones del principio de precaución según la fortaleza de su enunciado, más allá del valor jurídico del instrumento que lo pronuncia.

Las *formulaciones fuertes* indican comportamientos concretos a adoptar. Tal es el caso de la *Carta de la Naturaleza* (1982) que estableció que: "(...) cuando los potenciales efectos adversos no son plenamente conocidos, las actividades no deben proceder". La *Declaración Ministerial de la Primera Conferencia sobre la Protección del Mar del Norte* (Bremen 1984), con relación a la descarga de residuos químicos en los océanos manifestó: "Los Estados no deben esperar la existencia de prueba de efectos dañosos para adoptar medidas de acción (...)". Aún cuando en la frase no está explícitamente utilizada la palabra "precaución", la misma se halla implícita en la expresión. La *Segunda Conferencia* (30), explícitamente, incluyó el término "precaución" en los siguientes términos: "Para proteger el Mar del Norte contra posibles efectos dañosos de las sustancias más peligrosas (...) se indica un enfoque precautorio, el que puede requerir una acción de control de los vertidos de esas sustancias aun antes de que la relación causal haya sido establecida mediante evidencia científica absolutamente clara". La *Tercera Conferencia* hizo referencia, directamente, al "principio preventivo", dando por hecho que las declaraciones de las Conferencias anteriores lo habían hecho de modo tácito. Así, expresó: "Los participantes (...) *continuarán aplicando* el principio precautorio, que consiste en medidas de acción para evitar impactos potencialmente perjudiciales de sustancias que son persistentes, tóxicas, y bioacumula-

(30) *Second International Conference on the Protection of the North Sea (Ministerial Declaration Calling for Reduction of Pollution)*, November 25, 1987.

bles aun cuando no haya evidencia científica para probar una relación causal entre las emisiones y los efectos" (el resaltado nos pertenece) (31).

Las *formulaciones débiles* sólo invitan a los participantes en declaraciones, a las Partes en un convenio o a los actores de normas nacionales a considerar la adopción de medidas cautelares o no retardarlas. Generalmente, condicionan los compromisos adquiridos en esos instrumentos a las capacidades de desarrollo del Estado, subordinan la amplitud del deber precautorio a la relación costo-beneficio de la medida. Tal es el caso de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992), la que en el Principio 15 establece: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". Similar debilidad muestra la *Ley Banier* (1995) de Francia, por ejemplo, al disponer: "La ausencia de certidumbre, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y las técnicas del momento, no debe retardar la adopción de medidas efectivas y proporcionales dirigidas a prevenir un riesgo de daño grave e irreversible al mediombiente a un costo económico aceptable". A ello se agrega que, frecuentemente, la aproximación conceptual del principio está realizada en términos de situación: "cuando (...)" tal situación se dé (potencial riesgo de daño grave y/o irreversible), sin definir el principio como tal. Tal situación suele darse en tratados multilaterales, considerados de *soft law* por no contener verdaderas obligaciones para las Partes (32). Para que una disposición tenga efecto legal de *hard law* corresponde que en el dispositivo legal quede establecido el comportamiento positivo a observar por el sujeto de deber (endonorma) y que, dentro del sistema jurídico, se hayan establecido previsiones para el caso de no comportamiento del sujeto de deber conforme al modo establecido (perinorma). Cuando el responsable de la aplicación del principio queda claramente definido, como en algunas normas alemanas, francesas y canadienses, la perinorma surge del derecho comercial, civil, penal o

(31) V. *infra* los instrumentos jurídicos que definen o contemplan el principio precautorio.

(32) V. con relación a "tratados como *soft law*", EVANS, Malcolm D. *Internacional Law*, 2da. Ed., Oxford University Press, Londres, 2006, pp. 149-151.

administrativo u otro, en función de las sanciones previstas en esos ordenamientos para el incumplidor, aun cuando la norma específica que prevé la aplicación del principio de precaución no lo haga.

Desde el punto de vista de la percepción teórica, el principio de precaución no ha alcanzado una definición universalmente aceptada ni una aplicación uniforme.

Existen múltiples definiciones del principio de precaución, haciendo cada una hincapié en uno u otro elemento del principio. Sin embargo, todas coinciden en que se trata de una acción preventiva (entendido este término en sentido general, amplio), frente una actividad que despierta la suposición fundada, la sospecha científicamente sustentada de que puede acarrear daño grave, irreversible al medioambiente (incluida la salud humana, su seguridad).

TROUWBORST ha señalado que la variedad de definiciones responde a una intencional confección a medida de conveniencia y oportunidad (33).

KOURILSKY ha señalado que "la precaución consiste en la *actitud* que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente. Se impone especialmente a los poderes públicos, que deben hacer prevalecer los imperativos de salud y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre Estados. Este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, el principio de precaución obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tener en cuenta sus sugerencias acerca de las medidas a adoptar. Este dispositivo de precaución debe ser proporcionado a la gravedad del riesgo y debe ser en todo momento reversible" (34).

Esta conceptualización, si bien descriptiva en tanto se explaya en la explicación del principio de precaución, permite determinar los sujetos y

(33) TROUWBORST, Arie, *"Precautionary Rights and Duties of States"*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, pp. 21-161.

(34) KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève, *Le principe de précaution: rapport au Premier Ministre*, Documentation française, p. 1334.

las obligaciones normativas. Así, surge la aplicabilidad y la "obligación de actuar" como partes sustanciales del principio, lo que alcanza no sólo la función legislativa sino a todos los poderes del Estado y otros actores.

Por nuestra parte, y tal como lo señaláramos en trabajos anteriores (35), entendemos que el principio de precaución consiste en una obligación por parte del sujeto decisor de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad y cubrir las seguridades básicas acordes al potencial riesgo dudoso afrontado. De permitirse la actividad, obrando con ligereza ante la duda y producirse un daño, se habría incurrido en imprudencia en la gestión de gobierno, gestión que lleva implícita la "custodia" de los bienes comunes de conformidad a las previsibilidades disponibles. Bien señalan numerosos convenios internacionales que la aplicación de la cautela es un verdadero "deber" (36), implicando su inobservancia violación de una obligación de comportamiento establecido en convenio: tomar debida previsión de los potenciales riesgos y obrar conforme a las potenciales consecuencias de los actos. Debe tenerse en cuenta que, de producirse un daño como consecuencia de la falta de cautela, ese daño no será una mera privación de una ventaja o beneficio esperado, sino un perjuicio al medio ambiente, entorno vital insustituible y, frecuentemente, no reparable en su integridad, con consecuencias difícilmente predecibles en su totalidad a largo plazo.

La adopción de medidas en aplicación del principio de precaución constituye una decisión libre del gobierno acorde a sus políticas ambientales (37), pero esa libertad deja de existir para un Estado cuando: *hay

(35) DRNAS DE CLÉMENT, Z. "Principios Generales del Derecho Internacional Ambiental como Fuente Normativa. El Principio de Precaución", en *Libro Homenaje al Prof. Carlos Febres Pobeda*, Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes, Caracas, Venezuela, 2005; "The Environmental Precautionary Principle (With Particular Reference to Law of the Sea) (www.acader.derecho.unc.edu.ar); "El Principio de Precaución" en *Humanismo Ambiental*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, El Copista, Córdoba, 2002; "Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental en el Sistema Internacional y en el Interamericano", en *Jornadas de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaría de la OEA, Washington, 2001; *Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales vigentes en República Argentina y en el MERCOSUR*, La Ley, Córdoba, 2001.

(36) V. *infra* el punto relativo a instrumentos que contemplan y/o definen el principio de precaución.

(37) Cuando se decide un nivel alto, frecuentemente, se priva a ciertos interesados de algún beneficio esperado por lo que se vuelve políticamente controversial.

compromisos internacionales establecidos que le exigen determinados comportamientos, y cuando * el temor de riesgo potencial hace suponer (en base al mejor conocimiento técnico científico disponible) eventual daño catastrófico, irreversible. Un Estado o entidad internacional, en ejercicio de sus facultades soberanas, determina el grado de nivel de protección ambiental a regir en el ámbito bajo su jurisdicción.

La aplicación del principio de precaución es una facultad del Estado que entraña consecuencias políticas y responsabilidad jurídica.

Se ha buscado explicar las posiciones en torno a cómo debe entenderse al principio de precaución desde la perspectiva del desarrollo sustentable. En tal sentido, quienes sostienen una sustentabilidad fuerte pretenden una dura y dinámica aplicación del principio de precaución, basados en la solidaridad intergeneracional. Quienes se inclinan por una sustentabilidad débil, proporcional, justificada económica o socialmente, propugnan una aplicación débil del principio, basada en la relación costo-beneficio (38), pero cuidando que no dañe los precios de mercado.

Si bien, el principio de precaución se aplica en ejercicio de convicciones de razonabilidad sustentada en datos científicos a falta de certidumbres, no significa que pueda aplicarse en base a temores irracionales o percepciones tremendistas, sin sustento en criterios objetivos suficientes. Ello requiere una equilibrada y prudencial percepción de la cautela. Los criterios de razonabilidad científica suficiente responden a la mejor información pertinente. El peligro debe ser identificado a través de los elementos objetivos, vg. biológicos, químicos o físicos aptos para causar daño, debiendo ser caracterizados éstos tanto en términos cuantitativos como cualitativos en base a la naturaleza y severidad de los posibles efectos.

La exigencia de razonabilidad requiere al decisor revisar las medidas cautelares a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre que brindan los avances científicos, no debiendo alegarse limitaciones económicas para justificar demoras en la evaluación de la actividad propuesta o en la revisión de las medidas adoptadas en aplicación de la cautela.

(38) Un costo natural que confía en la capacidad de la tecnología para recuperar los eventuales daños a la naturaleza.

La falta de certeza sobre el riesgo que una actividad puede entrañar (39) no debe surgir de la falta de disposición para agotar los medios de conocimiento científico existentes. Precisamente, dada la velocidad de los progresos científicos es que, en el eje mismo del principio de precaución, se halla la provisionalidad de las medidas precautorias, las que deben ser revisadas a la luz de los distintos estadios de certidumbre-incertidumbre que brindan los avances científicos.

Dado que las medidas precautorias pueden constituir una forma encubierta de proteccionismo (una forma de discriminación), frente a la condición dudosa del riesgo, tanto para la acción como para la omisión, se exige el agotamiento razonable de los medios para alcanzar la certidumbre.

Se ha señalado que atento a la necesaria evolución del mundo del ser humano (modificado) la regla "ante la duda, abstente" debiera ser sustituida por "ante la duda, actúa según lo mejor" (40). Ello, atento a que consideran que la aplicación de medidas precautorias no erradicará los riesgos. Por eso afirman que lo que cabe es determinar la aceptabilidad del riesgo, quién es el que debe hacerlo, cómo, en beneficio de quién debe el Estado y su sociedad afrontar ese riego (41).

Es de tener en cuenta que, en el caso del principio precautorio, quien quiere llevar adelante determinada actividad debe probar que la misma no es peligrosa para el medio ambiente. Esta inversión de la carga de la prueba ha sido largamente criticada por considerarse que daña al progreso científico (42).

Se ha afirmado que se trata de un principio opaco, sin definición cierta, que se presta a incertidumbre en su conceptualización, que su adaptabilidad le quita esencia y seguridad, que revoluciona el derecho con la inversión de una carga de prueba imposible de ejecutar, que atenta contra

(39) Generalmente, la falta de certeza científica, está asociada a diferencias científico-metodológicas, entre ellas, la variable elegida, las mediciones efectuadas, la representación de las muestras, los modelos usados, las relaciones de causalidad efectuadas.

(40) V. (http://www.univ-ubs.fr/ecologie/precaution.html

(41) V. *infra* nuestra distinción basada en los dos niveles establecidos en la *Carta Mundial de la Naturaleza*.

(42) V. SUNSTEIN, C.R. "Beyond the Precautionary Principle", *Unversity of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, N°3, January, 2003, pp. 1011-1025. Entre los que afirman que el principio es demasiado vago para servir como estándar regulatorio, se cuenta BODANSKY, D. "Scientific Uncertenty and the Precautionary Principle", *Environment*, 1991, N° 33, pp 4-5, 43-44.

la seguridad jurídica, a más de congelar el desarrollo científico y tecnológico y con ello las bases de la supervivencia de una humanidad en evolución y perpetuo crecimiento.

Los aspectos señalados precedentemente son sólo parte de una definición descriptiva del principio de precaución, que exige profundización, particularmente, a la luz de los "elementos" del principio y las consecuencias de su aplicación (*i.a.* políticas, administrativas, económicas, sociales, laborales y jurídicas), cuestiones que -tal como ya señaláramos- dada la extensión asignada a este breve trabajo, debemos dejar para otra oportunidad.

2.2. Instrumentos jurídicos en materia ambiental que incorporan la precaución

Las imprecisiones de la definición del principio de precaución, vinculadas a las distintas percepciones del mismo se han traslucido en el derecho positivo que lo ha receptado con esa debilidad.

Si bien en la mayoría de los instrumentos internacionales el principio de precaución aparece como un principio débil, con escaso desarrollo, con difuso perfil como para permitir su aplicación uniforme en el plano global, en la práctica interna de los Estados hay una creciente tendencia a incorporarlo con rango constitucional y a dotarlo de herramientas suficiente para una aplicación en concreto. Similar situación se da en el plano regional comunitario de algunas áreas de integración.

Entre los INSTRUMENTOS VINCULANTES DE ALCANCE UNIVERSAL que contemplan al principio de precaución explícita o implícitamente, destacamos los siguientes:

*-La Convención sobre Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (1979), en los párrafos primero y segundo de su Preámbulo, reconoce y toma conciencia, respectivamente, que:

"(...) la fauna salvaje en sus innumerables formas es un elemento irremplazable de los sistemas naturales de la tierra, que debe ser conservada para el bien de la humanidad";

"(...) que cada generación humana posee los recursos de la tierra para las futuras generaciones y tiene la obligación de asegurar que

este legado sea conservado y que cuando se utilice sea usado de forma prudente".

Este instrumento convencional implicó una nueva percepción del concepto de soberanía y de ordenamiento del medio ambiente, en tanto ha concebido a la fauna migratoria silvestre como un recurso no privativo de los Estados (aun cuando en un momento determinado esos animales silvestres reencuentren dentro de su territorio) sino como un bien de la humanidad que los Estados tiene la obligación de conservar y administrarlo de modo prudente para la generaciones presentes y venideras.

**-La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (1982), en numerosas disposiciones contempla implícitamente la aplicación del principio de precaución, i.a.: .: *el deber de determinar la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica exclusiva a fin de que no se vea amenazada por exceso de explotación (Art. 61); * el compromiso de cooperación en materia de conservación de especies altamente migratorias (Art. 64), mamíferos marinos (Art. 65), especies anádromas (Art. 66), especies catádromas (Art. 67); *el deber de adoptar medidas para la conservación de los recursos vivos del alta mar en relación con sus nacionales (Art. 117); * el deber de determinar la captura permisible y establecer otras medidas de conservación para los recursos vivos en el alta mar (Art. 119); *el deber de adoptar las medidas necesarias para la eficaz protección del medio marino en la Zona (Art. 145); * la obligación general de proteger y preservar el medioambiente marino (Art. 192) (43); * la obligación de tomar todas las medidas compatibles con la Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino proveniente de cualquier fuente (Art. 194); *el deber de no transferir daños o peligros ni transformar un tipo de contaminación en otro (Art. 195); *el deber de adoptar medidas para prevenir la contaminación del medio marino causada por las utilización de tecnologías o introducción de especies extrañas o nuevas (Art. 196); *la obligación de dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de: -fuentes terrestres (Art. 207), -actividades en los fondos marinos sujetos a jurisdicción nacional (Art. 208), -actividades en la Zona que se realicen por buques o desde instalaciones que enarbolen su pabellón (Art. 209), -vertimientos (Art. 210), causada por buques que enarbolen su pabellón o estén matriculados en su territorio (Art. 211), -contaminación desde la atmósfera o a través de ella (Art. 212).

(43) La obligaciones de "proteger", "preservar", "conservar" y equivalentes pueden requerir, según el caso, la aplicación del principio de precaución.

Además, la referida Convención, reconoce a los Estados ribereños *el derecho a dictar leyes y reglamentos relativos al paso inocente por su mar territorial en materias tales como conservación de los recursos vivos del mar (22.1.d) y preservación de su medio ambiente y la prevención (44), reducción y control de la contaminación del mar territorial (22.1.f). Asimismo, la Convención reconoce *los derechos de soberanía y jurisdicción del ribereño en la zona económica exclusiva con respecto a la protección y preservación del medio marino (Art. 56); *el derecho del ribereño en su zona económica exclusiva a prohibir, limitar o reglamentar la explotación de los mamíferos marinos en forma más estricta que la establecida en la Convención (Art. 65); *la facultad de establecer requisitos especiales al ingreso a sus puertos o aguas interiores a buques extranjeros para prevenir la contaminación del medio marino (Art. 211); *el derecho a dictar y hacer cumplir leyes y reglamentos no discriminatorios para prevenir (45), reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques en las zonas cubiertas de hielo (Art. 234).

La Convención en su Art. 237 establece que las disposiciones de la Parte XII (Protección y Preservación del Medio Marino) no afectan a las obligaciones específicas contraídas por los Estados en virtud de convenciones y acuerdos especiales celebrados con anterioridad en la materia, ni a los acuerdos que puedan celebrarse para promover los principios generales de la Convención.

Los artículos que hemos mencionado precedentemente están formulados de tal modo que permiten a la hora de su interpretación, la aplicación del PP, particularmente, a través del significado de la idea de "prevención", la que no está concebida como "principio de prevención", comportamiento de diligencia debida, sino en sentido amplio como medida previa para evitar la ocurrencia de un daño, respondiendo tanto al riesgo cierto como al potencial.

(44) No debe confundirse con el principio de prevención (diligencia debida), el que constituye una obligación internacional general. V. *infra*.

(45) *Idem* nota anterior.

Además, debe relacionarse esta Convención con el Art. 22. 2 del *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, en tanto las disposiciones de esta última son aplicables al medio marino:

"Las Partes Contratantes aplicarán el presente Convenio (Diversidad Biológica) con respecto al medio marino de conformidad con los derechos y obligaciones de los Estados con arreglo al derecho del mar".

*-*El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (1985), en los párrafos primero y quinto de su Preámbulo, expresa respectivamente:

"Conscientes del impacto potencialmente nocivo de la modificación de la capa de ozono sobre la salud humana y el medio ambiente".

"Teniendo presente también las medidas de precaución que ya se han adoptado en los ámbitos nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono (...)".

Se ha considerado que este convenio de carácter anticipatorio, con constituye el primer acuerdo internacional que utilizó la palabra "precaución" con percepción ambiental. A la fecha de adopción del acuerdo, aún no existían bases científicas suficientes que sustentaran las teorías sobre los riesgos que entrañaban las modificaciones en la capa de ozono.

Es de observar que se trata de un acuerdo marco que no establece reglas precisas autoejecutorias sino que institucionaliza mecanismos de cooperación susceptibles de generar acciones concretas. Se trata de formulaciones débiles que subordinan las obligaciones generales asumidas por las Partes a los "medios de que dispongan" y a "sus posibilidades" (Art. 2) (46).

*-*El Protocolo de Montreal Relativo a Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (1987)*, en los párrafos segundo, tercero y cuarto de su Preámbulo, expresa respectivamente:

(46) V. DRNAS DE CLÉMENT, Z. (Dir.) *Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 288-312.

"Conscientes de que, en virtud del Convenio, tienen la obligación de tomar las medidas adecuadas para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos nocivos que se derivan o pueden derivarse de actividades humanas que modifican o pueden modificar la capa de ozono".

"Reconociendo la posibilidad de que la emisión de ciertas sustancias, que se producen en todo el mundo, puede agotar considerablemente la capa de ozono y modificarla de alguna manera, con posibles efectos nocivos en la salud y el medio ambiente".

"Conscientes de los posibles efectos climáticos de las emisiones de estas sustancias".

El párrafo segundo reafirma la percepción precautoria de hipotéticos riesgos de las actividades humanas con que fue acordado el convenio de 1985 y profundiza esa percepción propia de la incertidumbre frente a los riesgos en los párrafos tercero y cuarto.

El Anexo Cuarto del Protocolo determina las sustancias controladas y les adjudica valores de potencial agotamiento del ozono, fundándose en "estimaciones" basadas en los conocimientos con que se contaba al momento de la adopción del protocolo, determinando frente a la incertidumbre que los valores serían objeto de revisión y examen periódicos.

*-*El Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (1989)*, en los párrafos primero y decimocuarto de su Preámbulo, señala que los Estados adoptan el tratado

"Conscientes de que los desechos peligrosos y otros desechos y sus movimientos transfronterizos pueden causar daños a la salud humana al medio ambiente";

"Teniendo presente el espíritu, los principios, los objetivos y las funciones de la Carta Mundial de la Naturaleza aprobada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en su trigésimo séptimo período de sesiones (1982) como norma ética con respecto a la protección del medio humano y a la conservación de los recursos naturales".

La expresión "pueden" permite aplicar el párrafo tanto a los desechos cuya peligrosidad es cierta como a los que presentan dudas sobre su potencial de daño. Además, la referencia a la Carta Mundial de la Naturaleza, en sentido amplio, permite considerar que se ha tenido presente el principio de cautela, el que está dibujado con todos sus elementos y con gran claridad en la referida Carta (47).

**-Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1992)*, en el párrafo quinto de su Preámbulo y en los Arts. 2 y 3.3, establece respectivamente:

"Tomando nota de que hay muchos elementos de incertidumbre en las predicciones del cambio climático (...)".

"El objetivo último de la presente Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las partes, es lograr de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera en un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse (...) para permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible".

"(Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán entre otras cosas, por lo siguiente:) (...) 3. las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería usarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático, deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible (...)".

Se trata de un convenio marco, lo que hace depender su efectividad del dinamismo de las Conferencias de las Partes. Su carácter blando se torna más evidente en formulaciones tales las que se observan en el Art. 3: *"se guiarán"*, *"deberían"*, etc.

(47) V. *supra* Origen y Evolución del PP.

**-El Convenio sobre Diversidad Biológica (1992)*, en los párrafos séptimo, octavo y noveno del *Preámbulo*, señala:

"Conscientes de la general falta de información y conocimiento sobre la diversidad biológica y de la urgente necesidad de desarrollar capacidades científicas, técnicas e institucionales para lograr un entendimiento básico que permita planear y aplicar la medidas adecuadas";

"Observando que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causa de reducción o pérdida de la diversidad biológica";

"Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza".

La diversidad biológica es definida en el Convenio como "la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas" (Art.2). La amplitud de este Convenio de alcance universal, que cuenta con 191 Estados Partes da una especial dimensión al principio de precaución dada la amplitud de efectos y aplicaciones potenciales.

La formulación dura del noveno párrafo preambular ha permitido vaticinar importantes desarrollos con miras a la preservación de la diversidad biológica. Desde su primera reunión en 1994, la Conferencia de las Partes ha adoptado más de cien decisiones.

El Art. 22. 1 del Convenio establece que:

"Las disposiciones de este Convenio no afectarán los derechos y obligaciones de toda parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de estas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro"

Esta supremacía sobre otros convenios no sólo abarca no sólo las situaciones de riesgo cierto sino toda situación que se estime pueda causar

daño a la diversidad biológica o ponerla en peligro. Esta interpretación se ve sustentada en los párrafos preambulares que citáramos *supra* (48).

*-*El Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (2000)*, fue adoptado por la Conferencia de las partes en el Convenio sobre Diversidad Biológica en su primera reunión extraordinaria. En los párrafos cuarto y quinto del Preámbulo y en el Art. 1 (Objetivo) establece, respectivamente:

"Reafirmando el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo".

Conscientes de la rápida expansión de la biotecnología moderna y de la creciente preocupación pública sobre sus posibles efectos adversos para la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana".

"De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos".

El Art. 10. 6 dispone:

"El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a esa Parte, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate (...)".

(48) Téngase presente que, conforme al Art. 31 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, el Preámbulo de un tratado posee un rol fundamental a la hora de interpretar el alcance y significado de la parte dispositiva.

Idéntica disposición contiene el Art. 11. 8 con relación al procedimiento para organismos vivos modificados destinados para uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento.

Debemos observar que el principio de precaución puede operar ante tiene dos niveles de potencial riesgo:

a)-cuando los temidos potenciales efectos adversos pueden afectar la conservación y utilización sostenible de la naturaleza; y

b)-cuando los potenciales efectos que se sospechan pueden surgir de una actividad permiten suponer el riesgo de daño grave, irreversible, catastrófico.

En el primero de los casos -y que responde a los Arts. 10.6 y 11.8 del Protocolo bajo consideración- el Estado u otro sujeto según el caso "puede" adoptar medidas de prudente previsión de esos riesgos y la eventual minimización de sus efectos en caso de que las relaciones costo-beneficio hayan aconsejado autorizar la actividad, autorización adoptada democráticamente con la debida participación de las poblaciones involucradas (buen gobierno). En el segundo de los casos, el ente decidor "debe" adoptar medidas de previsión cautelar, próximas al principio de prevención, para que un potencial riesgo de esa naturaleza no tenga posibilidades de producirse.

*-*El Acuerdo de la OMC sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (1993)*, en el primer párrafo del Preámbulo y en el Art. 5.7 establece respectivamente:

"Reafirmando que no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales, a condición de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional".

"Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente (49) medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable".

Las Comunidades Europeas han considerado, sobre la base de este Art. 5, que el principio de precaución se ha transformado en una norma consuetudinaria general de derecho internacional

**-El Acuerdo para la Implementación de las Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 Relativo a la Conservación y Manejo de las Especies Transzonales y Altamente Migratorias (1995)*, en los Arts. 5.c) y 6 establece, respectivamente:

"Aplicar el criterio de precaución de conformidad con el Art. 6".

"1. Los Estados aplicarán ampliamente el criterio de precaución a la conservación, ordenación, explotación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios a fin de proteger los recursos marinos vivos y preservar el medio marino.

2. Los Estados deberán ser especialmente prudentes cuando la información sea incierta, poco fiable o inadecuada. La falta de información científica adecuada no se aducirá como razón para aplazar la adopción de medidas de conservación y ordenación o para no adoptarlas.

El artículo se desarrolla en siete incisos, estableciéndose en el tercero que, al aplicar el criterio de precaución, los Estados aplicarán las directrices que el propio Acuerdo incluye en Anexo. Ello, sobre la base de la información científica más fidedigna disponible.

(49) La provisionalidad es una nota característica del principio de precaución, atento a que siempre se halla abierta la posibilidad de modificar la decisión conforme avancen los conocimientos científicos y técnicos en torno al riesgo.

**La Convención conjunta sobre Seguridad en la gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos (1997)*, en el Art. 1. ii, entre los objetivos del acuerdo señala:

"Asegurar que en todas las etapas de gestión del combustible gastado y de desechos radiactivos haya medidas eficaces contra los riesgos radiológicos potenciales a fin de proteger a las personas y al medio ambiente de los efectos nocivos de la radiación ionizante, actualmente y en el futuro, de manera que se satisfagan las necesidades y aspiraciones de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades y aspiraciones".

Frecuentemente, el riesgo cierto y el incierto se rozan en tanto ciertas actividades se saben riesgosas pero no se conoce su potencialidad ni la plenitud de sus consecuencias.

**-El Convenio sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (2001)*, en el párrafo noveno de su Preámbulo y en el Art. 1, establece respectivamente:

"Reconociendo que la idea de precaución es el fundamento de las preocupaciones de todas las Partes y se halla incorporada de manera sustancial en el presente Convenio".

"Teniendo presente el principio de precaución consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes".

Se estima que más de sesenta acuerdos e instrumentos tanto universales como regionales vinculantes consagran al principio de precaución de diversos modos. Entre los *INSTRUMENTOS VINCULANTES DE ALCANCE REGIONAL recordamos los siguientes: Convención de Bamako sobre la Prohibición de la Importación a África de Desechos Peligrosos* (1991); *Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales* (1992); **Convención sobre la Protección del Medio Marino en el Mar Báltico*

(1992); **Convención de Oslo y París para la Protección del Medio Marino en el Noreste Atlántico* (1992); *Tratados de la Unión Europea* (Maastricht 1992, Ámsterdam 1997, Niza 2001); **Convención sobre la Conservación y Administración de los Recursos en el Mar de Bering Central* (1994); **Convención de Barcelona para la Protección de Medio Marino y de las Regiones Costeras del Mediterráneo* (1995); *Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en el Alta Mar del Pacífico Sur-Acuerdo de Galápagos* (2000); **Convención sobre la Conservación y Manejo de las Especies Altamente Migratorias en el Océano Pacífico Oeste y Central* (2000); **Convención sobre la Conservación y Manejo de los Recursos Pesqueros en el Atlántico Sur* (2001), *Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR* (2001).

El más importante desarrollo del principio de precaución en el ámbito regional lo hallamos en el *sistema de la Unión Europea*, el que, por la amplitud de sus desarrollos debiera tener un tratamiento separado *in extenso*, en esta oportunidad, sólo es considerado de modo general y superficial .

El *Tratado de Maastricht* (1992) establece:

> *"la política de la Comunidad (...) está fundada sobre el principio de precaución y de acción preventiva (...)"* (50).

La *Carta de la Energía de la Comunidad Europea* (1994), en su Art. 19, establece:

> *"En la formulación de sus políticas y en sus actuaciones concretas, las Partes Contratantes pondrán todo su empeño en adoptar medidas precautorias para evitar o reducir al mínimo el deterioro del medioambiente"*.

La *Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución (COM /2000/1)*, aprobada por resolución del Parlamento Europeo el 14 de diciembre de 2000, expresa que la aplicación del principio de precaución constituye un principio esencial de su política.

(50) Art. 130 R, devenido 174 en el Tratado de Ámsterdam (1997) y en el Niza (2001).

La *Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la liberación intencional en el medioambiente de organismos modificados genéticamente*, expresamente, señala que toma en cuenta el principio de precaución al elaborar la directiva.

El *Reglamento 178/2002 del Parlamento y del Consejo sobre seguridad alimentaria considera la gestión provisional del riesgo* en los casos de posibles efectos dañinos e incertidumbre científica sobre el riesgo (Art. 7) (51).

El *Reglamento relativo al registro, evaluación, autorización y restricción de sustancias y preparados químicos (COM 2003 0644 (04)*, en su Art. 1, señala que el reglamento se basa en el principio de precaución. Es de observar que, ni siquiera este avanzado sistema ha dado una definición concreta del principio de precaución y las consecuencias de su aplicación (52).

Entre los *INSTRUMENTOS NO VINCULANTES DE ALCANCE UNIVERSAL* destacamos:

**- La Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano (1972)*, la que en el *punto sexto* de la misma Proclama expresa:

(51) Se aplica a toda la cadena alimentaria, incluidos los alimentos para animales, basándose en el criterio de "trazabilidad" (desde la granja a la mesa). La normativa autoriza a los Estados Miembros y a la Comisión a adoptar en ejercicio del principio de precaución medidas provisionales y proporcionales en carácter de gestión del potencial riesgo. La Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (constituida por un *Consejo de Administración* de 14 miembros elegidos por el Consejo en consulta con el Parlamento, de una lista establecida por la Comisión y por un *Director Ejecutivo*, nombrado por el Consejo de Administración sobre la base de una lista provista por la Comisión), entre sus obligaciones, tiene las de: *proveer a las instituciones europeas y a los Estados Miembros los datos científicos y técnicos más avanzados disponibles en la materia y temas conexos (vg. alimentación y salud de los animales, controles fitosanitarios, organismos genéticamente modificados, nutrición, buenas prácticas, riesgos biológicos, gestión de crisis, etc.) a fin de que puedan adoptar las decisiones políticas en materia de gestión de potenciales y reales riesgos; *dirigir los estudios científicos necesarios para su cometido; *participar en un sistema de alerta rápida; *prever información fiable, objetiva y comprensible a los distintos actores, inclusive la población, etc. V. con relación a: * gestión de crisis, la Dec. de la Comisión 2004/478/CE; *Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de la Salud Animal, la Dec. de la Comisión 2004/613/CE.

(52) V. BEYER, Meter, CONRADS, Axel, DAL CO, Giulia *The precautionary principle in the European environmental, health and food safety policy*, Institut du développement durable et des relations internationals http://www.ecologic.de/modules.php?name=News&file=article&sid=1126

"Hemos llegado a un momento de la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor solicitud a las consecuencia que pueden tener para el medio. Por ignorancia o indeferencia, podemos causar daños inmensos e irreparables al medio (...)".

En ese mismo punto hace referencia a la necesidad de un *"conocimiento más profundo y una acción más prudente"* para asegurar la supervivencia de las generaciones presentes y las venideras, tal como lo señaláramos supra.

En el *Principio 4*, establece:

"El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna silvestre y su hábitat (...). En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse especial importancia a la conservación de la naturaleza (...)".

*-*La Carta Mundial de la Naturaleza (1982)* ha incluido al principio de cautela en los Puntos 11 b) y c) al establecer:

"b) Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales;

c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales".

Entendemos que la distinción que hace la Carta entre "actividades que puede entrañar graves riesgos" y "actividades que pueden perturbar la naturaleza", es central para el estudio del principio de precaución y sus implicancias jurídicas. En el caso de la primera situación las actividades

no deben ser llevadas a cabo y en el segundo, si son autorizadas (en función del grado de riesgo que haya asumido políticamente una sociedad dada), las actividades deben realizarse bajo un régimen especial de planificación y seguimiento para prevenir y, eventualmente, minimizar sus efectos adversos. En el primer caso, el "principio" requiere aún mayores exigencias de prudencia que las requeridas frente al riesgo cierto, en tanto, en la incertidumbre viene implícita la falta de seguridades sobre las consecuencias de una actividad, como también, el desconocimiento e imprevisibilidad de eventuales medidas de previsión que, en caso de producirse un daño, podrían haberlo minimizarlo o evitado.

*-*La Declaración Ministerial de la Primera Conferencia sobre Protección del Mar del Norte (1984)*, ha expresado con relación a los vertidos de desechos químicos en los océanos:

"Los Estados no deben esperar a tener pruebas de los efectos peligrosos para tomar acción (...)".

Si bien no ha empleado la palabra "precaución", la misma se halla implícita en la manifestación.

*-*La Declaración de la Segunda Conferencia sobre la Protección del Mar del Norte (1987)*, explícitamente, incorporó el término "precaución" en los siguientes términos:

"En orden a proteger el Mar del Norte de posibles efectos dañosos de las sustancias más peligrosas (...) es necesario un enfoque precautorio, el que puede requerir que se adopten medidas de control del vertido de esas sustancias, aun antes de que la relación causa-efecto haya sido establecida con evidencia científicas indubitable".

*-*La Declaración de la Tercera Conferencia sobre la Protección del Mar del Norte (1990)* hizo referencia al "principio de precaución", dando por entendido que las dos Declaraciones precedentes los habían consagrado, a pesar de no haberlo citado en la primera y haber hecho referencia "enfoque precautorio" en la segunda. Así, expresa:

"Los participantes (...) continuarán aplicando el principio de precaución, que requiere actuar para evitar impactos potencialmente perjudiciales de las sustancias que son persistentes, tóxicas, y puedan

bioacumularse incluso cuando no haya evidencia científica que pruebe la relación causal entre las emisiones y los efectos".

-El Informe del Consejo de Gobierno del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente en su decimoquinto período de sesiones (1989), recomendó a todos los gobiernos adoptar "el principio de acción precautoria" como base de sus políticas en relación con la prevención y la eliminación de la contaminación marina (53).

-La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) en el Principio 15 señala:

"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

-La Agenda 21 (1992) en el parágrafo 35.3 ha expresado:

"Ante amenazas de daños ambientales irreversibles, la falta de conocimientos científicos no debe ser excusa para postergar la adopción de medidas que se justifiquen de por si.

El enfoque basado en el principio de la precaución podría suministrar una base científica sólida para la formulación de políticas relativas a sistemas complejos que aún no se comprenden plenamente y cuyas consecuencias no se pueden predecir todavía".

- El Código de Conducta de Pesca Responsable de la FAO (1995), en sus artículos 6 y 7 han establecido:

6..5 Los Estados y las organizaciones subregionales y regionales de ordenación pesquera deberían aplicar ampliamente el criterio de precaución en la conservación, la ordenación y la explotación de los recursos acuáticos vivos con el fin de protegerlos y de preservar el medio ambiente acuático, tomando en consideración los datos científicos más fidedignos disponibles. La falta de información científica adecuada no debería utilizarse como razón para aplazar o dejar de tomar medidas para conservar las especies que son objeto de la pesca, las especies asociadas o dependientes y aquéllas que no son objeto de la pesca, así como su medio ambiente.

(53) UN GAOR, 44th Sess. Supp No 25, 12th mtg at 153, UN DOC A44/25 (1989).

7.5 Criterio de precaución

7.5.1 Los Estados deberían aplicar ampliamente el criterio de precaución en la conservación, ordenación y explotación de los recursos acuáticos vivos con el fin de protegerlos y preservar el medio acuático. La falta de información científica adecuada no debería utilizarse como razón para aplazar o dejar de tomar las medidas de conservación y gestión necesarias.

7.5.2 Al aplicar el criterio de precaución, los Estados deberían tener en cuenta, entre otros, los elementos de incertidumbre, como los relativos al tamaño y la productividad de las poblaciones, los niveles de referencia, el estado de las poblaciones con respecto a dichos niveles de referencia, el nivel y la distribución de la mortalidad ocasionada por la pesca y los efectos de las actividades pesqueras, incluidos los descartes, sobre las especies que no son objeto de la pesca y especies asociadas o dependientes, así como las condiciones ambientales, sociales y económicas.

7.5.3 Los Estados y las organizaciones y arreglos subregionales o regionales de ordenación pesquera deberían determinar, tomando como base los datos científicos más fidedignos disponibles, entre otras cosas:

a. los niveles de referencia previstos para cada población de peces y, al mismo tiempo, las medidas que han de tomarse cuando se rebasen estos niveles, y

b. los niveles de referencia fijados como límite para cada población de peces y al mismo tiempo, las medidas que han de tomarse cuando se rebasen estos niveles; cuando se esté cerca de alcanzar un nivel de referencia fijado como límite, deberían tomarse medidas para asegurar que no se rebase dicho nivel.

7.5.4 En el caso de nuevas pesquerías o de pesquerías exploratorias, los Estados deberían adoptar lo antes posible medidas de conservación y ordenación precautorias que incluyan, entre otras cosas, la fijación de límites de las capturas y del esfuerzo de pesca. Esas

medidas deberían permanecer en vigor hasta que se disponga de datos suficientes para hacer una evaluación de los efectos de la actividad pesquera sobre la sostenibilidad a largo plazo de las poblaciones. A partir de ese momento, deberían aplicarse medidas de conservación y gestión basadas en dicha evaluación. Estas medidas, cuando proceda, deberían permitir el desarrollo gradual de las pesquerías.

7.5.5 Si un fenómeno natural tiene importantes efectos perjudiciales sobre el estado de los recursos acuáticos vivos, los Estados deberían adoptar medidas de conservación y gestión de emergencia, a fin de que la actividad pesquera no agrave dichos efectos perjudiciales. Los Estados deberían adoptar también dichas medidas de emergencia cuando la actividad pesquera plantee una seria amenaza a la sostenibilidad de dichos recursos. Las medidas de emergencia deberían ser de carácter temporal y basarse en los datos científicos más fidedignos de que se disponga.

Entre los *INSTRUMENTOS NO VINCULANTES DE ALCANCE REGIONAL* que han contemplado el principio de precaución, el enfoque precautorio o la acción precautoria en forma directa, podemos recordar los siguientes: * *Recomendación 89/1* (22 de junio de 1989) de los Estados Partes en la **Declaración de la Conferencia sobre Polución de los Mares del Consejo Nórdico* (18 de octubre de 1989); **Declaración Ministerial de Bergen sobre el Desarrollo Durable de la Región* (16 de mayo de 1990) (54); **Recomendación C(90)164 del Consejo de la OCDE sobre Prevención y Control Integrado contra la Polución* (1991); **Declaración Ministerial sobre la Protección del Mar Negro* (1993); **Declaración de Malmö del Primer Foro Ministerial Global sobre Medioambiente* (2000), etc. (55-56) .

(54) En el ámbito comunitario europeo, se dispuso asimismo la cautela con relación al tratamiento de las aguas residuales urbanas, con relación a: política pesquera, seguridad alimentaria, registración, evaluación, autorización de productos químicos, etc. Ello, a más de haberse incorporado al "principio de precaución" al tratado constitutivo de la Comunidad Europea (juntamente con el de prevención) ya en 1986 (*Acta Única Europea*).

(55) V. DRNAS DE CLÉMENT, Z. "Environmental Precautionary Principle (With Particular Reference to Law of the Sea)", *Annals of Maritime Studies*, 2004.

(56) Es de observar que el *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Ginebra, 8 de junio de 1977), en su Art.57 impone el principio de precaución en las operaciones militares y los ataques, estableciendo la obligación de preservar i.a. los bienes de carácter civil, entre los que se cuentan los elementos del medio ambiente. Siguiendo una interpretación de acuerdo al principio *a fortiori*, debemos concluir que si no es lícito dañar el ambiente en tiempos de conflicto armado (situaciones de excepción de máxima tensión y acción de necesidad), si los métodos y medios de guerra deben emplearse con la debida consideración por el medio ambiente natural, teniendo en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional, no se deben utilizar técnicas que tengan efectos vastos, duraderos o graves sobre el medio ambiente, con más razón desde cualquier otra rama del accionar humano, la obligación de preservación ambiental desde el PP debe estar en la base, integrada al sistema jurídico, en tanto afecta derechos humanos fundamentales. Si bien, el PP trasciende el derecho ambiental, cuando es aplicado a derechos humanos o derecho internacional humanitario involucra el medio humano como elemento de supervivencia no sustituible. Cuando se ha aplicado el PP en materia de derechos humanos, la invocación de cautela, generalmente, ha tenido carácter extra particular, relacionado al ser humano en general, en última instancia, como elemento de los ecosistemas.

REFLEXIONES FINALES

Si bien, los instrumentos internacionales revisados y comentados precedentemente han utilizado expresiones diversas para referirse a la precaución ambiental (*vg: idea precautoria, enfoque precautorio, medida precautoria, acción cautelar, criterio de precaución, principio de acción precautoria, principio de precaución*, etc.) la distinción ha representado sólo una preferencia terminológica, ya que, en la práctica, no ha seguido sustancial diferencia de acción como consecuencia de esa diversidad de manifestaciones (57). Algunos instrumentos, en determinados párrafos, usaron un término pero pasaron luego a emplear otro u otros con significado equivalente. Incluso, documentos sucesivos concatenados han dado por sobreentendido que esas diferencias terminológicas han respondido sólo a una selección lingüística sin relevancia jurídica (58).

De las conceptualizaciones contenidas en los distintos instrumentos internacionales surge que, para una debida comprensión del principio de precaución, es necesario percibir al principio de precaución en dos niveles profundamente diferenciados de situación: a) cuando se teme que las actividades puedan causar daños graves, irreversibles, catastróficos al medio ambiente; b) cuando se supone que las actividades pueden ser peligrosas para la conservación y preservación del medio ambiente. En el primer caso, se impone la proscripción de la actividad hasta que se alcancen certidumbres que permitan adoptar previsiones capaces de neutralizar el peligro; en el segundo caso se requiere la adopción de medidas que permitan reducir al mínimo los eventuales efectos perjudiciales antes autorizar la actividad.

(57) Recordamos lo expresado por TROUWBORST en *Precautionary Rights and Duties of States*, op.cit. pp.11-12.

(58) V. *supra*, particularmente, lo referido a las declaraciones primera a tercera de las *Conferencias sobre la Protección del Mar del Norte*.

NOTICIAS BIBLIOGRAFICAS

NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. XIV. Asociación Argentina de Derecho Internacional. Córdoba, 2005, 297 págs.

La sección doctrinal del presente volumen del Anuario que dirige la Dra. Drnas de Clément está configurada por los estudios de Miguel Ángel CIURO CALDANI: "Comprensión jusfilosófica de las características de los tratados internacionales y el consentimiento de la comunidad internacional actual"; Antonio REMIRO BROTÓNS: "Crimen de agresión, crimen sin castigo"; Amalia URIONDO DE MARTINOLI: "La cooperación judicial internacional y el orden público en la jurisprudencia argentina"; Mario J.A. OYARZÁBAL: "Trata de personas: Un tema emergente en la relación bilateral con los Estados Unidos"; y José María SABAT: "Sentencia: Pulau Litigan y Pulau Sipadan (C.I.J./2002)". Además de las contribuciones científicas mencionadas, fiel a su estructura tradicional el Anuario incluye también la habitual sección legislativa, en la que María Alejandra Sticca da noticia de los convenios internacionales aprobados por la república Argentina en el periodo correspondiente –en esta ocasión, el comprendido entre el 1 de agosto de 2004 y el 1 de julio de 2005–, sistematizándolos por temas para facilitar su localización y aportando información útil para los interesados en consultarlos, como las fechas de sanción, promulgación y publicación de las respectivas leyes nacionales. Por otra parte, en el apartado sobre jurisprudencia, se transcribe la interesante sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 10 de mayo de 2005, por la que confirmó la del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 11 que denegaba la extradición del ciudadano español Jesús María Lariz Iriondo, activista de ETA acusado de delitos de terrorismo por la Audiencia Nacional española, que se encontraba en Argentina tras haber sido expulsado de Uruguay. De este texto cabe destacar la opinión disidente del Dr. Antonio Boggiano, mejor argumentada y apoyada en razonamientos jurídicos más consistentes que la decisión de la mayoría. Por último, este volumen se complementa con un repaso a algunas novedades editoriales aparecidas durante el periodo de tiempo cubierto por el mismo, la mayoría de ellas publicadas en Argentina y en España, y se cierra, por lo que al aspecto institucional se refiere, con el texto de las resoluciones adoptadas por la Asociación Argentina de Derecho Internacional en su XXVIII Congreso Ordinario (XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional), celebrado en Rosario del 13 al 15 de octubre de 2005, clasificadas por disciplinas, que trataron acerca de "Los principios de Derecho internacional en materia de reconstrucción post bélica en el marco del Derecho internacional humanitario", la debatida por la Sección de

Derecho internacional público; "La jurisdicción y la ley aplicable a las relaciones de consumo en el Derecho internacional privado", la estudiada por dicha Sección; "La Constitución Europea: novedades en materia de fuentes normativas y competencias de la UE. Implicaciones externas", la aprobada por la Sección de Derecho de la Integración"; "La entrada y salida de tropas nacionales y extranjeras", la de la Sección de Relaciones Internacionales; "Toma de decisión", la de la Sección de metodología, documentación y enseñanza; y sobre "Los estados de emergencia, con especial referencia a las emergencia económicas", la de la Sección de derechos humanos.

Anuario de Derecho Internacional. Vol. XXI. Universidad de Navarra. Pamplona, 2005, 816 págs.

Este fue el último número del *Anuario de Derecho Internacional* que apareció con dicho nombre, pues en el año 2006 cambió su denominación por la de *Anuario Español de Derecho Internacional*, nuevo título adoptado por esta ya veterana y bien consolidada publicación, que viene siendo editada por la Universidad de Navarra (España) desde 1974, cuya Sección Doctrinal dedica en esta ocasión un apartado completo a recopilar distintos estudios referidos a los informes sobre la reforma de las Naciones Unidas presentados en 2004 por el Grupo de Alto Nivel creado a tal efecto el año anterior y en 2005 por el Secretario General de la organización. Esta serie de contribuciones se abre con el estudio de Romualdo BERMEJO GARCÍA y Eugenia LOPEZ-JACOISTE DIAZ: "*Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas el desafío y el cambio. A modo de introducción"; e incluye los trabajos de Cesáreo GUTIERREZ ESPADA: "El «uso de la fuerza» en los Informes del Grupo de Alto Nivel (2005), del Secretario General (2005) y, a la postre, en el documento final de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, Nueva York, septiembre de 2005)"; Carlos FERNANDEZ LIESA y Ana MANERO SALVADOR: "Perspectivas del desarrollo a la luz de los informes del Grupo de Alto Nivel y del Secretario General (2005)"; María José CERVELL HORTAL: "Las armas de destrucción masiva y el nuevo milenio: conclusiones del informe del Secretario General de marzo de 2005 (un concepto más amplio de la libertad: seguridad y derechos humanos para todos)"; Tullio SCOVAZZI: "L'ambiente nel rapporto del Gruppo di Alto Livello su minacce, sfide e cambiamento"; y, de nuevo, Romualdo BERMEJO GARCÍA y Eugenia LOPEZ-JACOISTE DIAZ: "La reforma institucional"; para concluir con un apéndice a cargo de Cesáreo GUTIERREZ ESPADA, Romualdo BERMEJO GARCÍA y Eugenia LOPEZ-JACOISTE DIAZ: "El Documento Final de la Cumbre mundial 2005". Además, ya en otra línea temática, esta sección doctrinal se completa con las contribuciones de Antonio BLANC ALTEMIR: "El proceso euromediterráneo: una década de luces y sombras"; Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO: "Las sucesión entre Organizaciones Internacionales y la Unión"; Cástor Miguel DIAZ BARRADO y Félix VACAS FERNANDEZ: "Fundamentos jurídicos y condiciones para el ejercicio de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas"; Laurence BURGORGUE-LARSEN: "La Corte Europea de Derechos Humanos y el Derecho penal"; y Marco ODELLO: "International Security in the Western Hemisphere: Legal and Institutional Developments"; y se complementa con sendas notas elaboradas por Maurizio ARCARI: "Responsabilité de l'Etat pour violations graves du Droit international et système de sécurité collective de Nations Unies"; y Carlos CORRAL SALVADOR y José Manuel SANCHEZ PATRON: "La participación de la Santa sede en las Naciones Unidas: su nuevo Estatuto de «Estado observador permanente»".

Por lo que se refiere a la sección de jurisprudencia, en este volumen se analizan algunos desarrollos relevantes en materia de protección internacional de los derechos humanos derivados de las decisiones de tribunales internacionales y españoles comentadas por María José CERVELL HORTAL: "Chechenia vs. Rusia: el triunfo de los derechos humanos (a propósito de tres sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2005)"; Gabriella CITRONI: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de masacres"; José Elías ESTEVE MOLTO: "El reconocimiento del principio de la jurisdicción universal en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 del Tribunal Constitucional (caso Guatemala)"; y Paula VERNET: "Los alcances de la nueva jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de las medidas provisionales"; a los que se une una selección sistematizada de las sentencias dictadas por los más altos órganos jurisdiccionales españoles entre finales de 2004 y 2005 sobre cuestiones que atañen al ordenamiento internacional.

Finalmente, en la sección sobre documentación se transcriben las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas durante el año comprendido entre el 1 de octubre de 2004 y el 30 de septiembre de 2005 para el mantenimiento o restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales en distintos conflictos internos o internacionales; mientras que en las recensiones se comentan algunas novedades editoriales aparecidas en el periodo de referencia.

Anuario Español de Derecho Internacional, vol. XXII. Universidad de Navarra. Pamplona, 2006, 673 págs.

A pesar de aparecer con un título inédito en la literatura iusinternacionalista española, la presente publicación periódica no constituye ninguna novedad editorial, sino que cuenta con más de dos décadas de solera, pues se trata de la continuación del *Anuario de Derecho Internacional*, publicado por la Universidad de Navarra desde 1974, que ahora cambia de nombre, aunque manteniendo la numeración, el formato y, en gran medida, la estructura de su predecesor. Conforme a ésta última, los estudios doctrinales incluidos han sido agrupados en dos categoría, la primera de las cuales se centra en el análisis de las implicaciones internacionales que conllevan las reformas intentadas o consumadas de los Estatutos de Autonomía de tres Comunidades Autónomas españolas, por lo que su interés resulta indiscutible dado el escaso rigor –y, en ocasiones, la evidente manipulación– con el que se ha venido tratando la cuestión en medios políticos y periodísticos nacionales. Se trata, en concreto, de los trabajos de José Luis DE CASTRO RUANO y Alexander UGAL ZUBIRI: "La acción exterior vasca en la propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi de 30 de diciembre de 2004"; Caterina GARCIA , Silvia MORGADES y Ángel J. RODRIGO: "Las relaciones exteriores de la Generalitat en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006"; y Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: "El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía y la acción exterior". El resto de los estudios doctrinales se refieren a cuestiones muy variadas pero igualmente atractivas, como son las que abordan Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA: "La militarización del espacio parece ya inevitable (La nueva National Space Policy [2006] de los Estados Unidos de América"; Yolanda GAMARRA: "Los límites del multilateralismo al control de la (no) proliferación nuclear: la cuestión iraní como pretexto"; Carlos R. FERNANDEZ LIESA: "Usos de la noción de justicia en el Derecho internacional"; Jaume FERRER LLORET: "La protección internacional de las minorías nacionales en Europa: el caso de los romaníes"; Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA: "El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla"; Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DIAZ: "La responsabilidad de proteger: reflexiones sobre su fundamento y articulación"; y Maurizio ARCARI: "Observations sur les problèmes juridiques posés par les sanctions des Nations Unies et leur évolution récente"; o, dentro ya de la Sección de "notas", los de Marco ODELLO: "The developing legal status of the Organisation for Security and Co-operation in Europe"; Carlos RUIZ MIGUEL: "El acuerdo de pesca UE-Marruecos o el intento español de considerar a Marruecos como "potencia administradora" del Sahara Occidental"; Enrico MILANO: "The new fisheries partnership agreement between the European Community and the Kingdom of Morocco: fishing too south?"; Nuria PASTOR PALOMAR: "El principio de subsidiariedad y su incidencia en el respeto de los derechos fundamentales por la Unión Europea"; Bénédicte REAL: "La Commission de consolidation de la paix: un organe avec un avenir prometteur?"; Jesús Carlos ECHEVERRIA: "El componente yihadista en los atentados del 11-M: lecciones aprendidas ante el inicio del procedimiento judicial en febrero de 2007"; DIANE S. SEGAL: "La ley de la guerra: una comparación bíblica".

En otro orden, este volumen presenta la novedad que supone el que se haya se-parado de la tradicional sección sobre jurisprudencia, compuesta en esta ocasión por los comentarios de María José CERVELL HORTAL: "La explotación ilegal de los recursos naturales de un Estado a la luz de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia sobre las actividades armadas en el territorio del Congo (2005)"; y José Elías ESTEVE MOLTÓ: "El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Na-cional. La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet", el apartado sobre las decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho internacional público, que adquiere entidad propia y con ello mayor relevancia al cons-tituirse en una sección autónoma, en la que se enumeran y, en muchos casos analizan, las resoluciones más importantes dictadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional sobre cuestiones tales como la jurisdicción universal en materia de genocidio, terrorismo y torturas; el derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena impuesta; la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución española por los jueces; el derecho de asilo y el estatuto de los refugiados; el Derecho de los tratados; el Derecho del mar; la aplicación del Derecho internacional en el Derecho español; o la jurisdicción española en materia de crímenes de guerra.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2006, 1030 págs.

La colaboración recientemente establecida entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y el IHLADI, que ha producido frutos tan estimables como la organización conjunta en mayo de 2006 de un Congreso Internacional sobre los Derechos Humanos, celebrado en México D.F., ha permitido también que, como consecuencia de un acuerdo de canje de sus respectivas publicaciones, aparezca por vez primera en estas pági-

nas una reseña de este interesante Anuario, que viene editándose desde 2001, sirviendo de cauce de expresión científica y doctrinal no solo para autores mexicanos, sino también de otros países.

Concretamente, en el presente volumen se incluyen los trabajos firmados por José B. ACOSTA ESTEVEZ: "La operación *Libertad Duradera* y la legítima defensa a la luz de los atentados del 11 de septiembre de 2001"; Hidemberg ALVES DA FROTA: "A universalidade dos direitos humanos no mundo muçulmano"; Marisol ANGLÉS HERNANDEZ: "Los cursos de agua compartidos entre México y los Estados Unidos de América y la variable medioambiental. Una aproximación"; Luis Miguel DIAZ: "El desaprender el pensamiento jurídico como acceso a la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional"; Ariel E. DULITZKY: "Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y la República Argentina"; David ENRIQUEZ: "El Derecho internacional económico. Apuntes para una crítica contemporánea"; Sergio LOPEZ-AYLLON y Alejandro POSADAS URTUSUASTEGUI: "Inversión y derecho internacional de la inversión extranjera. Reflexión sobre algunas disciplinas adoptadas por México"; Juan Manuel PORTILLA GOMEZ: "El derecho internacional ante la ocupación de los territorios palestinos y el muro de separación"; Mariana SALAZAR ALBORNOZ: "Legal nature and legal con-sequences of diplomatic protection. Contemporary challenges"; Ben SAUL: "Reasons for defining and criminalizing «terrorism» in international law"; Stefan TALMON: "Diplomacy under occupation. The status of diplomatic missions in occupied Iraq"; Mauricio Iván del TORO HUERTA: "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional"; Eduardo TORRES ESPINOSA: "El Estado-Nación y la Unión Europea. ¿Hacia una necesaria reformulación de lo estatal". A ellos hay que añadir los comentarios doctrinales aportados por Roxana de Jesús ÁVALOS VÁZQUEZ: "Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito del Estado. ¿Más de 40 años de labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada?"; Krystian COMPLAK: "Una propuesta postmodernista de conciliar las operaciones de paz de la ONU con la dignidad humana"; Rodolfo CRUZ MIRAMONTES: "Derecho internacional del comercio, derecho del comercio internacional o derecho del comercio exterior?; Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO: "Aportación de México al arbitraje de inversión"; Beatriz MALDONADO SIMÁN: "La guerra justa de Francisco de Vitoria"; Juan Cadet ODIMBA-ON'ETAMBALAKO W.: "Logros alcanzados y ajustes pendientes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; Elena F. Pérez Carrillo: "Cohesión territorial, competitividad y responsabilidad social corporativa en la Unión Europea"; Nora RAMÍREZ FLORES: "La mujer en la diplomacia mexicana"; Mario RAMÍREZ NECOCHEA: "La buena fe en los contratos internacionales"; José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN: "La aplicación del derecho internacional general a las actuaciones de organizaciones internacionales. La práctica de las Comunidades . Europeas-Unión Europea"; José Luis SIQUEIROS: "La Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro. Versión final"; y Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS: "Orientaciones básicas de la enseñanza del derecho internacional en ciencias políticas y sociales".

En la sección dedicada a la práctica internacional mexicana se comentan noticias tales como la adopción, el 23 de marzo de 2005, de la Declaración conjunta de la Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte (ASPAN), también conocida como TLCAN-*Plus*; de la aprobación el 23 de marzo de 2005 de la resolución 59/280 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la que se adopta la Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación Humana; de la sentencia dictada en 2005 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitiendo erróneamente que la zona económica exclusiva forma parte del territorio mexicano, lo que conllevaría que en este espacio marítimo se aplique la ley penal interna y que las autoridades nacionales disfruten de jurisdicción para sancionar los delitos que en ella se cometan, decisión justamente criticada por ministro José Ramón Cossío Díaz en su voto particular; de la aprobación y entrada en vigor de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y sus efectos beneficiosos para la ejecución de las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueda dictar contra México; de la ratificación del Estatuto de Roma por el que se creó la Corte Penal Internacional tras la polémica reforma de la Constitución nacional para adaptarla al mismo; y de la discutible posición de distintas instancias judiciales mexicanas respecto de la prescripción del delito de genocidio como consecuencia de la irretroactividad de la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968.

Cierra este volumen una interesante y apasionada polémica acerca de la legalidad de la intervención armada de las tropas de algunos Estados en Irak en 2003 para derrocar al antiguo Jefe de Estado, Sadam Hussein, hoy ya juzgado, condenado a muerte y ejecutado, que se inició con un trabajo publicado en el volumen IV de este Anuario por los profesores españoles Romualdo Bermejo García y Carlos Ruiz Miguel sobre "La legalidad de la reanudación de la guerra en Iraq" y continúa ahora con la replica del profesor y ex-embajador mexicano José Luis Vallarta Marrón, titulada "La supuesta legalidad de la reanudación de la guerra en Irak. Réplica a una defensa de la posición de José María Aznar" y la respuesta de los anteriores.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VII. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2007, 872 págs.

Las contribuciones doctrinales publicadas en el presente volumen se organizan en dos categorías. La primera de ellas agrupa los artículos de José B. ACOSTA ESTEVEZ: "Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra en el Derecho penal español bajo el principio de jurisdicción universal"; Alfonso Manuel CHACÓN MATA: "Protección de los niños según el derecho internacional humanitario. Un breve recuento desde los Convenios de Ginebra hasta el desafío actual de la Corte Penal Internacional"; Francisco Javier DONDE MATUTE: "Consideraciones en torno a la implementación de los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional"; David ENRIQUEZ: "Terrorismo marítimo y libertad de navegación. La actividad de la Organización Marítima Internacional en materia de protección y los claroscuros del Convenio SUA y del Protocolo SUA de octubre de 2005"; Franc MAES: "Los principios de Derecho ambiental, su naturaleza y su relación con el Derecho internacional marítimo. Un cambio para los legisladores nacionales" ; Georg NOLTE: "Sobre crisis y crecimiento del Derecho internacional en sesenta años de Naciones Unidas"; Hugo PERZCANO DIAZ: "Los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano"; Sonia RODRIGUEZ JIMENEZ: "Eficacia extraterritorial de las sentencias mexicanas en materia de alimentos. Especial consideración a la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias"; Mauricio Iván del TORO Huerta: "La jurisdicción universal en materia civil y el deber de reparación por la violaciones graves a los derechos humanos"; Eduardo TORRES ESPINOSA: "El Banco Central Europeo. Aspectos jurídicos, institucionales y políticos"; Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS: "El problema de los Estados mediterráneos o sin litoral en el Derecho internacional marítimo. Un estudio de caso: el diferendo Bolivia-Perú-Chile". Mientras que en la segunda se incluyen los comentarios científicos elaborados por Hidemberg ALVES DA FROTA: "O muro israelense. Reflexões e perspectivas jurídicas (visão multicultural)"; Tania GARCIA LOPEZ: "El principio d ela reparación del daño ambiental en el Derecho internacional público. Una aproximación a su recepción por parte del Derecho mexicano"; Jean Marie HENCKAERT: "Estudio sobre el Derecho internacional humanitario consuetudinario. Una contribución a la comprensión y al respeto del Derecho de los conflictos armados"; Sergio PEÑANEIRA: "Balancing rights and obligations in sharing benefits from natural genetic resources: Intrernationa legal rules"; Elen F. PÉREZ CARRILLO: "Protección d elos derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario europeo actual"; Nora RAMÍREZ FLORES: "Cláusula *Rebus Sic Stantibus*: ¿una opción para el problema del agua en la frontera norte?; Pablo César REVILLA MONTOYA: "Hacia la responsabilidad d eproteger. Bases jurídics para una respuesta colectiva ante las crisi humanitaris"; Alejandro RODILES: "*Coalitions of the Willing*: coyuntura, contexto y propiedades. Un primer esbozo"; y César A. VILLEGAS DELGADO: "El marco jurídico de las personas que participan en actos de violencia. Una respuesta desde el Derecho internacional".

Por último, tras la sección dedicada a la reseña de algunas destacadas novedades editoriales, se incorpora, dentro del apartado dedicado a la práctica internacional mexicana, el texto de la Declaración las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por el Consejo de Derecho Humanos el 29 de junio de 2006, junto con un breve comentario sobre la misma a cargo de Jorge Alberto González Galván; así como el voto particular que formuló el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación José Ramón Cossío respecto de la decisión del pleno que denegó el amparo a seis detenidos, cuya extradición a España había sido concedida por las autoridades mexicanas a la vista de su presunta participación en actividades terroristas, en el que defiende la aplicación de la Constitución nacional con preferencia a las normas internacionales vigentes, aun a riesgo de incurrir en la correspondiente responsabilidad internacional, precedido de una introducción por parte de Manuel Becerra Ramírez, quien da pábulo a la disparatada tesis conforme a la cual los interesados son perseguidos en España por sus ideas políticas; y las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados, de 5 de julio de 2006, y en Líbano, como consecuencia de las operaciones militares de Israel para la liberación de los soldados capturados por la guerrilla de hezbolá, de 11 de agosto de 2006, con la explicación del voto del representante del gobierno de México en cada caso, y la Resolución sobre este último conflicto aprobada por el Consejo de Seguridad ese mismo día.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª ed., Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2003, 990 págs.

La atención prestada por la doctrina científica a las cuestiones jurídicas que suscitan las organizaciones internacionales se ha incrementado en las últimas décadas paralelamente al aumento de la importancia que supone para la comunidad internacional la cooperación institucionalizada entre los Estados, dando lugar a una numerosa y notable literatura especializada de la que constituye un exponente destacado la obra del Dr. Cançado Trindade, quien ya en 1990 publi-

có la primera edición de esta obra en la que se recopilan, convenientemente sistematizadas por temas, sus principales contribuciones al estudio de la materia. En esta nueva entrega, en la que se revisan, actualizan y amplían las de 1990 y 2001, los trabajos se estructuran en diez partes, de las que la primera, relativa a "La personalidad jurídica, la interpretación de poderes y la delimitación de competencias", incluye sendos análisis sobre "Nações Unidas: personalidade jurídica, interpretação de poderes e delimitação de competencias"; "A evolução das competências das órgãos políticos internacionais: os casos da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos"; y "O domínio reservado dos Estados na prática das Nações Unidas e Organizações regionais". La Parte II, sobre "Capacidad para celebrar tratados", agrupa los trabajos titulados "Subsídios para la elaboração de Instruções à Delegação do Brasil à Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986"; y "Consolidação das posições do Brasil na Conferência das Nações Unidas sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (Viena, 1986)". La Parte III, referida a la "Estructura" de las organizaciones internacionales, se configura con los estudios sobre "Análise crítica do Projeto de Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano"; "Aspectos jurídicos do processo de negociação do tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano"; "O Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano (1987): breve notícia histórica"; y

"A questão da solicitação da Comunidade Econômica Européia (CEE) de admissão como membro pleno da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO): elemento básicos para tomada de posição do Brasil". La Parte IV, centrada en el "Proceso de decisión", recoge los artículos relativos al "Processo decisório nos organismos internacionais na América Latina"; y al "Processo decisório no sistema interamericano: cálculo da maioria necessária para a tomada de decisões na XIV Assembéia-Geral da OEA". La Parte V, que trata acerca del "Funcionamiento" de las organizaciones internacionales, consta de las contribuciones sobre "As Nações Unidas e a nova ordem econômica internacional (com antenção especial aos Estados latino-americanos)"; "As Consultas Mundiais das Nações Unidas sobre a realização do direito ao desenvolvimento como um direito humano (1990)"; "Sistema Interamericano (Organização dos Estados Americanos): evolução, balanço e perspectivas"; y "As Organizações Latino-Americanas e sua influência nas relações internacionais". La Parte VI analiza los "Actos (resoluciones): naturaleza y efectos jurídicos", a través de los trabajos sobre "Fundamentos jurídicos, natureza, efeitos e alcance das sanções do Brasil à África do Sul: o Decreto n. 91.524 de 9 de agosto de 1985 e as medidas contra o *apartheid*"; "Medidas coercitivas de caráter econômico e proposta de alteração do artigo 19 da Carta da OEA: elementos básicos para tomada de posição do Brasil"; y "O impacto de tratados e resoluções nas relações internacionais na América Latina". La Parte VII está configurada por un único trabajo referido a los "Privilégios e imunidades das organizações internacionais". La Parte VIII, que aborda la cuestión de la "Seguridad colectiva y mantenimiento de la paz internacionales", comprende los estudios sobre "Bases jurídicas e operação das missões de observação e das forças de paz internacionais"; y "A Ata de Contadora revisitada: desenvolvimientos recentes, os quatro Protocolos Adicionais e a posição do Brasil"; La Parte IX examina su "Contribución al Derecho internacional" mediante las correspondientes investigaciones acerca de "A contribução das Organizações Internacionais ao desenvolvimento progressivo do Direito internacional"; y "A expansão do Direito das Organizações Internacionais: sua extensão a novas áreas da atividade humana". Por último, en la Parte X se aventuran algunas "Perspectivas" sobre la materia al examinar la "Evolução e perspectivas das cartas constitutivas e do Direito das Organizações Internacionais". Las aportaciones científicas contenidas en este volumen se complementan con un anexo que reproduce el texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados entre organizaciones internacionales o entre Estados y organizaciones internacionales, de 1986; un índice bibliográfico; una relación de las obras del autor y un índice temático. En definitiva, la presente obra puede considerarse el complemento imprescindible a la publicada por el autor bajo el título *O Direito internacional em um mundo em transformaçâo*. Rio de Janeiro. 2002, en la que se recopilan algunos de sus distintos escritos sobre las cuestiones más relevantes del Derecho internacional sustantivo.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Ediciones Parthenon. Madrid. 2007. 632 págs.

Aunque el tratamiento jurídico que deberían merecer los crímenes cometidos antes de un proceso de transición a la paz y/o la democracia es un tema tan antiguo como la democracia misma, fue a partir del último cuarto del siglo pasado cuando concitó el mayor interés de la doctrina, inaugurándose un ámbito propio de estudio bautizado con el neologismo de "justicia transicional". Sin embargo,

dentro del mismo no son muchos los autores que habían escogido la perspectiva del Derecho internacional para examinar la enorme problemática que concurre en las experiencias transicionales. Pues bien, la presente obra trata de cubrir tal vacío y acabar con lo que el autor denomina "marginación fáctica" del ordenamiento jurídico internacional en este punto.

Efectivamente, partiendo del Derecho internacional general, el Derecho interna-cional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos, pero sin renunciar a las herramientas analíticas que proporciona la Ciencias Política, esta completa monografía sistematiza, examina y propone una vía hacia un modelo internacional para afrontar los crímenes de Derecho internacional y las violaciones de los derechos humanos cometidas con anterioridad a los procesos de transición simple o doble, centrando su atención en las recientes experiencias iberoamericanas, lo que se explica no solo por motivos de afinidad personal y por la especial vinculación afectiva del autor con las naciones y las gentes de esa zona, sino sobre todo porque en las últimas transiciones a la democracia y/o la paz en Iberoamérica se pueden encontrar los más variados e interesantes desarrollos en el tratamiento de los crímenes pasados, originando muchas de las tendencias que luego se han generalizado, motivo por el cual la elección de esta región como referente prioritario resulta más que oportuna.

En cuanto a su estructura y contenido, tras la presentación y el prólogo, redacta-dos, respectivamente, por los profesores Hernando Valencia Villa y Luis Ignacio Sán-chez Rodríguez, la obra se inicia con un capítulo introductorio en el que se realiza un detenido estudio de las diferencias y similitudes entre el régimen de la responsabilidad internacional del Estado y el de la responsabilidad internacional del individuo. A conti-nuación, la Parte I analiza el concepto, el fundamento y las manifestaciones concretas de la responsabilidad internacional del individuo (capítulos II a IV); para proseguir con un examen de las obligaciones derivadas de aquellos actos que, constituyendo crímenes de Derecho internacional, también pueden ser calificados como violaciones a los derechos humanos (capítulos V-VI), que supone un análisis destacable y actualizado del Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos.

Una vez identificado el conjunto de obligaciones existentes a la hora de sancionar los crímenes de derecho internacional y, en su caso, las violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado, la Parte II de la obra acomete el análisis de su aplicación en las transiciones habidas en el subcontinente americano. Este estudio se inicia estableciendo los conceptos teóricos necesarios, así como las características generales de los procesos de transición a examen, sin desatender las pautas básicas de aplicación del Derecho internacional a los mismos,

ni los cauces previstos para evitar que el ordenamiento jurídico internacional aparezca como un conjunto normativo indiferente ante los problemas y dificultades que atraviesan los Estados considerados (capítulo VII). Este último aspecto es una preocupación recurrente del autor, que muestra su sensibilidad y experiencia sobre la problemática de las transiciones iberoamericanas, fruto probable de los muchos viajes e investigaciones que ha realizado sobre el terreno. En ninguna parte del libro se apuesta por la aplicación simple y automática de las normas establecidas en el Derecho internacional, sino que es constante la búsqueda "modulaciones al régimen general" para atender a los retos y limitaciones de las transiciones precedidas de graves y masivos crímenes. Aunque el autor se refiere a lo largo del libro a experiencias de todas las partes del mundo, en el capítulo VIII se centra en el análisis exhaustivo de seis casos particulares: En Centroamérica, Guatemala, Honduras y El Salvador; en Suramérica, Argentina, Uruguay y Chile. En ellos se condensan paradigmáticamente casi todo lo ensayado en otras experiencias en el mundo, tanto en relación con los crímenes perpetrados, como respecto a las medidas adoptadas para enfrentarlos durante los procesos de transición.

Los dos últimos capítulos del libro concretan las más específicas aportaciones de esta obra. El capítulo IX confronta las medidas adoptadas para hacer frente –o no– a los crímenes perpetrados (amnistías, indultos, enjuiciamientos selectivos, programas de reparación) con la normativa internacional vigente; mientras que el décimo y último capítulo explora y evalúa jurídicamente otras alternativas en atención a los retos cuantitativos, cualitativos, políticos, y temporales presentes en todas estas transiciones (desde la suspensión o denuncia de las normas convencionales, hasta el "efecto útil" de las obligaciones internacionales, pasando por la imposibilidad de cumplimiento o el cambio en las circunstancias en estas situaciones, y el estado de necesidad y/o la suspensión del ejercicio de derechos/garantías respecto a las experiencias en que concurren amenazas de golpes de Estado). El libro se completa con unas conclusiones exhaustivas, rigurosas y de gran utilidad para todos aquellos interesados en esta compleja temática y se cierra con una rica y actualizada serie de anexos bibliográficos.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*, vol. 39 (enero-junio 2004). San José de Costa Rica, 344, págs.

Abre este volumen un texto retrospectivo, en el que, bajo el título "Recordando los inicios de las Corte Interamericana de Derechos Humanos",

Thomas BUERGENTHAL, actual juez de la Corte Internacional de Justicia y antiguo Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que llegó gracias a la correspondiente propuesta costarricense, al no haber ratificado nunca su país de origen, los Estados Unidos, el Pacto de San José, después de firmarlo en enero de 1977, rememora el establecimiento de la misma y comenta alguno de los casos que le fueron sometidos en aquella primera época. A continuación, los trabajos doctrinales que lo integran se distribuyen en dos apartados, el primero de los cuales contiene aquellos estudios que enfocan el análisis de la rica y variada problemática jurídica planteada por la promoción y defensa de los derechos humanos desde la perspectiva específica del Derecho internacional, tal y como lo hacen las aportaciones de Antônio Augusto CAN-ÇADO TRINDADE: "The right to live: The illegality under contemporary international law of all weapons of mass destruction"; Humberto HENDERSON: "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*"; Fabián SALVIOLI: "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos"; Tatiana FLORES ACUÑA: "The Rome's Statute sexual related crimes: An appraisal under the light of international humanitarian law"; Valerio DE OLIVEIRA MAZZUOLI: "El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño". Junto a ellos, los artículos de Diego ITURRALDE G.: "Pueblos indígenas, derechos económico, sociales y culturales y discriminación"; Bartolomé CLAVERO: "El derecho indígena entre derecho constitucional y derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni"; y Elliot J. SCHRAGE: "El sector empresarial y los derechos humanos: ¿puede el sector privado contribuir a promover los derechos humanos en el sector cafetalero", al no tener perfil iusinternacionalista, y en el último caso ni siquiera jurídico, dotan al volumen de un carácter interdisciplinar que complementa y enriquece su contenido.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*, vol. 40 (julio-diciembre 2004). San José de Costa Rica, 521, págs.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos vuelve a convertir su Revista semestral en el cauce de expresión del Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos, que anualmente se celebra en San José, consagrando esta edición especial con carácter monográfico a la publicación de las ponencias de algunos profesores y los trabajos de algunos de los alumnos que participaron en la edición XXII del mismo, celebrada en agosto de 2004, todos ellos referidos a

cuestiones relacionadas con la protección de los derechos económicos sociales y culturales. Efectivamente, tras el prólogo de Enrique V. IGLESIAS, por aquel entonces Presidente del Banco Interamericano de Desarrollo y en la actualidad Secretario General de la SEGIB, sobre "Derechos humanos y desarrollo económico y social", se incluyen los estudios de Mónica PINTO: "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano"; Manuel E. VENTURA ROBLES: "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales"; Mariella SAETTONE: "El Estado de Derecho y los derechos económicos, sociales y culturales de la persona"; y Ernesto OTTONE: "Las nuevas dimensiones de la igualdad", que tratan acerca de cuestiones generales relacionadas con la protección de los mismos; mientras que otros se refieren en particular a alguno de ellos, como es el derecho al trabajo, objeto de estudio por parte de Rodolfo E. PIZA ROCAFORT: "Derecho al trabajo y derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre Los derechos económicos, sociales y culturales"; y Blanca TIRACHINI: "Empresas recuperadas: Recuperación del derecho al trabajo"; el derecho a la salud, abordado en los artículos de Javier VASQUEZ: "El derecho a la salud"; Lucía MONTIEL:: "Derecho a la salud en México: Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria"; y Julieta AROSTEGUY: "Investigación biomédica: La responsabilidad moral de los agentes estatales en el cumplimiento del derecho a la salud"; el derecho a la educación, que aborda Katarina TOMASEVSKI: "Indicadores del derecho a la educación"; cerrando el volumen una sección que, con el enunciado de "Tranversalidades", incluye las contribuciones de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE: "El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal"; Flavia PIOVESAN: "Los retos de la sociedad civil en la defensa de derechos económicos, sociales y culturales"; y Esteban ARIAS MONGE: "La discapacidad y el desarrollo de los pueblos".

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*, vol. 41 (enero-junio 2005). San José de Costa Rica, 364, págs.

De nuevo la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos publica un número monográfico, aunque en esta ocasión no está vinculado al programa académico del Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos de San José, sino que se trata de una edición especial sobre Derecho indígena –no

sobre los derechos de los indígenas–, en la que, tras la presentación del Director Ejecutivo del Instituto Roberto CUELLAR M.: "Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución del *Ombudsman*", se incluyen una serie de trabajos cuyo objeto es analizar la situación actual del Derecho indígena en América Latina, ya sea con carácter general, como ocurre con el elaborado por Diego A. ITURRALDE G.: "Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas"; ya sea fijándose en aspectos concretos del mismo o en su vigencia y operatividad en determinados lugares, tal y como hacen Fernando BAZÁN CERDÁN: "El estado del arte del derecho consuetudinario: El caso del Perú"; Ricardo COLMENARES OLÍVAR: "El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas"; Rubén CHACÓN CASTRO: "El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial"; Fernando GARCÍA S.: "El estado del arte del derecho consuetudinario en Ecuador"; Clarisa Indiana IBARRA RIVERA: "El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa Caribe nicaragüense, ¿utopía o realidad?"; Ramiro MOLINA RIVERO: "La interculturalización de la justicia": Reflexiones en torno a Estado y Derecho en Bolivia"; Guillermo PADILLA: "Pluralismo jurídico y paz en Guatemala"; Esther SANCHEZ BOTERO: "Reflexiones en torno a la jurisdicción especial indígena en Colombia"; María Teresa SIERRA: "Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad". La parte final se dedica al análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso de los pueblos indígenas a la justicia y está conformada por los comentarios de Lorena GONZÁLEZ VOLIO: "Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El caso Yatama contra Nicaragua"; y Andrés D. RAMÍREZ: "El caso de la comunidad indígena *Yakye axa vs*. Paraguay".

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*. Vol. 42 (julio-diciembre 2005). San José de Costa Rica, 479, págs.

La indiscutible importancia de la consolidación y el desarrollo de la democracia, los derechos políticos y la participación ciudadana en los Estados del ámbito iberoamericano determinó que la Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos decidiera, en el vigésimo quinto aniversario de su creación, dedicar monográficamente a dicha temática su XXIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, celebrado en San José en julio de

2005, así como la presente entrega de su Revista, que recopila las ponencias de los docentes allí expuestas junto con algunos trabajos de investigación elaborados por los participantes en el mismo –tal y como ya ocurriera con los números 34-35, correspondientes al periodo comprendido entre julio de 2001 y junio de 2002 y excepcionalmente publicados en un único volumen, que se centraron en el derecho a la participación política–. De este modo, tras la las reflexiones del Director Ejecutivo del Instituto, Roberto CUELLAR M.: "Los derechos políticos y las realidades de la democracia", acerca del propio Instituto, su mandato, su labor, la situación de los derechos humanos y la democracia, las aportaciones del Curso se organizan en tres categorías, la primera de las cuales incluye los trabajos referidos a "Los derechos políticos en el ámbito interamericano" redactados por Manuel E. VENTURA ROBLES: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos"; Santiago A. CANTON: "La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y democracia"; y Diego GARCIA-SAYAN: "La protección internacional de los derechos políticos en el contexto interamericano: la Carta Democrática Interamericana". El segundo grupo de contribuciones gira en torno al tópico de "Democracia, sistemas electorales y partidos políticos", acerca del que escribieron sus contribuciones Manuel E. GÁNDARA CARBALLIDO: "Ética, diálogo y democracia"; Edelberto TORRES-RIVAS: "Las crisis de las democracias en Latinoamérica"; Flavia FREIDENBERG: "Abriendo la caja negra... Reforma partidista y dilemas democráticos en América Latina"; Álvaro ARTIGA-GONZÁLES: "Democratización de los partidos políticos. Retos y desafíos en el ámbito regional"; Fernando TUESTA SOLDEVILLA: "Sistemas electorales en América Latina"; Daniela GIL SEVILLA "El voto en el extranjero: Un acercamiento al modelo mexicano"; y Raúl Ricardo ZUÑIGA SILVA: "Modelo de capacitación electoral centrado en el instructor". Por último, el resto de los estudios que configuran este volumen analizan la situación de los "Derechos políticos en las realidades nacionales" de algunos de los Estados del área. Se trata de los trabajos de Yoleth Emelina CALDERÓN UMANZOR: "Ejercicio y límites de los derechos políticos en la legislación hondureña"; Horacio Luis María LAZZARI MATHIEU: "Algunas consideraciones sobre la participación política indígena en Guatemala"; Flávio PIMENTA DE SOUZA: "Effective policies and legal strategies for fighting political corruption in the funding of political parties and election campaigns in Brazil: empowering the ordinary citizen, preventing conflicts of interest reaching congressional investigations"; Aide PERALTA ZAMBRANO: "Ley de cuotas y participación política de las mujeres en Ecuador"; y Karina VARGAS HERNÁNDEZ: "Desencuentros entre la participación política tradicional y la participación política formal: la participación política del pueblo Shipibo Konibo dentro del proceso de la descentralización".

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Revista IIDH*, vol. 43 (enero-junio 2006). San José de Costa Rica, 450, págs.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos prosigue su encomiable labor de divulgación de los derechos humano, creando una conciencia política, en las autoridades y entre la población, favorable a su promoción y respeto, y fomentando la discusión y el análisis sobre los nuevos retos a los que se enfrenta la protección de los mismos y acerca de la forma más adecuada y eficaz de hacerlos frente. Para ello se sirve, sobre todo, de las valiosas herramientas que constituyen sus Cursos Interdisciplinarios en Derechos Humanos, celebrados anualmente en San José, y la presente Revista, que en este número incluye, dentro del apartado doctrinal, los estudios jurídicos de Pedro NIKKEN: "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana"; Hidembeg ALVES DA FROTA: "A universalidade dos direitos humanos no mundo muçulmano"; Bernal ARIAS RAMÍREZ: "Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos"; y Mónica FERIA TINTA: "La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento"; que se complementan con el enfoque aportado por otros trabajos de contenido interdisciplinar firmados por Auro FRASER: "From forgotten through friction to the future: The evolving relationship of the Anglophone Caribbean an the Inter-American system of human rights"; Felipe GONZÁLEZ MORALES: "Censura judicial y liberta de expresión: sistema interamericano y derecho chileno"; Humberto HENDERSON: "La ejecución extrajudicial o el homicidio en la legislaciones de América Latina"; Erin KOENING: "The humanity of urbanity: Human rights between the streets and citizens of Latin American"; Julissa MANTILLA FALCÓN: "La Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú y la perspectiva de género: principales logros y hallazgos"; Ricardo VALVERDE: "Reflexiones sobre la democratización de los partidos políticos en Centroamérica y Panamá"; Rocío VILLANUEVA FLORES: "Protección constitucional de los derechos sexuales".

VV.AA: *Liber Amicorum en honor al Dr. Enrique Mapelli López*. Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial. Buenos Aires, 2007. 556 págs.

Si hubiese que resumir el rico perfil intelectual del Dr. Enrique Mapelli López eligiendo tres rasgos que lo definan su faceta de jurista, tal vez habría que destacar, en primer lugar, su predilección por los temas relacionados con el Derecho aéreo, tanto interno como internacional; en segundo lugar, la perfecta y armónica complementación entre su destacada labor profesional, al frente de la Asesoría Jurídica de las Iberia, y sus numerosas actividades académicas, como docente e investigador, que le dotaron de una formación, tanto teórica como práctica, sólida y sin fisuras, así como de una perspectiva integral de las cuestiones jurídicas en presencia; y, en tercer lugar, su declarada vocación americanista, circunstancias todas ellas que, desde el punto de vista institucional, confluyeron y han encontrado el cauce de expresión adecuado en su pertenencia y participación activa en los trabajos de entidades científicas como el IHLADI, al que se incorporó hace más de tres décadas, la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial, de la que es Vicepresidente, el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, del que fue Secretario General. En consecuencia, a la vista de la especialidad que el Dr. Mapelli ha cultivado a lo largo de su intensa y extensa trayectoria profesional, científica y académica, resulta enteramente lógico que la práctica totalidad de los veintiocho trabajos incluidos en el Libro Homenaje que con todo merecimiento le brinda la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial, aborden el análisis de diversas e interesantes cuestiones jurídicas relacionadas con el transporte aéreo. Efectivamente, tras la síntesis de su *curriculum vitae* y la semblanza personal elaborada por el Dr. Mario O. FOLCHI, Presidente de la Asociación y coordinador de esta obra, se suceden las aportaciones de Jorge ÁLVAREZ MENDEZ: "Responsabilidad patrimonial del Estado, la administración federal de aviación de los Estados Unidos de América y la líneas áreas nacionales. Un tema interesante"; Jorge Francisco BIANCHI HAMANN: "¿Debe retribuirse en todos los casos las asistencia aeronáutica"; Mario CASANOVA: "Autonomía, particularismo o especialidad del Derecho aeronáutico"; Gloria Argentina CASTRO ALVARADO: "Legislación aeronáutica hondureña"; Judith CASTRO JO-ZAMI: "Justicia y responsabilidad aeronáutica: Antagonistas del Derecho aeronáutico"; Roxana CORBRAN: "Aéreo ecología jurídica"; Marta CUTILLAS MAPELLI: "As-pectos civiles y procesales del incidente aéreo provocado por pasajero insubordinado"; Marina DONATO: "Nuevos fenómenos antijurídicos que afectan al sistema de aviación civil internacional y su repercusión en los derechos del usuario"; Javier ELEIZALDE

PEÑA: "El transporte aéreo en Venezuela"; Juan Carlos FAIDUTTI "Enrique Mapelli"; Manuel Augusto FERRER: "Semblanza de un amigo"; María del Luján FLORES "La fragilidad del infinito"; Augusto Fuster COLUNGA: "Centenario de la aviación-transporte aéreo: Pasado, presente y futuro"; Alicia PRESTO DE GONZALEZ y Marta GAGGERO MONTANER: "Reflexiones acerca del billete electrónico"; Rodolfo A. GONZÁLEZ-LEBRERO: "Accidentes e incidentes de aviación"; María Cristina GRU-NAUDER DE FALU: "Breves consideraciones respecto a la contaminación sonora cau-sada por la actividad aérea de las infraestructuras aeroportuarias"; María Jesús GUERRERO LEBRON: "Las reclamaciones por irregularidades en el transporte aéreo de equipajes"; María del Ángel IGLESIAS VAZQUEZ: "La sentencia de 10 de enero de 2006 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto 344/04): Las líneas de bajo coste, el Reglamento (CE) 261/04 y el Convenio de Montreal de 1999"; Miguel H. MENA RAMÍREZ: "La globalización en el transporte aéreo"; Alicia N. MIGUEL: "El billete electrónico"; José Ramón MORALES RODRÍGUEZ: "La responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento del contrato de transporte a la luz de la juris-prudencia española"; Orlando Eduardo NATIELLO: "El fenómeno de la «desinterme-diación» en el transporte aéreo comercial"; Francisco NAVARRETE: "Cuarenta años en la evolución del transporte aéreo"; José Daniel PARADA VAZQUEZ: "Algunos aspectos jurídicos a considerar a propósito del homenaje al Doctor Enrique Mapelli"; Diego PARDO TOVAR: "La regulación andina sobre los derechos de los pasajeros"; Mª Victoria PETIT LAVALL: "La gestión de los aeropuertos españoles"; Dante L. RICCHIUTI: "La modernización del Convenio de Roma de 1952 sobre daños a terceros en la superficie"; Jorge Rubén ROSAS: "Las comunicaciones aéreas y marítimas a través del istmo de Panamá".

Rubén CARNERERO CASTILLA

NOTICIARIO DEL IHLADI

CUADRO DE HONOR DEL IHLADI

PRESIDENTES DE HONOR DE CONGRESO

Echeverría, Luis (México).
(X Congreso, Guanajuato, 1974).

Herrera Campins, Luis (Venezuela).
(XII Congreso, Mérida, 1980).

Belaúnde Terry, Fernando (Perú).
(XIII Congreso, Lima, 1982).

S.M. el Rey de España D. Juan Carlos I
(XVII Congreso, Cáceres, 1992).

Sampaio, Jorge (Portugal).
(XIX Congreso, Lisboa, 1996).

Estrada, Joseph E. (Filipinas).
(XX Congreso, Manila, 1998).

Flores, Carlos Roberto (Honduras).
(XXI Congreso, Tegucigalpa, 2000).

Flores Pérez, Francisco (El Salvador)
(XXII Congreso, San Salvador, 2002).

Gutiérrez Borbúa, Lucio (Ecuador)
(XXIII Congreso, Quito, 2004).

Rodríguez Zapatero, José Luis (España).
(XXIV Congreso, Granada, 2006).

VICEPRESIDENTES DE HONOR DE CONGRESO

Rabassa, Emilio O. (México).
(X Congreso, Guanajuato, 1974).

Zambrano Velasco, José Eduardo (Venezuela).
(XII Congreso, Mérida, 1980).

Arias Stella, Javier (Perú).
(XIII Congreso, Lima, 1982).

Brizuela de Avila, María Eugenia (El Salvador)
(XXII Congreso, San Salvador, 2002).

MIEMBROS DE HONOR DE CONGRESO

Oreja Aguirre, Marcelino (España).
(XI Congreso, Madrid-Salamanca, 1977).

Llosa Pautrat, Jorge Guillermo (Perú).
(XIII Congreso, Lima, 1982).

Siazon, Jr., Domingo L. (Filipinas).
(XX Congreso, Manila, 1998).

Flores Bermúdez, Roberto (Honduras).
(XXI Congreso, Tegucigalpa, 2000).

MIEMBROS DE HONOR DEL INSTITUTO

Carrillo Salcedo, Juan Antonio (España)

Asociado: V Congreso, Santiago de Compostela, 1966; Miembro: XI Congreso, Madrid, 1977; Director del Instituto: 1989-1991; 1996-1998 y 2000-2002; Presidente del Instituto: 1992-1994; Miembro de Honor: XXIV Congreso, Granada, 2006.

CONSEJO DIRECTIVO (art. 15)
(2006 - 2008)

PRESIDENTE:

José Carlos Fernández Rozas (España)

DIRECTORES:

Raúl Emilio Vinuesa (Argentina)
Hugo Llanos Mansilla (Chile)
Rafael Nieto Navia (Colombia)
Manuel Ventura Robles (Costa Rica)
Rodolfo Ceprián Molina (Ecuador)
Mauricio Gutiérrez Castro (El Salvador)
Carlos Jiménez Piernas (España)
Luis García-Corrochano (Perú)
Héctor Gros Espiell (Uruguay)
Jorge Albornoz Oliver (Venezuela)

SECRETARIO GENERAL:

Prometeo Cerezo de Diego (España)

XXIV CONGRESO DEL IHLADI

BREVE CRÓNICA DEL XXIV CONGRESO DEL IHLADI

Hace tiempo que la Secretaría General del Instituto acariciaba la idea de la celebración de uno de sus congresos en la ciudad de Granada, ciudad que a su monumentalidad artística añadía su larga tradición universitaria y su vinculación con la gesta del descubrimiento de América.

El ofrecimiento, durante la celebración del Congreso de Quito, del Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Granada, para organizar en dicha ciudad el siguiente Congreso fue recibido calurosamente y aprobado por aclamación por la Junta de miembros, que nombró Presidente de la Comisión organizadora al Dr. D. José Carlos Fernández Rozas y Vicepresidente al Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, encomendando a ambos el nombramiento del resto de los vocales.

Por su parte, la Comisión eligió para la Presidencia de Honor al Excmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Zapatero, Presidente del Gobierno de España, con el Comité de Honor formado por el Excmo. Sr. D. Manuel Chaves González, Presidente de la Junta de Andalucía, el Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Moratinos Cuyaubé, Ministro de Asuntos Exteriores del Gobierno de España, el Excmo. Sr. D. José Torres Hurtado, Alcalde de Granada, y el Excmo. Sr. D. David Aguilar Peña, Rector de la Universidad de Granada, y el patrocinio del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, la Presidencia de la Junta de Andalucía, la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía, el Ayuntamiento de Granada, la Universidad de Granada, la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada y CajaGranada, fijando la celebración del Congreso entre el 11 y el 15 de septiembre de 2006.

Los congresistas fueron recibidos el domingo día 10 de septiembre, unos en el aeropuerto y otros directamente en el Hotel Granada-Center, sede del Congreso. Por la tarde a las 18 horas se inició el registro de participantes, a las 19 se reunió el Consejo Directivo y a las 21 horas la Comisión organizadora ofreció una cena de bienvenida en el Hotel sede.

A las 10 horas del lunes día 11 se celebró, en el recinto de la Facultad de Derecho, una reunión de los miembros del Instituto para la organización de los trabajos y elección de las mesas de las Comisiones. En esta reunión se aprobó la propuesta de nombramiento de MIEMBRO DE

HONOR del Instituto al profesor doctor D. Juan Antonio Carrillo Salcedo, por los relevantes servicios prestados al mismo, que fue ratificada por aclamación por el pleno del Congreso. Siendo las 12 horas, se inició la ceremonia de inauguración del XXIV Congreso en el histórico y bellísimo Paraninfo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. En dicha sesión intervinieron con sendos discursos: el Secretario General del Instituto, el Presidente saliente, Dr. Rodolfo Ceprián Molina, el presidente entrante, Dr. José Carlos Fernández Rozas, el alcalde de Granada, D. José Torres Hurtado, y la Excma. Sra. Consejera de Justicia de la Junta de Andalucía, que cerró el acto.

A primeras horas de la tarde comenzaron las actividades científicas con una conferencia extraordinaria impartida por la Dra. Concepción Escobar Hernández, Catedrática de Derecho internacional público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Jefa de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, que disertó sobre: "Hacia una jurisdicción penal internacional".

Después de una breve pausa, el Dr. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre (España), presentó la primera ponencia sobre: "La competencia jurisdiccional penal internacional: pasado y presente", que fue seguida por amplios e interesantes debates por los oyentes de la sala. En días sucesivos se fueron presentando las restantes ponencias: "Jurisdicción internacional y responsabilidad individual: Nuevas tendencias del Derecho internacional penal", a cargo del Dr. Luis García-Corrochano (Perú); "Una mirada argentina sobre el Derecho penal internacional", elaborada por la Dra. Amalia Uriondo de Martinoli (Argentina), la cual no habiendo podido estar presente en el Congreso , tuvo como expositor al Dr. José Carlos Fernández Rozas; y "La supervisión del cumplimiento de sentencias en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", presentada por su autor, el Dr. Manuel Ventura Robles (Costa Rica).

Durante el Congreso, los asistentes fuimos agasajados con diversas recepciones ofrecidas por organismos oficiales: en el Palacio de Bibataubín, por el Consejo Consultivo de Andalucía. Al final de la misma el profesor Carrillo Salcedo pronunció unas palabras de agradecimiento en nombre del Instituto. El Ilustre Colegio Notarial de Granada ofreció una comida, el martes día 12, cuyo agradecimiento corrió a cargo del Dr. Vicente Simó Santonja, notario y miembro asociado del Instituto. El miércoles, día 13, tuvimos el tradicional día de descanso, con una visita guiada inolvidable al espacio monumental de la Alhambra de Granada y a los jardines del Generalife, seguida de una comida en el restaurante "Los Ángeles", ofrecida por la Junta de Andalucía. El Dr. Cançado Trindade pronunció un breve discurso de agradecimiento. También queremos referirnos a la recepción en el Hotel Real ofrecida por el Rectorado de la Universidad de Granada, cuyo agradecimiento realizó el Dr. Rey Caro, y al espectáculo flamenco organizado por el Dr. Sánchez Lorenzo.

El viernes día 15 se celebró la estatutaria reunión plenaria y junta de Miembros, en la que se aprobaron las conclusiones de las ponencias y se procedió a las elecciones de nuevos asociados, diez en total, y siete nuevos miembros que obtuvieron la mayoría absoluta de votos. Los Premios "Luis García Arias" y "José de Yanguas Messía" fueron declarados desiertos. En ese momento la Secretaría General recordó la necesidad de buscar una financiación pública o privada para impulsar y mantener la dotación futura de los mencionados premios. Otro tema muy debatido fue la necesidad de distribuir los "curricula vitae" de los nuevos candidatos a asociados y miembros antes de los Congresos, contando con las nuevas posibilidades tecnológicas que ofrece el correo electrónico.

Lamentablemente la Junta de Miembros no pudo aprobar la sede del próximo Congreso ni la Comisión organizadora al no haber ninguna propuesta en firme, quedando a cargo de la Secretaría General la realización de las gestiones oportunas para buscar la sede y elegir los temas y ponentes del próximo Congreso. La Junta de Miembros aprobó sendos votos de felicitación y agradecimiento a la Dra. Escobar Hernández, a los ponentes, y a las mesas de las Comisiones por su valiosa contribución científica y los trabajos realizados.

Igualmente, la Junta de Miembros aprobó por unanimidad un voto sincero de agradecimiento a todos los patrocinadores del Congreso y a cuantas personas y entidades contribuyeron a la excelente organización y desarrollo del mismo, especialmente a la Comisión organizadora y su entregado y eficiente conductor, el Dr. Sixto Sánchez Lorenzo. En nombre del Instituto muchas gracias a todos.

Prometeo Cerezo
Secretario General del IHLADI

CONCLUSIONES APROBADAS SOBRE LAS PONENCIAS Y OTROS ACUERDOS DEL XXIV CONGRESO DEL IHLADI

I COMISION

El XXIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Considerando la importancia de los principios que constituyen el fundamento del ejercicio de la competencia jurisdiccional penal internacional.

Constatando la evolución reciente que dichos principios ha experimentado en los tratados, las legislaciones y la jurisprudencia internacional e interna.

Recordando el deber de los Estados en la defensa y protección de los derechos humanos, así como en la persecución de las violaciones graves cometidas contra dichos derechos, adopta las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA: El principio de territorialidad implica que el delito tenga una conexión con los Estados, u organizaciones de integración regional en las que estos compartan el ejercicio de la jurisdicción penal, donde se perpetre la acción delictiva y en los Estados, o en dichas organizaciones de integración, donde tal acción produzca efectos.

SEGUNDA: El principio de personalidad activa debe basarse en la doble incriminación y que el delito, por tanto, sea punible en las legislaciones penales del Estado de la nacionalidad del inculpado y del Estado donde se ha cometido.

TERCERA: El principio de protección ha de concebirse sin dar lugar a su aplicación exorbitante, debiendo los Estados proteger los actos no punibles realizados en el territorio de un Estado, aunque puedan considerarse delictivos por las leyes penales de otro Estado.

CUARTA: La práctica reciente de numerosos Estados manifiesta una tendencia al progresivo reconocimiento de la jurisdicción penal universal en los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura u otros delitos especialmente graves contra los derechos humanos, en los que los Estados tienen el deber de procesar o de extraditar a las personas acusadas de los mismos.

QUINTA: El ejercicio de la jurisdicción penal universal en estos supuestos se justifica por la finalidad de que los autores de actos de tanta gravedad no queden impunes.

SEXTA: La jurisdicción penal universal ha de fundarse en cada caso en normas internacionales establecidas en tratados internacionales o en reglas internacionales generalmente aceptadas.

SÉPTIMA: El ejercicio de la jurisdicción penal universal tiene un carácter subsidiario respecto de:

a) la jurisdicción de tribunales penales internacionales como, por ejemplo, la Corte Penal Internacional.

b) la jurisdicción penal de los Estados en que los actos imputados fueron cometidos, de los Estados de la nacionalidad de los presuntos autores o de la nacionalidad de las víctimas.

OCTAVA: El enjuiciamiento, en el ejercicio de la competencia penal universal, requiere la presencia de la persona presuntamente culpable en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción del Estado cuyos tribunales la ejerzan.

II COMISION

El XXIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Reconociendo la importancia de la jurisdicción internacional en la defensa y protección de los derechos fundamentales de las personas,

Destacando la importancia del establecimiento y aceptación de la responsabilidad individual para la sanción de los crímenes internacionales,

Exhortando a los miembros de la Comunidad Internacional a asumir un compromiso efectivo a favor de la justicia internacional, la protección de las personas y la persecución de los autores de crímenes internacionales, ha adoptado las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA: La jurisdicción internacional en sus dos vertientes, tanto la que ejercen tribunales nacionales sobre la base de normas internacionales como la de la propia Corte Penal Internacional y los tribunales penales internacionales ad hoc, debe ser fortalecida con el concurso activo de los miembros de la Comunidad Internacional.

SEGUNDA: Los Estados Parte en el Estatuto de Roma deben tomar las acciones necesarias destinadas a hacer compatibles las legislaciones nacionales con las normas de la Corte Penal Internacional, para facilitar el procesamiento y juzgamiento de crímenes internacionales en el foro doméstico, en cumplimiento del compromiso internacional que han asumido. Igualmente, deben adoptar las medidas para asegurar la ejecución de las sentencias y el cumplimiento efectivo de las penas impuestas.

TERCERA: La Comunidad Internacional debe promover la cooperación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional, y el mutuo fortalecimiento de ambas.

CUARTA: La responsabilidad individual en el Derecho Internacional Penal, debe ser exigida por los tribunales nacionales e internacionales, e incluir la responsabilidad civil de todos los involucrados en la comisión de crímenes internacionales y la reparación de las víctimas y sus familiares, contando para ello con la indispensable cooperación judicial y legal de los Estados. La responsabilidad individual de carácter civil, debe, al igual que la responsabilidad criminal, ser imprescriptible.

QUINTA: La responsabilidad internacional del individuo, cualesquiera fuesen los medios empleados para la comisión de crímenes internacionales, debe ser exigida por los tribunales nacionales e internacionales. No debe admitirse más eximente de responsabilidad que la ausencia de discernimiento o de voluntad para perpetrar el crimen. Resulta jurídica y moralmente inaceptable que cualquier tipo de investidura, posición, inmunidad o privilegio sean invocados de forma tal que permitan la impunidad de quienes han cometido crímenes internacionales.

III COMISION

El XXIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Considerando los desarrollos recientes del Derecho Internacional Penal, en particular, la temática de las fuentes de la normativa aplicable a la Corte Penal Internacional, adopta las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA: La jurisdicción internacional de naturaleza convencional, en el caso del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma), constituye la más avanzada expresión jurídico-institucional del Derecho Internacional Penal.

SEGUNDA: El artículo 21 del Estatuto de la Corte Penal Internacional determina las fuentes del Derecho aplicable por dicho Tribunal. Tal enumeración es taxativa y establece un orden de prelación del derecho aplicable, destacándose:

- La jerarquía otorgada a los principios jurídicos en sus distintas acepciones.

- El valor asignado al derecho interno de los Estados, cuando proceda, como fuente subsidiaria aplicable.

TERCERA: en el caso de los crímenes de lesa humanidad, se reafirma la importancia de continuar avanzando en los desarrollos jurídicos del Derecho Internacional Penal que aborden, entre otros, los siguientes aspectos:

- Fortalecimiento de la seguridad jurídica y del principio de legalidad con la tipificación convencional a nivel internacional y legal a nivel interno, de los referidos crímenes, de conformidad con los tratados y los desarrollos a nivel de las jurisdicciones penales internacionales, como, por ejemplo, la Corte Penal Internacional.

- Que dichos crímenes, por su propia naturaleza, deben ser declarados imprescriptibles.

- Asimismo, que la sanción de los antes referidos crímenes no debe ser excluida por leyes internas de amnistía, medidas de reconciliación nacional o el establecimiento de "comisiones de la verdad" u otras análogas.

IV COMISION

El XXIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

Reconociendo el avance del régimen jurídico de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano y el amplio cumplimiento de las sentencias y medidas provisionales emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

Tomando en cuenta que dentro del desarrollo progresivo de la normatividad del Sistema Interamericano de derechos humanos es indispensable establecer una regulación para lograr el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

Considerando que:

a) El acatamiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos corresponde al principio general de derecho *pacta sunt servanda* y al cumplimiento de buena de fe de todas las obligaciones internacionales;

b) En particular, el Art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe la obligación de los Estados Parte de cumplir las sentencias de la Corte;

c) Asume la mayor importancia para los Estados Parte este punto en razón de que el citado Pacto de San José de Costa Rica no prevé ningún mecanismo de supervisión efectivo concerniente al cumplimiento de las sentencias y de las medidas provisionales de protección;

d) La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos no se pronuncia regularmente sobre los informes de la Corte Interamericana en relación con el incumplimiento de las sentencias que dicta;

e) La Corte Interamericana determinó en la sentencia sobre competencia en el *Caso Baena, Ricardo y otros contra Panamá,* de diciembre de 2003, que la Corte tiene la facultad inherente a su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de las sentencias que dicta con el fin de poder comunicar a la Asamblea General de la OEA sobre el incumplimiento de sentencia.

Adopta las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA: Es de la mayor importancia para los Estados Parte en la Convención Americana que se establezca un mecanismo de supervisión efectivo relativo al cumplimiento de las sentencias y de las medidas provisionales de protección;

SEGUNDA: Se recomienda a los Estados Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que analicen la conveniencia de establecer algún mecanismo dentro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos para que se cumpla integralmente con las sentencias y las medidas provisionales que dicta la Corte Interamericana.

TERCERA: No obstante el cumplimiento generalmente satisfactorio de las sentencias que dicta la Corte Interamericana, es conveniente que los Estados aprueben medidas legislativas en el plano interno que faciliten su pronta ejecución;

En consecuencia, el *IHLADI* exhorta a sus Miembros para que, dentro de sus actividades académicas y profesionales, impulsen la toma de conciencia por parte de las instituciones de altos estudios y de los gobiernos, sobre la importancia del cumplimiento de las sentencias y las medidas provisionales que dicta la Corte Interamericana y de su pronta publicación para ser divulgadas de la manera más amplia posible en los Estados nacionales de los Miembros que integran el Instituto.

COMISIONES DEL XXIV CONGRESO
Composición de las Mesas

La *Primera Comisión*, sobre "La competencia jurisdiccional penal internacional: pasado y presente", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Oriol CASANOVAS y LA ROSA (España)
Vicepresidente: Fredys ORLANDO SORTO (Brasil)
Ponente: José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE (España)
Secretario: Juan José RUDA SANTOLARIA (Perú)

La *Segunda Comisión*, sobre "Jurisdicción internacional y responsabilidad individual: Nuevas tendencias del Derecho internacional penal", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Luis Ignacio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (España)
Vicepresidente: Carlos LÓPEZ CONTRERAS (Honduras)
Ponente: Luis GARCÍA-CORROCHANO (Perú)
Secretario: Francisco EUDES MUJICA (Venezuela)

La *Tercera Comisión*, sobre "Tendencia de la ley penal hacia su internacionalización", ante la ausencia de la ponente, quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Héctor GROS ESPIELL (Uruguay)
Vicepresidente: Rui Manuel MOURA RAMOS (Portugal)
Expositor: José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (España)
Secretaria: Beatriz RAMACCIOTTI REGAZZOLI (Perú)

La *Cuarta Comisión*, sobre "La supervisión del cumplimiento de sentencias en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", quedó instalada con la Mesa siguiente:

Presidente: Alfredo MARTÍNEZ MORENO (El Salvador)
Vicepresidente: Hugo LLANOS MANSILLA (Chile)
Ponente: Manuel VENTURA ROBLES (Costa Rica)
Secretario: Ricardo MÉNDEZ SILVA (México)

OTROS ACUERDOS DEL XXIV CONGRESO

En la Sesión de Clausura, la Junta de Miembros adoptó, sobre la base de las oportunas propuestas o mociones, formuladas oralmente o por escrito, los siguientes

ACUERDOS

- Voto de agradecimiento al Excmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Zapatero, Presidente del Gobierno de España, por haber aceptado la Presidencia de Honor del XXIV Congreso.

- Voto de agradecimiento al Ministerio de Asuntos Exteriores de España, a la Junta de Andalucía, al Ayuntamiento de Granada, a la Universidad de Granada y a su Facultad de Derecho, al Ilustre Colegio Notarial de Granada y a cuantos organismos y personas han contribuido a la celebración del Congreso.

- Voto de agradecimiento al Presidente saliente del Instituto, Dr. Rodolfo Ceprián Molina, por la labor desempeñada durante los dos años de su mandato.

- Voto de agradecimiento a los miembros de la Comisión organizadora del XXIV Congreso y, en especial, a su Presidente, Dr. José Carlos Fernández Rozas, y a su Vicepresidente, Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, por la eficaz labor desempeñada en la preparación y realización del mismo, así como al personal de apoyo de la Secretaría por su valiosa cooperación.

- Voto de felicitación a la Dra. Concepción Escobar Hernández, por su conferencia extraordinaria y a los ponentes, Drs. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre (España), Luis García-Corrochano (Perú), Amalia Uriondo de Martinoli (Argentina) y Manuel Ventura Robles (Costa Rica), por la valiosa contribución científica de sus ponencias, que prestigiaron los trabajos del XXIV Congreso.

- Voto de agradecimiento a los componentes de las Mesas de las Comisiones y a los autores de las comunicaciones presentadas al Congreso.

- Voto de pésame por el fallecimiento de los recordados colegas del Instituto, Drs. Salvador H. Laurel (Filipinas), Carlos Serrano García (El Salvador), Enrique P. Syquia (Filipinas), Alberto Herrarte (Guatemala), Guido Fernando Silva Soares (Brasil), Carlos Febres Pobeda (Venezuela) y José Roberto Franco da Fonseca (Brasil), q.e.p.d.

- Por falta de propuestas firmes, la Junta de Miembros no pudo aprobar la sede del XXV Congreso del Instituto ni, en consecuencia, el Presidente de la Comisión organizadora del mismo. Se encarga al Presidente del Instituto, Dr. José Carlos Fernández Rozas, y al Secretario General que hagan las gestiones necesarias para conseguir una sede.

- Se acuerda que el temario científico del XXV Congreso sea decidido por el Presidente del Instituto, el Secretario General y el Presidente de la Comisión organizadora del mismo, teniendo en cuenta el país sede del mismo.

- En relación con los Premios "Luis García Arias" y "José Yanguas Messía", se solicita a los Miembros y Asociados del Instituto que busquen financiación pública o privada para mantener su dotación en el futuro.

- Se aprueba que, antes de cada Congreso, la Secretaría General distribuya por correo electrónico los "curricula vitae" de los candidatos a Asociados del Instituto que se hayan recibido, para su conocimiento.

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI (arts. 6 y 7)

En la Junta de Miembros extraordinaria, celebrada el día 11 de septiembre, se nombró por aclamación MIEMBRO DE HONOR del Instituto, por los relevantes servicios prestados al mismo, al profesor Dr.

Juan Antonio Carrillo Salcedo (España)

En las elecciones estatutarias, celebradas el día 15 de septiembre de 2006, resultaron elegidos los siguientes siete MIEMBROS, que obtuvieron la mayoría absoluta de los votos:

APOLINAR ROJAS, Pedro (Venezuela)
GARCÍA-CORROCHANO, Luis (Perú)
LÓPEZ CONTRERAS, Carlos (Honduras)
PAGLIARI, ARTURO (Argentina)
SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (España)
TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio (España)
URIONDO DE MARTINOLI, Amalia (Argentina)

Asimismo fueron elegidos los siguientes diez ASOCIADOS:

ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando (Colombia)
ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (España)
CASADO RAIGÓN, Rafael (España)
FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio (España)
FERRER LLORET, Jaume (España)
MEJÍA HERRERA, Orlando José (Nicaragua)
MIGUEL ASENSIO, Pedro de (España)
PRIOTTI, Anahí (Argentina)
SALINAS BURGOS, Hernán (Chile)
VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth (El Salvador)

RELACION DE PARTICIPANTES

(MH) Miembro de Honor
(M) Miembro
(A) Asociado
(O) Observador

ARGENTINA:

Armas Pfirter, Frida (M)
Espeche Gil, Miguel Ángel (M)
Giner Molinari, Jorge Alberto (M)
Moya Domínguez, María Teresa (M)
Pagliari, Arturo Santiago (M)

Rey Caro, Ernesto (M)
Savid Bas, Luis Ignacio (M)
Vinuesa, Raúl Emilio (M)
Dreyzin de Klor, Adriana (A)
Drnas de Clement, Zlata (A)

BRASIL

Cançado Trindade, Antonio Augusto (M)
Alves Pereira, Antonio Celso (A)
Orlando Sorto, Fredys (A)

CHILE

Llanos Mansilla, Hugo (M)
Cave Schnohr, Rosa (A)
Lagos Letelier, Enrique (A)
Salinas Burgos, Hernán (A)
Gamboa Serazzi, Fernando (O)

COLOMBIA

Nieto Navia, Rafael (M)

COSTA RICA

Carballo Montero, Fabio (M)
Ventura Robles, Manuel Enrique (M)
Piza de Rocafort, Rodolfo Emilio (A)

ECUADOR

Ceprián Molina, Rodolfo (M)
Molestina Zavala, Oswaldo (M)
Herrería Bonet, Luis Alberto (A)

EL SALVADOR

Martínez Moreno, Alfredo (M)
Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio (M)
Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth (A)

ESPAÑA
Carrillo Salcedo, Juan Antonio (MH)
Carnerero Castilla, Rubén (M)
Casanovas y La Rosa, Oriol (M)
Cerezo de Diego, Prometeo (M)
Corriente Córdoba, José Antonio (M)
Fernández Rozas, José Carlos (M)
Jiménez Piernas, Carlos (M)
Juste Ruiz, José (M)
Mapelli López, Enrique (M)
Sánchez Lorenzo, Sixto (M)
Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio (M)
Tomás Ortíz de la Torre, José Antonio (M)
Yturriaga Barberán, José Antonio (M)
Álvarez Rubio, Juan José (A)
Bou Franch, Valentín (A)
Bouza Vidal, Nuria (A)
Casado Raigón, Rafael (A)
De Miguel Asensio, Pedro Alberto (A)
Fernández Sánchez, Pablo Antonio (A)
Ferrer Lloret, Jaume (A)
Rodríguez Carrión, Alejandro (A)
Simó Santonja, Vicente (A)
Escobar Hernández, María de la Concepción (O)

ESTADOS UNIDOS
Cassel, Douglas (O)

HONDURAS
López Contreras, Carlos (M)

MÉXICO
Méndez Silva, Ricardo (A)

NICARAGUA
Mejía Herrera, Orlando José (A)

PERÚ
García Corrochano, Luis Alfonso (M)
Novak Talavera, Fabián (A)
Ramacciotti Regazzoli, Beatriz Matilde (A)
Ruda Santolaria, Juan José (A)
Nahimas Pacheco, Sandra (O)

PORTUGAL
Moura Ramos, Rui Manuel (A)

URUGUAY
Gros-Espiell, Héctor (M)
Arrighi, Jean Michel (A)
Flores, María del Luján (A)

VENEZUELA
Apolinar Rojas, Pedro Orlando (M)
Mujica, Francisco Eudes (M)
Salgueiro, Adolfo Pedro(M)
Álvarez Méndez, José (O)

IN MEMORIAM

José Roberto Franco da Fonseca

(1935-2006)

Me encontraba yo haciendo las maletas para viajar a Italia cuando me enteré del fallecimiento del Doctor Fonseca. Su deceso inesperado deja un gran vacío entre sus amigos y muchos huérfanos en sentido intelectual entre sus ex alumnos. Particularmente, su muerte me hace sentir un nudo en la garganta siempre que vuelvo con la velocidad del pensamiento a evocar su figura circunspecta, amable, generosa y llena de proyectos.

Tuve el gusto de conocer al Doctor Fonseca tras mi ingreso, en marzo de 1986, como alumno del postgrado en Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Durante esos nostálgicos años de la Maestría, él fue mi tutor, mi profesor de Derecho Internacional Público y, sobre todo, mi interlocutor, con quien entablé conversaciones formales y restrictas, al principio, a mi trabajo de investigación. Pero luego, por suerte, esas pláticas se volvieron habituales y se fueron ampliando progresivamente por distintos campos del conocimiento. Sin embargo, el recuerdo que traigo a colación como señal definitiva de su imborrable amistad es, sin duda, el período de antelación a la defensa de mi disertación de Maestría, en 1991.

Tiempos después él aceptó cortésmente formar parte del tribunal que juzgó mi tesis doctoral en la Facultad de Filosofía Letras y Ciencias Humanas (USP). Pero fue durante la última década de su vida en que nos vimos más a menudo y, sobre todo, que nos conocimos mejor. Francamente, sólo en este período es que pude saber más de su personalidad, de sus gustos, de sus cualidades espirituales, de su pensamiento refinado. Es de esta época que persiste la sensación de que él vivió la vida a su manera, sin vanidades aunque pudiese alardear adrede sus cualidades intelectuales donde quisiera.

José Roberto Franco da Fonseca, hijo de don Alfredo Anthero da Fonseca y de doña Maria Rita Franco da Fonseca, nació en la ciudad de

São Paulo, capital del Estado del mismo nombre (Brasil), el día 23 de enero de 1935; y falleció, en esa misma ciudad, el 31 de mayo de 2006, a los 71 años de edad, victima de cáncer.

Profesor Fonseca, como era más conocido en la Universidad, hizo sus estudios primarios en el Colegio *"Nossa Senhora do Carmo"*, el bachillerato en el Colegio *Bandeirantes*, y sus estudios superiores en la Universidad de São Paulo y en la *Université Libre de Bruxelles*.

A los 18 años de edad entró en la renombrada Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP), donde se graduó licenciado en Derecho, en 1957. Este suceso constituye verdadero hito en su vida, pues le abre caminos tanto en dicha Facultad como en la administración pública (Fiscalía), como en su lugar se verá. Por cierto, la Facultad de Derecho tiene importancia capital a lo largo de toda su trayectoria intelectual, pues fue allí donde hizo prácticamente toda su carrera, o, más bien, donde estudió, enseñó y trabajó con el derecho hasta el día de su jubilación en la categoría de catedrático asociado del Departamento de Derecho Internacional.

Tras recibirse como licenciado, justamente a comienzos del año siguiente (1958), resolvió hacer las pruebas para el reñido concurso de ingreso a la Fiscalía del Estado de São Paulo, cuyo resultado fue su aprobación en primer lugar. Luego después de haber conquistado la plaza, fue nombrado fiscal sustituto en la primera circunscripción judicial de la comarca de Santos. Desde su nombramiento se sucedieron las tradicionales promociones en la carrera, siempre conseguidas por merecimiento, que lo condujeron por más de una década a varias poblaciones al interior del Estado: *Eldorado Paulista* (1961), *Lucélia* (1962), *Avaré* (1965), *Osasco* (1965). Finalmente, en este mismo año, logra el ascenso al cargo de 17.º Fiscal Público de la comarca de la Capital. En este puesto permanecerá por mucho tiempo, justamente hasta 1984, año en que se jubiló como Fiscal de Segunda Instancia.

Su apego a la enseñanza y a la investigación científica lo hacen volver a los pupitres de la Universidad. Efectivamente, reanudó sus estudios en la mencionada Facultad de Derecho por ende como mero alumno; combinando, así pues, su trabajo de fiscal con el de doctorando. La defensa de su tesis *"Contra a renúncia e a devolução no Direito Internacional Privado"* sucedió el 13 de septiembre de 1967. El tribunal de susodicha tesis doctoral fue compuesto por cinco notables juristas brasileños: Moacyr Amaral Santos (director de tesis), Luís Eulalio de Bueno Vidigal, Sílvio Rodrigues, Alexandre Augusto de Castro Correia y Antônio Chaves. Tres años después, en mayo de 1970, presentó nuevo trabajo científico con el cual obtuvo el título de catedrático *Libre Docente* (1). Sin embargo, esa tesis no tiene relación con derecho internacional; es un trabajo enteramente dedicado al Derecho Procesal, que lo defiende con la denominación de *"Natureza Jurídica da Falência"* (Naturaleza Jurídica de la Quiebra). La cual fue evaluada *cum laude* por el tribunal de tesis, éste también compuesto por grandes nombres del mundo jurídico brasileño. En ese trabajo tuvo como director de tesis al catedrático Joaquim Canuto Mendes de Almeida. En lo tocante a la formación académica del Doctor Fonseca, añádase aún que él pasó también una temporada en Europa, precisamente en *Université Libre de Bruxelles* (Bélgica), entre enero y junio de 1971.

Sus primeros pasos como catedrático del Derecho fueron dados muy temprano, luego después de comenzar a trabajar en el Ministerio Público; puesto que al mismo tiempo en que se desempeñaba como fiscal, él ejercía la docencia, tanto en la Capital como en los diversos lugares donde sirvió como representante de la Fiscalía. Con todo, las asignaturas que enseñaba en este período están más relacionadas con el Derecho penal y, mayormente, con el Derecho Procesal. O sea, son asignaturas más involucradas con su quehacer cotidiano; pero que harán del joven fiscal, sin tardanza, un profundo conocedor del Derecho Procesal y particularmente del procesal brasileño.

El Doctor Fonseca inicia, pues, su carrera docente como catedrático de Derecho Procesal Civil, en 1959, cuando lo contrata la Facultad de Derecho de la Universidad Mackenzie. Aún más, es en esa misma Universidad Privada de la ciudad de São Paulo donde se desempeña, por primera vez, en 1966, como catedrático de Derecho Internacional Privado. En este mismo año logra también su ingreso a la docencia en la

(1) El título de Libre Docente es necesario solamente para la ascensión funcional en las universidades del Estado de São Paulo, entre ellas la propia Universidad de São Paulo, que es la más importante de dicho Estado de la Federación y también del País. Para los docentes de las universidades federales se usa otra clasificación.

Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. De hecho, es nombrado "Instructor" de Derecho Procesal Civil por acto del Rector de la Universidad. En el año siguiente, tras la defensa de su tesis doctoral, pasa a la categoría de profesor "Asistente Doctor". En 1973, ya como libre docente, hizo nuevo concurso, de esta vez para una plaza de profesor Adjunto. En su larga carrera en la Universidad de São Paulo se desempeñó como catedrático de varias asignaturas, entre ellas: Derecho Internacional Privado (desde 1968), Derecho Procesal Penal y Derecho Internacional Público (desde 1972). En el Postgrado enseñó las siguientes materias: Organizaciones Internacionales, Aspectos Jurídicos y Económicos del Mercado Común Europeo, Derecho Internacional de los Movimientos de Integración Económica de América Latina, Organizaciones de Integración en América Latina, África y Asia y, finalmente, ya cerca de jubilarse, Temas Fundamentales de Derecho Internacional Público.

Mientras estudiaba en la Facultad de Derecho, el Doctor Fonseca ejerció varias actividades académicas, entre ellas pueden mencionarse el hecho de haber sido miembro de la dirección general del *Instituto Brasileño de Derecho Romano y Derecho Comparado* (1957-1958) y el de haber desempeñado el papel de Redactor Jefe de la Revista "XI de Agosto", publicación oficial del órgano de representación estudiantil *Centro Académico XI de Agosto* (1955). Ya como catedrático perteneció a importantes asociaciones científicas en la área del Derecho internacional, entre las cuales deben mencionarse estas: *Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (Madrid); *International Law Association* (Londres); *Sociedade Brasileira de Dereito Internacional* (Río de Janeiro).

Fue además de fiscal público, y principalmente catedrático, *Asesor Jurídico para Averiguaciones e Investigaciones* del Ministerio de Justicia en Brasilia (1961); *Asesor Jurídico* en el Gabinete del Secretario de Justicia del Estado de São Paulo (1962); *Consejero Jurídico* del Agente Diplomático del Gobierno Brasileño ante la Junta Arbitral de la Organización Internacional del Café (OIC), en Londres (1969). Participó también de la administración universitaria, ya que fue Jefe de Gabinete de la Rectoría de la Universidad de São Paulo desde 1969 hasta 1983.

Su pasión por la enseñanza arranca desde su primero roce con una clase en la Universidad Mackenzie (1959) hasta el día de su muerte en 2006. Es justo decir que dedicó con tenacidad su existencia al magisterio. Desde luego que fue catedrático por toda la vida. Esto lo corroboran dos hechos ulteriores a su jubilación: cuando estaba en São Paulo daba clases particulares a los candidatos a una plaza en la famosa escuela diplomática *"Instituto Rio Branco"*, donde estudian los miembros del cuerpo diplomático brasileño; cuando cayó gravemente enfermo se encontraba dando clases en Universidad Moderna de Lisboa (Portugal). Además, supo también, como ya se dijo, combinar armónicamente su labor en la cátedra universitaria con el ejercicio de sus tareas en la Fiscalía.

En lo que atañe a su producción científica, su obra es muy variada, pues va de dictámenes jurídicos, ensayos de ciencias políticas, textos de derecho penal, derecho procesal, derecho internacional privado, derecho internacional público a recensiones de libros. Sin embargo, su producción bibliográfica incluye tan sólo dos libros, desde hace décadas agotados y prácticamente desconocidos de los estudiantes. Con sus artículos ocurre casi lo mismo. Es una lástima que toda esa producción se encuentre desperdigada por muchos lugares (revistas, periódicos, encliclopedias, etc) siendo algunos de difícil acceso, por no decir inaccesibles para la mayoría de las personas. Un buen ejemplo de eso es una serie de ensayos que el doctor Fonseca publicó en la Revista *Tribuna da Justiça* (São Paulo), entre 1968 e 1972, bajo el pretexto de comentar diversos puntos de Derecho Internacional Privado del anteproyecto de Código Civil de Haroldo Valladão. Son textos cortos, es verdad, pero en ellos se puede ver la gran autoridad y profundo conocimiento del autor en la materia. Su producción incluye también cerca de veinte artículos (de variadas extensiones) escritos especialmente para la *"Enciclopédia Saraiva do Direito"*, publicada por la Editorial Saraiva, en 78 tomos, entre 1977 y 1982.

Hoy por hoy su recuerdo viene fuerte; asimismo es inevitable sentir gran añoranza de la época en que viajaba a la ciudad João Pessoa (2) para dar clases en el postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Paraíba (UFPB). Le encantaba ir a esa hermosa ciudad para ver el mar (que según él, es un mar tornasol pues cambia constantemente el color

(2) João Pessoa es la Capital del Estado de Paraíba, ciudad ubicada en el litoral del noreste de Brasil, y sede del principal *Campus* de dicha Universidad.

azul en sus diferentes tonalidades); para pasear por la mañanita por las aceras de las playas de Cabo Branco, Tambaú y Manaíra. Le gustaba igualmente la culinaria local, siempre que podía aprovechaba para ir al Restaurante de *Sumé*; allí comía invariablemente su plato predilecto, preparado con un exquisito pescado llamado *cioba*. Ahora que estoy lejos, pues escribo estas líneas desde Vercelli (Italia), ese mar multicolor parece más grande y mucho más azul; parece imponerse al fondo de los recuerdos, es como si aún quisiera aparecer y ser visto desde una mesita rústica del restaurante, con el maestro hablando de música, de Filosofía o riéndose de las cosas pasadas en su juventud que las contaba con gran gusto.

Fredys Orlando Sorto

Vercelli, octubre de 2006

Olga Miranda Bravo

(1934-2007)

El 1 de febrero de 2007 falleció repentinamente en La Habana de un infarto cardiaco la Dra. Olga Miranda Bravo.

Nacida en Santiago de Cuba el 5 de diciembre de 1934, se licenció en Derecho en la Universidad de La Habana, cursando las especialidades de Derecho diplomático y consular, y doctorándose después en Derecho civil.

A lo largo de su vida desarrolló una intensa actividad jurídica especialmente en el ámbito internacional. Fue miembro de la delegación cubana en las Conversaciones Migratorias con los Estados Unidos y de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de comercio internacional de París, y presidió e integró numerosas delegaciones gubernamentales bilaterales y multilaterales.

Durante muchos años trabajó en el Ministerio de Relaciones Exteriores, desempeñando el cargo de Directora Jurídica del mismo desde 1963 a 1992. Fue Presidenta de la Sociedad Cubana de Derecho

Internacional y profesora titular adjunta del Instituto Superior de Relaciones Internacionales, Raúl Roa García, y miembro del Consejo Científico de este Centro de estudios.

En el Congreso de Tegucigalpa del IHLADI del 2000 se incorporó como Asociada, mostrando siempre un gran aprecio e interés por todas las actividades del mismo.

Entre las numerosas distinciones de que fue objeto se encuentra el Premio Nacional de Derecho "Carlos Manuel de Céspedes" 2006, cuya entrega estaba fijada para el día 27 de febrero y que lamentablemente no pudo recibir.

En su sepelio asistieron numerosas personalidades: el canciller Felipe Pérez Roque, el presidente de la Asamblea Nacional, Ricardo Alarcón, etc. y numerosos abogados de la Unión Nacional de Juristas de la que fue Presidenta y Miembro de Honor. Fue enterrada en el panteón de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de la Necrópolis de Colón. Descanse en paz.

Prometeo Cerezo

Roberto Perdomo Paredes

(1926-2007)

A los ochenta años de edad, tras una vida dedicada al servicio de su patria, del civismo y del derecho, falleció en Tegucigalpa un internacionalista hondureño de auténtica raigambre vitoriana, el doctor Roberto Perdomo Paredes, quien durante décadas honró al Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional como miembro devoto y cumplido.

Desde temprana edad demostró vocación por los estudios jurídicos, los que llegó a culminar con honores al obtener el título de doctor en derecho en la Universidad de León, Nicaragua, y al realizar posgrados en Madrid

y en la Academia de La Haya. Considero pertinente transcribir textualmente una cita periodística sobre sus estudios superiores en España, que efectuó bajo la tutela doctrinal de eminentes catedráticos hispanos:

Derecho Mercantil. Prof. Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate. Nota sobresaliente.

Derecho Civil. Prof. Antonio Hernández Gil. Nota sobresaliente.

Derecho Procesal Civil. Prof. Leonardo Prieto Castro. Nota sobresaliente.

Derecho Internacional Público. Prof. José Luis de Azcárraga. Nota sobresaliente.

Derecho Penal. Prof. Eugenio Cuello Calón. Nota sobresaliente.

Derecho Municipal. Prof. Luis Jordana de Pozas. Nota sobresaliente.

Con mentores de esa talla y con sus innatas cualidades intelectuales era lógico presumir que ese alumno llegaría a desempeñar con distinción, posteriormente, las más altas funciones del Estado: Los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Gobernación y Justicia, la Vicepresidencia de la Corte Suprema de Justicia y las Embajadas ante la Organización de los Estados Americanos, en Nicaragua y en Colombia. Esas responsabilidades las ejerció siempre con toques de excelencia y elevado espíritu patriótico.

A mi me tocó tratarlo de cerca en las duras faenas para consolidar el proceso de integración económica centroamericana y para resolver los problemas limítrofes entre El Salvador y Honduras, en todas las cuales se destacó como hombre de principios, con un claro concepto de la equidad.

La amistad que se había forjado entre nosotros en esas difíciles reuniones se vio interrumpida en el año trágico de 1969, cuando lamentablemente -que no es éste el medio propicio para analizar- ocurrió entre nuestros dos países un conflicto bélico de trascendencia. Si en el teatro de operaciones, en los propios campos de batalla, la lucha era dura, lo mismo sucedía en los estrados beligerantes de la OEA, cuando las dos delegaciones se enfrentaron con armas dialécticas tan recias y sonoras como el estruendo de los cañones.

Honduras estaba representada por lo más granado de sus juristas y diplomáticos, por una delegación numerosa, pero el peso de la batalla la llevó, en apoyo de la posición de su país, casi exclusivamente, el doctor Perdomo Paredes, y a mi me tocó responder. No quisiera volver a vivir esos momentos dramáticos, que confío nunca se repitan, pero he decidido referirme a ellos, después de una larga meditación, como un homenaje de respeto al brillante ciudadano hondureño que puso el vigor de sus luces, de su elocuencia y de su patriotismo, al servicio de su tierra natal.

Se fortaleció luego la amistad interrumpida, convertida ya en una auténtica hermandad, y así él quiso hidalgamente que yo fuera el padrino de una apreciable hija, lo cual no se pudo realizar por haber tenido que ausentarme yo de la región centroamericana.

Conversamos mucho sobre aquellos infaustos acontecimientos y nos comprometimos a bregar por una firme confraternidad entre nuestros pueblos, basada en la justicia. Ambas repúblicas se complementan: El Salvador tiene un territorio pequeño y una alta densidad demográfica y Honduras tiene una mayor dimensión territorial y una menor población.

El empeño que Perdomo Paredes puso constantemente en servicio a su patria se realzó luego con el señorío docente que aplicó en sus cátedras universitarias de introducción al estudio del derecho, de derecho internacional público y privado, al igual que la de prácticas diplomáticas. Enseñó, como fiel discípulo de Fray Francisco de Vitoria, con apego a los principios más elevados y dejó a la bibliografía nacional de Honduras obras de valía. Ejerció la profesión del derecho, en casi todos los campos, con honorabilidad y competencia, por lo que el foro reconoció sus méritos al elegirlo Presidente de la Asociación de Abogados de Honduras.

Su temperamento apasionado, y a veces un tanto intolerante, por la profundidad de sus convicciones democráticas, hizo que en la política local tuviera colisiones con dirigentes de su propio partido, y naturalmente con sus adversarios, pero esos leves claroscuros no pueden opacar en lo mínimo la luz del decoro de su comportamiento ciudadano.

Roberto Perdomo Paredes centró su conducta y su actuación en la regla de oro de Ulpiano, de validez inmanente, consagrada definitivamente en el Digesto: dar a cada uno lo que es suyo, pero con un claro corolario: el

de servir a sus semejantes. Él dio sin duda sentido ético y cívico a su fecunda existencia.

San Salvador, mayo 2007
Alfredo Martínez Moreno

Efrain Schacht Aristeguieta

(1921-2007)

El pasado día 6 de febrero falleció en Caracas el Profesor Efraín Schacht Aristeguieta, miembro de honor del IHLADI del cual fue también su presidente (1967/68). Su desaparición no solo enluta a un honorable y tradicional hogar sino también a la comunidad de los que en Venezuela nos hemos dedicado al derecho y las relaciones internacionales. Esta baja, junto con la del Dr. Carlos Febres Pobeda ocurrida en 2005 priva a nuestro Instituto de sus únicos dos Miembros de Honor venezolanos.

Efraín Schacht Aristeguieta se distinguió por varios rasgos fundamentales: en primer lugar fue un hombre bueno y de bien, un gran caballero de los que pocos quedan, consecuente amigo, sólido académico y probo servidor público. Había nacido en Caracas el 21 de agosto de 1921.

El Dr. Schacht Aristeguieta obtuvo su diploma de Doctor en Ciencias Políticas y Abogado de la Universidad Central de Venezuela en 1944 pero aun antes de la obtención de su título profesional había dado inicio a su constante preocupación por asuntos colectivos cuando desde 1942/43 participó en la promoción del que luego sería el Centro de Estudiantes de Derecho de la misma universidad.

A partir de 1948 el Dr. Schacht Aristeguieta asume la cátedra de Derecho Internacional Público de la UCV que mantiene hasta 1976 ejerciendo la jefatura de la misma desde la cual expandió notablemente no sólo el interés por la asignatura sino también por el tema de las Relaciones Internacionales lo cual le llevó a ser fundador y primer Presidente del Colegio de Internacionalistas de Venezuela (1959/61).

En el Ministerio de Relaciones Exteriores Schacht desempeñó varios cargos desde el de Director, Presidente del Jurado Calificador de los funcionarios de carrera y otros hasta Ministro de Relaciones Exteriores en el primer gabinete del Presidente Carlos Andrés Pérez el cual desempeñó con ponderación y acierto hasta pasar al año siguiente a ocupar la Secretaría General de la Presidencia de la República. Schacht no era miembro del partido de gobierno: Acción Democrática. Vale destacar aquí que en 1994 cuando el ex presidente Pérez fue condenado a prisión en un juicio de notable inspiración política, el Dr. Schacht Aristeguieta, junto con quien esto escribe, visitamos asiduamente a Pérez tanto en la cárcel de El Junquito como en su posterior arresto domiciliario lo cual en la época no era nada bien visto. De esta manera se comprueba la condición de consecuente amigo a la que hicimos referencia previa.

Schacht no fue político aun cuando en la difícil coyuntura que se vivía en Venezuela hacia la mitad de la década de los sesentas del pasado siglo, cuando la estabilidad de la aun frágil democracia venezolana era amenazada por irregulares en armas, se unió al partido Frente Nacional Democrático que lideriza Arturo Uslar Pietri en calidad de Secretario de Asuntos Internacionales de dicha organización siendo elegido Senador Suplente al Congreso de la República por el Distrito Federal.

El profesor Schacht fue además un prolífico escritor tanto desde su columna semanal "Atalaya" en el periódico "El Universal" que regenteó durante varias décadas, como en el ámbito académico del Derecho Internacional Público donde sus obras fueron numerosas siendo la principal "Elementos del Derecho Internacional Público" en tres tomos que durante muchos años se convirtió en lectura obligada de varias generaciones de cursantes de la asignatura.

Tales méritos docentes y de investigación, compartidos con un ejercicio probo y exitoso de la profesión de abogado, rodearon al maestro de un prestigio enorme y le abrieron las puertas para su ingreso como Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que luego presidiría.

En 1978, con motivo del acoso que venía sufriendo la minoría judía en la URSS se gestó un movimiento mundial en defensa de esos perseguidos. Efraín Schacht Aristeguieta asumió la Presidencia del "Capítulo Venezolano pro Defensa de los Judíos de la URSS" y la ejerció con una

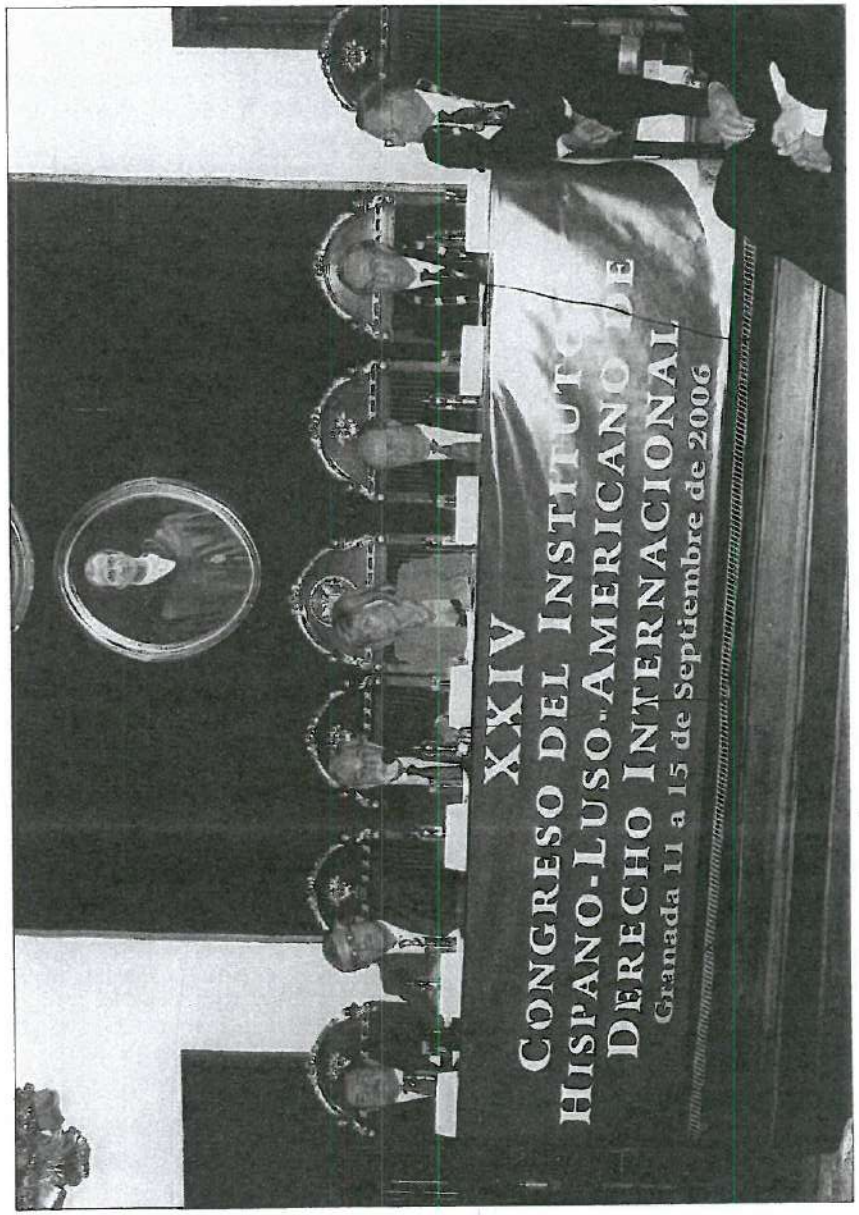
decisión y valentía que complació a judíos y gentiles. En tal inquietud tuvimos el honor de acompañarle como así tambien en la promoción de la figura del Ombudsman para Venezuela que luego de muchos esfuerzos alcanzó su creación con rango constitucional en 1999.

En 1985 luego de haber ocupado los mas altos cargos y recibido las mas altas distinciones y reconocimientos nacionales y extranjeros el maestro se disponía a vivir más tranquilamente sus años dorados cuando el entonces Canciller Isidro Morales Paúl (antiguo asociado del IHLADI) le pidió que organizara y presidiera el Consejo de Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores en cuya empresa también le acompañamos y desde allí pudimos participar y opinar en algunas de las más trascendentales decisiones jurídicas en materia internacional que vivió Venezuela en tal período y también promover la anhelada meta de la profesionalización del Servicio Exterior de la República. El cuerpo sesionó diligentemente hasta 1999 cuando el entrante gobierno del Teniente Coronel Chávez consideró que ya no era necesario.

El IHLADI fue tal vez una de las devociones que con mayor afecto encaró el maestro Schacht que había ingresado a nuestra institución como Asociado en el III Congreso (Quito 1957) ascendiendo a Miembro en el IV Congreso (Bogotá 1962). Durante el XX Congreso (Manila 1998) recibió la distinción de Miembro de Honor. Asistió a tantos encuentros como la salud se lo permitió y además organizó el VI Congreso, celebrado en Caracas-Mérida en 1967, habiendo conseguido tambin la dotación de fondos para el premio "Luis García Arias" que bienalmente otorgaba IHLADI a algún trabajo de investigación. Lamentablemente tal compromiso ya no es considerado como necesario ni conveniente por la Cancillería venezolana por lo que ha sido descontinuado.

Quienes hemos dedicado la vida profesional y/o docente a las lides del Derecho de Gentes tenemos un pérdida grande que lamentar pero al mismo tiempo un buen ejemplo a seguir.

Adolfo P. Salgueiro



Solemne Acto de Inauguración del XXIV Congreso del IHLADI
(Granada, 2006)



Asistentes al XXIV Congreso del IHLADI (Granada, 2006)