



REDIC

Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo

Año 3 - Número 3 / Diciembre 2020

■ Editorial

Julia Espósito

■ Artículos

Ricardo Arredondo | María Camila Correa Flórez y Andrés Felipe Martín Parada | Ali Kairouani | Fernando Víctor Morales Martín | Mónica Paes Martí y Francisca Ramón Fernández | Carlos Sánchez y Geraldine Neris

■ Entrevista a Fabián Salvioli

Justicia transicional: lidiar con el pasado, una cosa del presente para construir el futuro
Esteban Beltrán Verdes

■ Conversatorio

Beatriz Felipe Pérez | Matthew Scott | Sumudu Atapattu | Ignacio Odriozola

■ La vida de los Tratados

Francisco Ignacio Aras | Juan Alberto Rial

■ Cine y Derecho

Adolfo A. Díaz | Bautista Cremades | Ailén Nahir Chiesa y Luisa Vicentín | Aldo García

■ Relatoría

ART WORKS Projects: Claiming Public Space for Human Rights
Leslie Thomas



Esta obra está bajo una licencia [Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo / REDIC
Año 3 | Número 3 | Diciembre 2020

Directora y editora

Julia Espósito  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | juliespo@hotmail.com

Editoras asociadas

Mayra A. Scaramutti  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | mayrascaramutti@protonmail.com

Josefina Buscetti  | Universidad Católica de Salta, Argentina | josefinabuscetti@gmail.com

Comité Editorial

Norberto E. Consani  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | consaninorberto@gmail.com

María Elena Baquedano | Universidad Nacional del Sur, Argentina | elenabaquedano@hotmail.com

Marta Rosa Vigevano | Universidad de Buenos Aires, Argentina | martavigevano@derecho.uba.ar

Javier Leonardo Surasky  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | jsurasky@jursoc.unlp.edu.ar

Irene Vázquez Serrano  | Universidad de Murcia, España | irene.vazquez@um.es

Traducción y corrección de textos en inglés

Julieta Amorebieta y Vera  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | jamorebieta@fahce.unlp.edu.ar

Diseño

Juana Álvarez Eiras | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | juana6@yahoo.com

Contacto

Correo electrónico: derechointernacional@iri.edu.ar

Correo postal: 48 n° 582 (5to piso), Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina

Teléfono: +54 221 4230628

Registro DNDA en trámite

Editorial

Julia Espósito	5
----------------	---

Artículos

Acerca de las implicancias legales y políticas de la decisión de la Administración Trump sobre los Altos del Golán

Ricardo Arredondo	8
-------------------	---

La jurisdicción especial para la paz: un modelo de justicia transicional en Colombia

María Camila Correa Flórez y Andrés Felipe Martín Parada	30
--	----

L'humanisme à l'aune du droit international

Ali Kairouani	51
---------------	----

El Derecho internacional ante la creación y difusión de noticias falsas: problemática, desafíos y régimen jurídico

Fernando Víctor Morales Martín	69
--------------------------------	----

La Luna, misiones, Derecho de propiedad y conflictos respecto a la explotación e investigación desarrollada en el satélite

Mónica Paes Martí y Francisca Ramón Fernández	81
---	----

El Acuerdo de Escazú y su inserción en el derecho argentino. Una visión desde la provincia de San Juan

Carlos Sánchez y Geraldine Neris	95
----------------------------------	----

Entrevista

Fabián Salvioli. Justicia transicional: lidiar con el pasado, una cosa del presente para construir el futuro

112

Conversatorio

Sobre el desplazamiento por cambio climático y su regulación en el Derecho Internacional

Beatriz Felipe Pérez, Matthew Scott, Sumudu Atapattu, Ignacio Odriozola	121
---	-----

La vida de los Tratados

A Constitution for Peace: Federalism and Consociationalism in Bosnia and Herzegovina

Francisco Ignacio Aras	127
------------------------	-----

A 50 años de la adopción de la Resolución 2625 Pasado, presente y futuro de la Organización de las Naciones Unidas

Juan Alberto Rial	135
-------------------	-----

Cine y Derecho

“El puente de los espías” Análisis de la película desde la óptica del Derecho internacional

Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades	149
----------------------------------	-----

“En Tierra de Nadie” Entre la responsabilidad de proteger y la inacción internacional: algunas reflexiones sobre el rol de Naciones Unidas en los Balcanes

Ailén Nahir Chiesa y Luisa Vicentin	153
-------------------------------------	-----

“TokyoTrial” El Juicio de Tokio y el desarrollo de la justicia penal internacional

Aldo García	161
-------------	-----

Relatoría

ART WORKS Projects: Claiming Public Space for Human Rights Leslie Thomas, Founder of ART
WORKS Projects

167

Editorial

TERCER NÚMERO DE LA REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

El tercer número de nuestra revista llega al finalizar uno de los años más difíciles del presente siglo. Si bien no abordaremos la relación entre la pandemia del Covid-19 y el Derecho internacional en estas páginas, vaya que sí la hay. Basta con mencionar el proceso de institucionalización de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el desarrollo del Derecho sanitario internacional¹.

Continuamos con la propuesta de enfocarnos en el carácter intrínsecamente dinámico del Derecho internacional que nos impulsa a reflexionar y repensar los temas clásicos de esta rama del Derecho público desde una perspectiva contemporánea y con fines pedagógicos. En este tercer número nos acompañan especialistas del Derecho internacional tanto nacionales como extranjeros, jóvenes investigadores y estudiantes avanzados de Abogacía que hicieron posible el diálogo y el intercambio con el propósito de impulsar el desarrollo y la difusión del conocimiento en una pluralidad de lenguas. La calidad y transparencia en el proceso editorial no hubiera sido posible sin el gran número de especialistas evaluadores que nos acompañaron en esta tarea.

En la sección *Artículos* contamos con seis colaboraciones que abordan diversas temáticas. Ricardo Arredondo analiza desde la óptica del Derecho internacional vigente la decisión de la Administración Trump de reconocer la soberanía israelí sobre los Altos del Golán, se trata de una medida altamente controvertida que ha generado un amplio criticismo tanto por parte de numerosos Estados y organizaciones como de la comunidad académica. Ma. Camila Correa Flórez y Andrés F. Martín Parada estudian el modelo de justicia transicional en Colombia denominado Jurisdicción Especial para la Paz que opera en ese país luego de la firma del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

La dimensión humana del Derecho internacional se encuentra alterada por la falta de una definición clara de este concepto en el seno de un orden jurídico caracterizado por las relaciones de fuerza, las tensiones y las crisis crónicas. Ali Kairouani busca establecer una delimitación teórica y conceptual del humanismo a través de normas internacionales y de los discursos de la doctrina para establecer los contornos de este humanismo subyacente en el Derecho internacional a la luz de los desafíos de la sociedad internacional.

Por su parte, Fernando V. Morales Martín aborda una de las “amenazas híbridas” que más problemas presentan a la hora de ser abordada por el Derecho internacional: la creación y difusión de noticias falsas contra los Estados. Para ello, estudia el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados y la Convención internacional sobre el uso de la radiodifusión en la causa de la paz de 1936 y buscará comprobar las dificultades, en aplicación de estas normas, que tiene el poder calificar este fenómeno como un eventual hecho ilícito internacional, así como la casi imposible atribución de estos comportamientos a los propios Estados.

Mónica Paes Martí y Francisca Ramón Fernández abordan el estudio en profundidad sobre la titularidad de la Luna, así como los diversos conflictos actuales que se pueden plantear en torno a la explotación e investigación de sus recursos y la instalación de laboratorios y bases con la finalidad de realizar observación en el satélite. Por último, Carlos Sánchez Mas y Geraldine Neris analizan el Acuerdo de Escazú, que representa un

¹ Para leer sobre este tema, recomendamos el artículo de Abundio Martín Gadea titulado “Hacia la sanidad internacional. Breve historización sobre el nacimiento de la OMS y el Derecho sanitario internacional”, *Anuario de Relaciones Internacionales* (2020). Disponible en: <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/a2020derintArtGadea.pdf>

avance en el proceso legislativo de democratización, transparencia y búsqueda del paradigma del desarrollo sostenible, y su inserción en la escena jurídica argentina con especial mención a la provincia de San Juan.

El *Conversatorio* es otra de nuestras secciones. Si bien “conversar” es la acción de hablar con una o varias personas, nos proponemos una conversación por escrito que nos permita conocer las opiniones y puntos de vista que tienen los especialistas del Derecho internacional sobre determinados temas y lograr que “dialoguen”. En esta oportunidad invitamos a Josefina Buscetti quien nos propone reflexionar sobre el desplazamiento por cambio climático y su regulación en el Derecho internacional. El cambio climático afecta a miles de personas en todo el mundo y como consecuencia del impacto que este fenómeno causa en sus vidas deben desplazarse a través de fronteras internacionales, planteándose esta cuestión en la actualidad como un desafío a nivel global; sin embargo el Derecho internacional no se ha actualizado en paralelo a ésta problemática y es por ello que existe un vacío legal en el reconocimiento para proteger a estos desplazados, lo que a su vez genera un debate sobre si considerarlos bajo el término de migrantes o refugiados.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a principios del año 2020, en su opinión al caso sobre la deportación a la República de Kiribati de Ioane Teitiota quién había solicitado asilo bajo los términos de “refugiado” o “persona protegida” en Nueva Zelanda, concluyó que los desplazados como consecuencia del cambio climático no deben ser devueltos a su país de origen si sus derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida, se encuentran en riesgo a causa de este retorno, marcando de esta manera un precedente a nivel global, por lo tanto, ¿cómo debería plantearse la normativa internacional para que en su aplicación los Estados tengan la obligación de reconocer y proteger a los desplazados transfronterizos por cambio climático que solicitan asilo?

En búsqueda de una respuesta al interrogante arriba planteado, invitamos a conversar a destacados especialistas en la materia. Nos acompañan Beatriz Felipe Pérez, Matthew Scott, Sumudu Atapattu e Ignacio Odriozola quienes han aportado sus opiniones y puntos de vistas para así contribuir al desarrollo de la cuestión planteada.

El Dr. Fabián Salvioli es nuestro invitado en la sección *Entrevista* que estuvo a cargo de Esteban Beltrán Verdes. La justicia transicional es el tema principal de la entrevista así como los modelos de justicia transicional en América Latina, la falsa dicotomía entre verdad y justicia, la justicia universal, las leyes de amnistías y los procesos de memoria.

La vida de los tratados es la sección que se propone recordar el contexto histórico, social, político y jurídico en que el surgieron los tratados, fuente principal del Derecho internacional, y analizar su vigencia en la sociedad internacional contemporánea. En 2020 se cumplieron nada menos que 75 años de la adopción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, 50 años de la adopción del Convenio Europeo de Derecho Humanos, 30 años de la adopción de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 20 años de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, 11 años de la adopción Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de desplazados internos en África (Convención de Kam-pala), entre otros tantos.

En este número de la revista, Juan Alberto Rial conmemora los 50 años de la adopción de la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*. El autor analiza en detalle una de las resoluciones fundamentales en la historia de la ONU y finaliza con un balance de los logros y desafíos de la misma.

Por su parte, Francisco Aras analiza la Constitución de Bosnia y Herzegovina, producto del Acuerdo de Paz de Dayton (1995), con el objeto de explicar cómo los elementos del federalismo y el consociativismo

pueden convertirse en herramientas fundamentales para la reconstrucción del Estado y la sociedad después de un conflicto de tal magnitud.

La sección *Cine y Derecho* se nutre en este número de tres artículos puesto que estamos convencidos que en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho internacional los recursos audiovisuales, como el cine y/o la televisión pueden contribuir a enseñar y aprender contenidos desde diferentes ángulos o puntos de vista. Contamos con el análisis de dos películas y una miniserie. En “El puente de los espías”, Adolfo Díaz-Bautista refleja la realidad de las relaciones internacionales entre bloques al comienzo de la guerra fría, cuando el espionaje era parte de la actividad habitual de defensa. A través del proceso de enjuiciamiento y posterior liberación del espía soviético Rudolph Abel, el autor examina cuestiones trascendentales como la universalidad del derecho de defensa, la vigencia de los derechos humanos y la búsqueda de la personalidad internacional por parte de los Estados emergentes.

Luisa Vicentin y Ailén Chiesa analizan el accionar de la Organización de las Naciones Unidas en las guerras de disolución de Yugoslavia, específicamente de la guerra serbobosnia, con una mirada crítica hacia su funcionamiento y burocracia en la película “En Tierra de Nadie”. Y, por último, Aldo García nos recuerda el contexto en el que surge el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y el camino recorrido hacia la justicia penal internacional en la miniserie “Tokyo Trial”.

Y, a modo de cierre, en la sección *Relatoría* invitamos a la arquitecta estadounidense Leslie Thomas, fundadora y directora creativa de ART WORKS Projects, quien nos relata cómo a través de la proyección de películas, publicación de libros y exhibiciones multimedia, el diseño y las artes ayudan a crear conciencia y educan al público en general sobre las cuestiones más importantes vinculadas a los derechos humanos.

Solo nos queda agradecer profundamente a quienes han colaboraron para hacer realidad este tercer número de la Redic. ¡Les deseamos una excelente lectura!



Prof^a. Esp. Julia Espósito
Directora y editora de la Redic

Acerca de las implicancias legales y políticas de la decisión de la Administración Trump sobre los Altos del Golán

On the legal and political implications of the Trump Administration's decision regarding the Golan Heights

Ricardo Arredondo  Universidad de Buenos Aires, Argentina | ricardoarredondo@derecho.uba.ar

Recibido: 14/9/2020

Aceptado: 04/12/2020

Resumen La decisión de la Administración Trump de reconocer la soberanía israelí sobre los Altos del Golán es una medida altamente controvertida, que ha generado un amplio criticismo tanto por parte de numerosos Estados y organizaciones como de la comunidad académica. Este trabajo considera dicha medida a la luz del derecho internacional vigente, para lo cual se la analiza desde distintos ángulos. A su vez, este análisis está precedido por una breve reflexión histórica. Finalmente, se abordan las potenciales implicancias jurídicas y políticas que esta medida trae aparejadas.

Palabras clave Estados Unidos, Israel, Siria, conflictos armados, ocupación.

Abstract The Trump Administration's recent decision to recognize Israel's sovereignty over the Golan Heights is a highly controversial measure, which has generated widespread criticism from numerous States and organizations as well as from the academic community. This paper considers this measure vis-à-vis international law, for which it is analyzed from different perspectives. In turn, this analysis is preceded by a brief historical reflection. Finally, the potential legal and political implications that this measure brings are addressed.

Keywords United States, Israel, Syria, armed conflicts, occupation.

Cómo citar este artículo: Arredondo, R. (2020). Acerca de las implicancias legales y políticas de la decisión de la Administración Trump sobre los Altos del Golán. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 8 - 29. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe001>

1. Introducción

Con ocasión de la visita a Washington del primer ministro de Israel, Benjamin Netanyahu, el 25 de marzo de 2019 el presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, procedió a reconocer formalmente la soberanía de Israel sobre los Altos del Golán. El comunicado emitido por la Casa Blanca expresa que el Estado de Israel tomó el control de los Altos del Golán en 1967 para salvaguardar su seguridad de amenazas externas. Asimismo, afirma que los actos agresivos de Irán y grupos terroristas, como Hezbollah, en el sur de Siria, continúan utilizando los Altos del Golán como base de lanzamiento de ataques contra Israel y que cualquier posible acuerdo de paz futuro en la región debe tener en cuenta la necesidad de Israel de protegerse de Siria y de otras amenazas regionales. Sobre la base de estas “circunstancias únicas”, la administración estadounidense estimó apropiado reconocer que “las Alturas del Golán son parte del Estado de Israel” (White House, 2019).

Esa decisión ya había sido adelantada por el propio Trump el 21 de marzo de 2019 cuando expresó que “después de 52 años, es hora de que EE.UU. reconozca plenamente la soberanía de Israel sobre los Altos del Golán” (Trump, 2019). En dicho mensaje también anticipó el fundamento de la medida: estos territorios “son de importancia estratégica y de seguridad crítica para el Estado de Israel y la estabilidad regional”. Como señala Lieblich, el texto de la proclama plantea muchas cuestiones, entre ellas, no está claro cuáles son las “circunstancias únicas” de este caso, y específicamente, por qué no se aplicarían a otras situaciones en las que los Estados enfrentan desafíos a su seguridad desde un territorio vecino o en disputa (Lieblich, 2019).

Este trabajo procura responder a la pregunta de si esta medida implica una *continuidad* en la política exterior de los Estados Unidos o si, por el contrario, se trata de un *cambio* que puede atribuirse a una decisión particular de la Administración Trump (sección III). Dado que los cambios de dirección en las políticas exteriores de los estados constituyen una característica frecuente en las relaciones internacionales, en el caso de que el reconocimiento de la soberanía israelí sobre los Altos del Golán se tratara de una transición en la política exterior de los Estados Unidos, cabe analizar si la medida se enmarca dentro de los parámetros del derecho internacional vigente. El examen de su legalidad se realiza desde perspectivas diferentes: el *jus ad bellum*, el derecho internacional humanitario (en adelante, DIH), el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la libre determinación y la noción de la “guerra defensiva” (Sección IV). Este análisis está precedido por una breve referencia histórica (sección II). Finalmente, se consideran las implicancias de la decisión estadounidense (sección V) y se esbozan algunas conclusiones (sección VI).

Mi conclusión es que la decisión de “reconocer” la soberanía israelí sobre los Altos del Golán representa un quiebre en la política exterior de los Estados Unidos y se enmarca dentro de una postura de abierto desafío a la legalidad internacional llevada adelante por la Administración Trump, que se ha evidenciado en la adopción de numerosas medidas cuya conformidad con el derecho internacional es, en el mejor de los casos, dudosa y en la mayoría de ellos de abierta contradicción con este orden jurídico (Koh, 2018).

2. Breve referencia histórica

Los Altos del Golán son una meseta ubicada en la frontera entre Israel, Líbano, Jordania y Siria, que abarca un área aproximada de 1800 km², de los cuales cerca de 1200 km² están bajo ocupación militar de Israel, unos 235 km² están controlados por la Fuerza de las Naciones Unidas de Observación de la Separación (FNUOS o UNDOF)¹ y el resto permanece bajo soberanía siria. La “Línea de Armisticio” entre Israel y Siria se trazó en el *Acuerdo de Armisticio General* entre Israel y Siria (1949) a lo largo de la frontera internacional entre Palestina y Siria por mandato.

¹ Cfr. Naciones Unidas, “FNUOS. Ficha Informativa”, disponible en <https://peacekeeping.un.org/es/mission/undof>.

Los Altos del Golán son un territorio sirio que le fue arrebatado a este país luego de la guerra de los Seis Días (1967).² Con anterioridad, ni esos territorios ni Cisjordania, la Franja de Gaza y el Sinaí habían sido previamente parte del territorio soberano de Israel ni estaban bajo su administración. Con posterioridad a este conflicto bélico, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante, CSNU) adoptó la resolución 242 que establece “la inadmisibilidad de la adquisición de territorio por medio de la guerra” e insta al “retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios que ocuparon durante el reciente conflicto” y la “terminación de todas las situaciones de beligerancia o alegaciones de su existencia, y respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas y libres de amenaza o actos de fuerza”.³ La ocupación se consolidó luego de la guerra de Yom Kippur (1973), cuando Siria pretendió recuperar su territorio por la fuerza y perdió ese conflicto armado. Con posterioridad a este episodio bélico, el CSNU emitió la Res. 338 (1973), que instaba a todas las partes a un cese del fuego y a que comenzaran inmediatamente a aplicar la Resolución 242 en todas sus partes.⁴ La línea oriental del territorio ocupado cambió algo después de la guerra de 1973 y el *Acuerdo de Separación entre las fuerzas israelíes y sirias* de 5 de junio de 1974⁵, aunque esta modificación no tuvo importancia estratégica. La diferencia entre la “línea internacional” y la “línea de junio de 1967” debe entenderse en este contexto.

En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* de 9 de julio de 2004, la Corte Internacional de Justicia corrobora a través de los pronunciamientos, especialmente del Consejo de Seguridad, el reconocimiento de esta delimitación internacional, califica los resultados de la guerra de 1967 de ocupación, pone de relieve las actividades de Israel dirigidas a cambiar el estatuto internacional de Jerusalén Este para su anexión y recuerda que el Consejo, desde 1980, califica reiteradamente a Israel de potencia ocupante (e.g. paras. 99, 120) (Badia Martí, 2005).

Posteriormente, el 14 de diciembre de 1981, Israel promulgó la *Ley de los Altos del Golán* en virtud de la cual “las leyes, la jurisdicción y la administración del Estado de Israel se aplicarán a la zona de los Altos del Golán”⁶. Se utilizó un lenguaje similar al de la anexión de Jerusalén Oriental, lo que parece significar que en los hechos se trató de una anexión de territorio mediante la aplicación del sistema legal israelí, aunque la posición oficial de este país es que no ha anexado los Altos del Golán, sino que “solo aplica sus leyes allí”. Por otro lado, cuando el Primer Ministro Begin introdujo esta ley en la Knesset afirmó que “en el momento en que el Presidente de Siria exprese su disposición a negociar un tratado de paz con Israel, en ese mismo momento comenzarán las negociaciones y nada se interpondrá en nuestro camino” (Rubin, 2009).

Este acto unilateral de anexión fue condenado por el CSNU por medio de su resolución 497 (1981). Esta resolución no hace mención explícitamente a un ataque a la integridad territorial siria, sino que ratifica la inadmisibilidad de la adquisición de territorios por la fuerza y expresa que la medida israelí es nula y carece de efectos en internacional (Kohen, 1997, cap. V, nota 24). La resolución 497 (1981) expresa que “la adquisición de territorio por la fuerza es inadmisibles con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, los principios del derecho internacional y las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad”. En virtud de ello, resuelve que “la decisión israelí de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración al territorio sirio ocupado de las Alturas del Golán es nula y sin valor y no tiene efecto alguno desde el punto de vista del derecho

² Cuando terminó la Guerra de los Seis Días, Israel ocupó territorios tres veces más grandes que su territorio de origen. Estos incluyeron los Altos del Golán ocupados desde Siria, la Península del Sinaí y la Franja de Gaza ocupada desde Egipto, y Cisjordania ocupada desde Jordania (Rubin, 2009).

³ CSNU, Res. 242 (1967) de 22 de noviembre de 1967.

⁴ CSNU, Res. 338 (1973) de 22 de octubre de 1973.

⁵ Acuerdo de Separación entre las fuerzas israelíes y sirias, Ginebra, incluido en el “Anexo A” al Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, de fecha 30 mayo 1974, Doc. S/11302/Add.1.

⁶ *The Golan Heights Law-5742/1981*, 14/12/1981, Volume 7: 1981-1982, disponible en <https://bit.ly/33rp4Xl>.

internacional”; y exigió a la potencia ocupante que “revoque su decisión de inmediato”.⁷ En sentido similar, se expresó la Asamblea General mediante las resoluciones 36/226⁸ y ES-9/1.⁹

Hay quienes han sostenido que la *Ley de los Altos del Golán* debe interpretarse como una mera extensión del derecho y la jurisdicción de Israel al área ocupada sin anexarla (Shellef, 1994), mientras que otros sostienen lo contrario (Maoz, 1994).¹⁰ Israel considera al Golán como un “territorio en disputa”, mientras que para las Naciones Unidas es un “territorio sirio ocupado”.¹¹ Si la conquista fue eliminada como un método válido de adquisición de soberanía territorial, con mayor razón la anexión debe seguir la misma suerte (Kohen, 1997, cap. V, para. 81). Diversas resoluciones del Consejo de Seguridad reafirman este corolario de la prohibición del uso de la fuerza, aunque haya sido expresado de manera diferente.¹²

En este contexto, es interesante observar que, a diferencia de la práctica de Israel en relación con la anexión de Jerusalén, ni los académicos israelíes ni los representantes del gobierno hicieron ningún intento de justificar la anexión en términos del derecho internacional. Sea como fuere, tanto la opinión pública internacional como la israelí consideraron la *Ley de los Altos del Golán* como una anexión y, desde entonces, se transformó en un elemento crucial en las negociaciones de paz entre Israel y Siria.

Los Altos del Golán presentan una posición privilegiada desde el punto de vista estratégico-militar, ya que, debido a su posición elevada, permite controlar la Alta Galilea y divisar Damasco, que se encuentra a tan solo 43 km. Las acciones militares sirias contra Israel desde ese punto estratégico generaron en 1967 la decisión israelí de conquistar los Altos del Golán como una zona de seguridad más allá que por sí mismos, para evitar que Siria retomara el control sobre el territorio¹³.

3. El reconocimiento de la soberanía israelí por la Administración Trump:

¿cambio o continuidad?

La “doctrina del no reconocimiento”, también conocida como doctrina *Stimson* (Grant, 2014 y Kohen, 1997, cap. IV, para. 199), fue sostenida por los Estados Unidos ya en 1932, frente a la creación artificial de Manchukuo por obra del Japón, al comunicar su posición de no reconocer adquisiciones territoriales realizadas mediante el uso de la fuerza (Arredondo, 2012 b, p. 122).

Asimismo, Estados Unidos apoyó el *statu quo* en los Altos del Golán que se mantuvo durante décadas entre Siria e Israel. Las fuerzas sirias no intentaron retomar los territorios perdidos después de la Guerra de Yom

⁷ CSNU, Res. 497 (1981) de 17 de diciembre de 1981.

⁸ AGNU, Res. 36/226, “La situación en el Oriente Medio”, Doc. A/RES/36/226 de 17 de diciembre de 1981.

⁹ AGNU, Res. ES-9/1, “La situación en los territorios árabes ocupados”, Doc. A/RES/ES-9/1 de 5 de febrero de 1982.

¹⁰ Kohen también pone a los Altos del Golán como un “ejemplo moderno de anexión”, cfr. KOHEN (2015).

¹¹ La Res. 497, en su pto. 4, “declara que todas las disposiciones del Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, continúan aplicándose al *territorio sirio ocupado* por Israel desde junio de 1967”.

¹² Mientras la Resolución 242 (1967) afirma “la inadmisibilidad de la adquisición de territorio por medio de la guerra”, la resolución 497 (1981) sobre los Altos del Golán declara que “la adquisición de territorio por la fuerza es inadmisibile”. Las resoluciones 853 (1993) y 874 (1993) del CSNU sobre el conflicto armenio-azerí se refieren a “la inadmisibilidad del uso de la fuerza con el fin de adquirir territorio” y la resolución 859 (1993) en relación con Bosnia y Herzegovina reafirma que “la adquisición de territorio por la fuerza es inadmisibile”. Cfr. Kohen 1997, cap. V, nota 63).

¹³ Para mayor abundamiento sobre el contexto histórico de la relación sirio-israelí puede verse Hof, 2009.

Kippur en 1973 y el gobierno israelí consideró a estos territorios como una “prenda de cambio” que posiblemente se entregaría a Siria como parte de un acuerdo de paz, como ocurrió con el Sinaí y Egipto en 1979¹⁴.

Se ha señalado que existen numerosas motivaciones posibles para que Estados Unidos no procediera a reconocer el control israelí del Golán, incluido el deseo de no ofender a los Estados árabes, el temor de que tal movimiento pudiera legitimar anexiones de territorios a través de la fuerza y la creencia de que dichos actos son contrarios a las resoluciones de las Naciones Unidas (Taylor, 2019). Por otra parte, Israel tampoco presionó por ese reconocimiento.

Tres ejemplos servirán para exhibir la continuidad de la política exterior estadounidense durante los últimos sesenta años. El 21 de abril de 1978, el Consejero Legal del Departamento de Estado remitió una nota al Congreso de los Estados Unidos referida a “la legalidad de los asentamientos israelíes en los territorios ocupados”. En ella llega a la conclusión de que Israel, como ocupante beligerante, no tiene derecho a establecer asentamientos en esos territorios (Departamento de Estado, 1978, pp. 777-779). En un informe de 2002 titulado “Israel y los territorios ocupados”, el Departamento de Estado expresó que, como resultado de la guerra de 1967, Israel ocupó Cisjordania, la Franja de Gaza, Jerusalén Oriental y los Altos del Golán y que la comunidad internacional no reconoce la soberanía de Israel sobre ninguna parte de los territorios ocupados (Departamento de Estado, 2003). Durante la presidencia de Barack Obama, Estados Unidos votó a favor de un comunicado del Consejo de Seguridad que expresaba una gran preocupación porque Netanyahu había declarado que Israel nunca renunciaría a los Altos del Golán (BBC News, 2019) y no vetó una resolución del Consejo que reafirmaba la ilegalidad de los asentamientos israelíes en los territorios árabes ocupados.¹⁵

Sin embargo, una de las peculiaridades de la Administración Trump ha sido su abierta discrepancia con su antecesor en el cargo, demostrada en numerosas cuestiones, y su posición respecto de los Altos del Golán ha sido una de ellas. A ello se suma el hecho de que, en los últimos años, las cambiantes alianzas y rivalidades en Medio Oriente, así como la guerra civil en Siria, alteraron la apreciación sobre los Altos del Golán.

Por otra parte, la Administración Trump se ha caracterizado por aplicar un doble patrón de conducta en su política exterior, reaccionando de manera diversa frente a hechos de similar naturaleza, sin siquiera tener armado un discurso para sustentar ese relato. Ello quedó evidenciado en la presentación del Secretario de Estado ante un subcomité del Senado de los Estados Unidos, luego del reconocimiento estadounidense de la soberanía israelí sobre los Altos del Golán, cuando se lo interrogó acerca de por qué los Estados Unidos consideraba ilegal -una clara violación del derecho internacional- la anexión de Crimea por parte de Rusia y avalaba ese mismo tipo de acto por parte de Israel (Borger, 2019). Pompeo ofreció varias justificaciones para la decisión, desde las antiguas raíces judías en la meseta, hasta la justa causa israelí en la guerra de Seis Días y la contundente fuerza de los “hechos en el terreno”. Incluso, llegó a sugerir que había una “doctrina de derecho internacional” que sustentaba la acción de Trump, sobre la que pronto serían informados (Departamento de Estado, 2019). Posteriormente, el Departamento de Estado emitió una declaración en la que formuló varios argumentos, aunque no de naturaleza jurídica, llegando a esbozar una supuesta “doctrina” que justifica la anexión de un territorio obtenido por medio de la fuerza en una *guerra de naturaleza defensiva*.¹⁶ Afirmó que no era posible establecer una comparación entre la administración de los Altos del Golán por parte de Israel y la ocupación rusa y la alegada anexión de Crimea, ya que las circunstancias no podrían ser más diferentes. De acuerdo al Gobierno estadounidense, Israel obtuvo el control del Golán a través de su respuesta

¹⁴ Como afirma Kipper, la guerra de los Seis Días, de manera paradójica, trajo aparejado un principio de solución del conflicto árabe-israelí, porque tanto Israel como sus vecinos árabes tenían algo que intercambiar: territorios por la paz establecida en la Resolución 242 del Consejo de Seguridad, que constituye la base de todas las negociaciones de paz. Cfr. Kipper, 1994, p. 105).

¹⁵ Véase CSNU, Res. 2334 (2016), de 23 de diciembre de 2016, Doc. S/RES/2334 (2016).

¹⁶ Un argumento similar había sido empleado por el primer ministro de Israel al agradecer la decisión de Trump de reconocer la soberanía israelí sobre los Altos del Golán. Cfr. Landau, 2019.

legítima a la agresión siria dirigida a la destrucción de Israel; mientras que Rusia ha ocupado Crimea a pesar de haber reconocido a Crimea como parte de Ucrania en acuerdos bilaterales y la existencia de obligaciones y compromisos internacionales, incluidos los principios fundamentales de la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa). La declaración concluye con una flagrante contradicción: “La política de los Estados Unidos sigue siendo que ningún país puede cambiar las fronteras de otro por la fuerza” (Taylor y Morris, 2019). Se ha subrayado “la inconsistencia, incoherencia y doble moral subyacente a este caso”, aunque, como este mismo autor pone manifiesto, no puede afirmarse que este tipo de conducta sea “algo nuevo o exclusivo de la administración Trump” (Carrillo Santarelli, 2019).

El reconocimiento de la soberanía israelí sobre los Altos del Golán no es una medida aislada de la actual administración estadounidense, sino que se enmarca en una serie de “gestos” que Trump ha tenido con Netanyahu (Bennis, 2019). La primera fue la retirada unilateral de Estados Unidos del acuerdo nuclear con Irán, luego comenzaron las filtraciones de lo que sería el “plan de paz” de Trump (orquestado por su yerno Jared Kushner y supuestamente financiado por los asentamientos (Riotta, 2017), a lo que siguió el reconocimiento estadounidense de la Jerusalén ocupada como la capital “unificada” de Israel y el traslado de la embajada de los Estados Unidos a Jerusalén, en abierta violación del derecho internacional (Hughes, 2018), las resoluciones del CSNU que el Gobierno estadounidense había apoyado y décadas de diplomacia internacional y de los Estados Unidos. Posteriormente, Trump apoyó la nueva ley básica de “Estado-nación” de Israel (Hassan, 2018), que establece una especie de *apartheid* al decretar que solo los judíos tienen el derecho a la libre determinación en ese país; terminó con el apoyo de Estados Unidos a la agencia de las Naciones Unidas que brinda asistencia básica a los refugiados palestinos apátridas (Beaumont y Holmes, 2018), aprovechando dicha ocasión para anunciar la posición de Washington de que prácticamente ninguno de los 5 millones de refugiados palestinos registrados en las Naciones Unidas son en realidad refugiados y, por lo tanto, no tienen derechos que Israel deba reconocer (Deyoung y Eglash, 2018); y la decisión de calificar a la Guardia Revolucionaria o Pasdaran¹⁷, como una “organización terrorista extranjera” sujeta a sanciones (White House, 2019), lo que intensifica seriamente la amenaza de un conflicto armado en una región ya de por sí volátil e inestable.

A luz de estos antecedentes, es posible concluir que la decisión de la Administración Trump de reconocer la soberanía israelí sobre los Altos del Golán implica una disrupción o cambio sustancial en la política exterior de los Estados Unidos. Dado que los cambios de dirección en las políticas exteriores de los estados constituyen una característica frecuente en las relaciones internacionales, cabe analizar entonces si esta variación se enmarca dentro de los parámetros del derecho internacional vigente, lo que examinaremos a continuación.

4. La legalidad del reconocimiento estadounidense de la soberanía israelí sobre los Altos del Golán

La legalidad de la medida adoptada por los Estados Unidos puede analizarse desde diversos ángulos del Derecho internacional.

a. La adquisición de territorios por medio de la fuerza

Antes de que el derecho internacional prohibiera el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, a lo largo de la historia de la humanidad las guerras fueron utilizadas como método de solución de controversias,

¹⁷ La Guardia Revolucionaria o Pasdaran, no es parte del ejército regular iraní, y su fuerza Quds tiene lazos con grupos terroristas como Hezbolá, Yihad Islámica y Hamas.

siendo uno de sus principales objetivos la ocupación, la adquisición, la anexión¹⁸ o el intercambio de territorios. Más aún, la ocupación bélica importaba *ipso facto* la conquista (Podestá Costa y Ruda, 1985, p. 199).

Ya desde la Revolución Francesa comenzó un proceso tendiente a revertir o desconocer estas prácticas, por el que Francia afirmaba que sus ejércitos no invocarían a futuro el “derecho de conquista” en los territorios que ocuparan (Thürer y Burri, 2008). “Con todo, la ocupación bélica no importaba ya la abrogación de la soberanía” (Podestá Costa y Ruda, 1985: T. 1, p. 199). Latinoamérica, desde los congresos de Panamá (1826) y Lima (1865), procurando defender su independencia, condenó el derecho de conquista. Tanto la doctrina *uti possidetis* como la doctrina Monroe tenían el propósito de evitar cambios territoriales forzosos en el hemisferio. La Primera Conferencia Interamericana adoptó una resolución sobre el “Derecho de Conquista” el 18 de abril de 1890, declarando que “el principio de conquista queda eliminado del Derecho público americano”. Posteriormente, se adoptaron en la región otras declaraciones y tratados que prohíben la guerra y la conquista, en particular el *Tratado antibélico de no-agresión y de conciliación*.¹⁹ Ese proceso acentuó la tendencia a prohibir la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (Arredondo, 2012 a, p. 87), pasándose de un *jus ad bellum* ilimitado a un *jus contra bellum* (Márquez Carrasco, 1998, p. 15). Los Estados americanos se negaron a reconocer las adquisiciones territoriales obtenidas por medio de la ocupación o el uso de la fuerza nuevamente en 1932, con motivo de la denominada Guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay, emitiendo una declaración que incluso fue firmada por las partes de la controversia (Wilkes, 1971, p. 187).

En ese recorrido histórico, como recuerda Dojas, debe tenerse presente que:

El tratado Saavedra-Lamas (10 de octubre de 1933), auspiciado por la República Argentina y firmado por 30 países americanos y europeos, condenó las guerras de agresión y reconoció el valor de la doctrina Stimson al estipular que los estados parte expresaban su voluntad de no reconocer ningún acuerdo territorial que no se hubiera concluido por medios pacíficos, ni la ocupación ni la adquisición de territorios por medio de la fuerza (Dojas, 2011, pp. 70-71).

Más allá del plano regional americano, la proscripción de la conquista fue recogida en el art. 10 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que establece que los Estados miembros “se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la sociedad.”

La *política* de no reconocimiento, que se remonta al período anterior a la Primera Guerra Mundial, “comenzó a transformarse en una *obligación de no reconocimiento* en los años treinta a través de la *doctrina Stimson*” (CIJ, 1995, opinión disidente del Juez Skubiszewski, para. 125). Más tarde, los denominados *Pactos Briand-Kellog* (1928) expresamente prohibieron el recurso a la guerra como medio de solución de controversias entre los Estados parte (Hathaway y Shapiro, 2017), hasta que la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza fue finalmente consagrada en el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, considerada hoy como una norma imperativa del derecho internacional (Cassese, 2005, p. 202 y Gros Espiell, 2013, p. 104).

Kohen afirma que uno de los corolarios más evidentes de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales es la imposibilidad de sostener la fuerza como fundamento para la apropiación de territorio

¹⁸ Debe establecerse una distinción entre la conquista y la anexión. Si bien generalmente la primera precede a la segunda, mientras no exista anexión el “conquistador” solo lleva adelante una ocupación beligerante que se transformará en conquista cuando se extinga la soberanía del anterior titular y se consolide el control permanente del ocupante (cfr. O’Connell, 1965, pp. 495-502). Por anexión entendemos la declaración unilateral posterior a la toma del territorio, por la cual quien la formula ahora afirma ser el soberano (cfr. Kohen, 1997, cap. V, para. 81).

¹⁹ Tratado antibélico de no-agresión y de conciliación, adoptado en Río de Janeiro el 10 de octubre de 1933, conocido también como “Tratado de Saavedra Lamas” (1933) o “Pacto Argentino”, 163 LNTS 393, disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20163/v163.pdf>.

extranjero. Sin embargo, la prohibición general del uso de la fuerza no es una condición necesaria para prohibir la conquista. La conquista es de hecho el establecimiento de la soberanía territorial sobre el territorio de los vencidos, sujeto a un cierto número de condiciones. Por tanto, es lógicamente posible excluir la legalidad de la conquista sin prohibir el uso de la guerra u otras formas de uso de la fuerza (Kohen, 1997, cap. V, para. 75).

Las normas establecidas en la Carta de las Naciones Unidas fueron posteriormente complementadas por otros desarrollos tales como, entre otros, las Resoluciones de la Asamblea General 2131 (XX), 2625 (XXV), 3314 (XXIX) y 42/22. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (*Nicaragua contra los Estados Unidos de América*) de 27 de junio de 1986 puso de relieve que el consentimiento unánime de los Estados a esta Declaración “puede entenderse como la aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas proclamados por la resolución” (CIJ, 1986, para. 188). El consentimiento respecto a esas resoluciones era una de las formas de expresión de una *opinio juris* sobre el principio del no uso de la fuerza, considerado como un principio de derecho consuetudinario internacional, independientemente de las disposiciones a que estaba sujeto en el plano convencional de la Carta, especialmente las de carácter institucional. Por su parte, la Resolución 3314, en su art. 5.3, estipula que “Ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal”.

En el ámbito americano, Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de la que los Estados Unidos es miembro, recogió los principios continentales mencionados previamente en sus arts. 21 y 3 (g). A su vez, la Declaración sobre los Principios que Rigen las Relaciones entre los Estados Participantes del Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)²⁰ establece en su art. IV, párrafo tercero, que

Los Estados participantes se abstendrán asimismo de hacer del territorio de cualquiera de ellos objeto de ocupación militar o de otras medidas de fuerza directas o indirectas que contravengan el derecho internacional, u objeto de adquisición mediante tales medidas o la amenaza de ellas. Ninguna de tales ocupación o adquisición se reconocerá como legal.

Por otra parte, los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) sobre la responsabilidad internacional del Estado del hecho ilícito²¹, de los que una proporción importante de artículos refleja el derecho consuetudinario vigente (Barboza, 2006, p. 3) y que por lo tanto son de naturaleza vinculante para los Estados, prevén en su art. 41.2 que “Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave ... ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación”. En sus comentarios a dicha norma, Crawford afirma que los Estados tienen un doble deber de abstención: a) no reconocer como lícita ninguna situación creada por una violación grave, es decir, por el quebrantamiento de una norma imperativa del derecho internacional general realizada de manera flagrante y sistemática por el Estado responsable; y b) no prestar ayuda ni asistencia para mantener esa esa situación (Crawford, 2004, p. 296).

La primera de esas dos obligaciones se refiere a la obligación de no reconocimiento colectivo por la comunidad internacional en su conjunto de la legitimidad de situaciones directamente resultantes de violaciones graves (...) La obligación se aplica a las “situaciones” creadas por esas vibraciones, por ejemplo, el intento de adquirir la soberanía sobre un territorio mediante la denegación del derecho de los pueblos a la libre determinación. No sólo se refiere al reconocimiento formal de esas situaciones, sino que también prohíbe cualquier acto que implique ese reconocimiento (Crawford, 2004, p. 297).

²⁰ Adoptada en Helsinki el 1 de agosto de 1975.

²¹ Res. AGNU 56/83.

Desde la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, los intentos de adquirir territorios por medio de la fuerza disminuyeron considerablemente comparados con el período anterior (Zacher, 2001, p. 215). La práctica internacional y las decisiones de la Corte Internacional de Justicia han avalado este principio de no reconocimiento de hechos realizados en violación de normas imperativas. Entre los numerosos ejemplos al respecto puede mencionarse la Resolución 662 del CSNU, con motivo de la invasión y anexión de Kuwait por parte de Irak, en la que expresó que la anexión de Kuwait carecía “de validez jurídica y ha de considerarse nula y sin valor”. Además de exigir la revocación de las medidas ordenadas por Irak, el CSNU exhortó “a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento indirecto de esa anexión”. “De hecho, ningún Estado reconoció la legalidad de la pretendida anexión cuyos efectos quedaron anulados posteriormente” (Crawford, 2004, p. 298).

En su resolución 2334 (2016), recogiendo conceptos ya expresados en su resolución 478 (1980), el Consejo de Seguridad ratificó que el establecimiento de asentamientos por parte de Israel en el territorio palestino ocupado desde 1967, incluida Jerusalén Oriental, no tenía validez legal y constituía una flagrante violación del derecho internacional y un obstáculo importante para el logro de la solución de los dos Estados y de una paz justa, duradera y general. En la misma resolución, el Consejo reiteró su exigencia de que Israel pusiera fin de inmediato y por completo a todas las actividades de asentamiento en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y que respetara plenamente todas sus obligaciones jurídicas a ese respecto. Asimismo, reafirmó la vigencia de sus anteriores resoluciones sobre el tema.²²

La segunda obligación contenida en el art. 41.2 establece la prohibición de prestar ayuda o asistencia para mantener o consolidar una situación creada por una violación grave. Esta prohibición se refiere a la conducta que, *a posteriori*, realiza un Estado en auxilio del responsable de la violación que se presupone conoce las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito. La prohibición puede verse como una prolongación del deber de no reconocimiento, pero va más allá de ello, ya que se establece una obligación específica de no prestar ayuda o asistencia para mantener o consolidar una situación creada por una violación grave.

¿Cuál es la importancia de los pronunciamientos de las Naciones Unidas sobre el no reconocimiento? Políticamente, se basan en la idea de que todas las acciones contrarias a ciertos valores básicos comúnmente aceptados por la comunidad mundial equivalen a desviaciones que no deben ser legitimadas. Su objetivo es aislar al estado infractor y obligarlo a cambiar la situación que se ha condenado. Constituyen una medida de último recurso en aquellos casos en que las Naciones Unidas se ha mostrado incapaz de lograr un retorno a la legalidad recurriendo a las sanciones previstas en la Carta. Dado que la comunidad internacional organizada no puede anular estos hechos, puede limitar sus efectos al retener de manera enfática su aval (Cassese, 2005, p. 342).

La *práctica estatal* contraria a la prohibición de adquirir territorio por medio de la fuerza se ve confirmada por la respuesta mayoritaria de los Estados u organizaciones internacionales, como la Unión Europea, que se han manifestado en contra de la decisión de los Estados Unidos de reconocer la soberanía israelí sobre el Golán. Esa decisión no solo fue cuestionada por el propio estado afectado, Siria, y por Rusia, quien rechazó “la decisión del presidente de Estados Unidos sobre el Golán sirio ocupado, que viola flagrantemente la Carta de la ONU”, sino también por socios y aliados estratégicos de los Estados Unidos, como Canadá (Global Affairs Canada, 2019) y la Unión Europea (UE) (Consejo de la UE, 2019). En paralelo, los cinco Estados miembros de la UE que formaban parte del Consejo de Seguridad -el Reino Unido, Francia (Ambassade de France à Tel-Aviv, 2019), Alemania, Bélgica y Polonia- expresaron esta posición común de la UE en Nueva York en una participación conjunta²³. Posteriormente, la Alta Representante de UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, en una sesión plenaria del Parlamento Europeo volvió a referirse de manera crítica

²² CSNU, Doc. S/RES/2334 (2016), op. cit.

²³ Véase el debate en el CSNU con ocasión de su 8495ª sesión, del miércoles 27 de marzo de 2019, Doc. S/PV.8495.

al reconocimiento por parte de los Estados Unidos de los Altos del Golán como territorio israelí y la posible anexión de los asentamientos en la Ribera Occidental (UE, 2019).

Además de las resoluciones del Consejo de Seguridad ya mencionadas, otras resoluciones del CSNU abordaron esta cuestión²⁴, como también lo hizo la Asamblea General (AGNU).²⁵ En particular, desde su resolución 70/89, la AGNU viene señalando “la inadmisibilidad de la adquisición de territorio por la fuerza” y “reafirmando que los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado son ilegales y constituyen un obstáculo para la paz y el desarrollo económico y social”.²⁶ Asimismo, “reitera su exigencia de que Israel ponga fin de manera inmediata y completa a todas sus actividades de asentamiento en todo el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado, e insta a este respecto a que se apliquen cabalmente todas las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad, incluidas, entre otras, las resoluciones 446 (1979), 452 (1979), de 20 de julio de 1979, 465 (1980), 476 (1980) y 1515 (2003), de 19 de noviembre de 2003”.²⁷ Especialmente, debe subrayarse el hecho de que esta resolución “alienta a todos los Estados y organizaciones internacionales a seguir aplicando activamente políticas que aseguren el respeto de sus obligaciones en virtud del derecho internacional en relación con todas las prácticas y medidas ilegales israelíes...”. Una de las últimas de esas resoluciones de la AGNU fue la 73/100, adoptada en diciembre de 2018, por una abrumadora mayoría. En ella, la AGNU:

1. Exhorta a Israel, la Potencia ocupante, a que acate las resoluciones relativas al Golán sirio ocupado, en particular la resolución 497 (1981) del Consejo de Seguridad, en la que el Consejo, entre otras cosas, determinó que la decisión de Israel de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración al Golán sirio ocupado era nula y sin valor y no tenía efecto alguno desde el punto de vista del derecho internacional y exigió que Israel, la Potencia ocupante, revocase su decisión de inmediato;

2. Exhorta también a Israel a que desista de alterar el carácter físico, la composición demográfica, la estructura institucional y la *condición jurídica* del Golán sirio ocupado.²⁸

Si bien, por lo general, las resoluciones de la AGNU carecen de fuerza vinculante, es decir, no pueden crear obligaciones legales directas para los Estados miembros, pueden simbolizar un consenso de opinión sobre el contenido de una norma y, de manera indirecta, se convierten en evidencia del derecho internacional (Sands y Klein, 2001, p. 29; Orakhelashvili, 2005, p. 246). En el caso bajo estudio, la adopción de estas resoluciones sirve para demostrar la existencia de una *opinio juris* que considera ilegal la ocupación de los territorios

²⁴ En particular las resoluciones 242 (1967), de 22 de noviembre de 1967, 446 (1979), de 22 de marzo de 1979, 465 (1980), de 1 de marzo de 1980, 476 (1980), de 30 de junio de 1980, 478 (1980), de 20 de agosto de 1980, 497 (1981), de 17 de diciembre de 1981, 904 (1994), de 18 de marzo de 1994, y 2334 (2016), de 23 de diciembre de 2016.

²⁵ Incluida la resolución 69/92, de 5 de diciembre de 2014, y las aprobadas en su décimo período extraordinario de sesiones de emergencia: resoluciones ES-10/15, de 20 de julio de 2004, y ES-10/17, de 15 de diciembre de 2006. Asimismo, en 2017, un texto similar (resolución A/RES/72/88) recogió también dos votos en contra (Israel y Estados Unidos), 151 a favor y 20 abstenciones. En el 2016, la oposición al texto se redujo a un solo voto en contra (Israel), mientras Estados Unidos optó por abstenerse siendo 15 las abstenciones, la resolución A/RES/71/99 obtuvo 163 votos a favor. En el 2015, la resolución A/RES/70/91 fue aprobada por 160 votos a favor, uno en contra y 16 abstenciones. En el 2014, la resolución A/RES/69/94 las cifras fueron 162 a favor, 1 en contra y 15 abstenciones. En el 2013, la resolución A/RES/68/84 fue adoptada por 169 votos a favor, 1 en contra y 12 abstenciones. Este muy breve recuento evidencia el rechazo generalizado que han recibido las acciones ilegales israelíes en los Altos del Golán.

²⁶ Res. 70/89, “Los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado”, resolución aprobada por la AGNU el 9 de diciembre de 2015, sobre la base del informe de la Comisión Política Especial y de Descolonización (Cuarta Comisión) (A/70/497), Doc. A/RES/70/89, disponible en <https://undocs.org/sp/A/RES/70/89>.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Res. 73/100, “El Golán sirio ocupado”, aprobada por la Asamblea General el 7 de diciembre de 2018, sobre la base del informe de la Comisión Política Especial y de Descolonización (Cuarta Comisión) (A/73/524), Doc. A/RES/73/100. Esta resolución se adoptó por 149 votos a favor, 2 en contra (Israel y Estados Unidos) y 22 abstenciones (entre las cuales se incluyen, en el hemisferio americano, a Canadá, Guatemala, Haití, Honduras, México y Panamá).

árabes mencionados. Esta resolución fue recogida en sucesivos informes del Secretario General, que pusieron de relieve nuevamente la ilegalidad de la ocupación israelí (Secretario General, 2016). En su informe de 2018, “el Secretario General reafirma que lo dispuesto en la resolución 497 (1981) del Consejo de Seguridad sigue siendo válido. En ella, el Consejo señaló que la decisión israelí de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración al territorio sirio ocupado de las Alturas del Golán es nula y sin valor y no tiene efecto alguno desde el punto de vista del derecho internacional (A/71/355, párr. 66)” (Secretario General, 2018). Asimismo, en su informe respecto de la aplicación de la resolución 2334 (2016) del CSNU, el Secretario General reitera “que el establecimiento de asentamientos (...) no tiene efectos legales y constituye una flagrante violación del derecho internacional, como se indica en la resolución 2334 (2016), y debe cesar de inmediato y por completo” (Secretario General, 2019).

Todas las resoluciones del Consejo y la Asamblea anteriores a 2004 fueron recogidas por la CIJ en su opinión consultiva en el asunto *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Allí sostuvo además “la ilegalidad de la adquisición territorial resultante de la amenaza o el uso de la fuerza”, que refleja una norma de derecho internacional consuetudinario (CIJ, 2004, paras. 87, 117 y 74). De ello se desprende que la conquista no puede ser fundamento para la transferencia de título legal de soberanía sobre un territorio, aún en el caso de que sea seguida por una ocupación de hecho y el ejercicio de autoridad sobre el territorio (Cassese, 2005, p. 57).

En un debate que tuvo lugar en el CSNU, refiriéndose a la decisión de los Estados Unidos de reconocer la soberanía israelí en los Altos del Golán, la Secretaria General Adjunta de Asuntos Políticos y de Consolidación de la Paz, Rosemary A. DiCarlo, quien fuera representante alterna de los Estados Unidos ante las Naciones Unidas, subrayó la necesidad de respetar las resoluciones de las Naciones Unidas sobre esa cuestión, especialmente las resoluciones 242 (1967) y 497 (1981) del Consejo. Asimismo, instó a las partes a evitar acciones unilaterales que puedan socavar las perspectivas de paz (Consejo de Seguridad, 2019).

De lo hasta aquí expuesto, se desprende claramente que los Estados Unidos, al reconocer la soberanía israelí sobre los Altos del Golán, incurrió en una doble violación del derecho internacional vigente, ya que no sólo reconoce los hechos derivados de una violación grave como es la ocupación y anexión de territorio sirio por parte de Israel; sino que además, consciente de esa situación, va más allá y presta su asistencia para que la potencia ocupante consolide una anexión contraria a normas imperativas del derecho internacional general.

b. La ocupación/anexión y el Derecho internacional humanitario (DIH)

El art. 4 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 reafirma que “la ocupación de un territorio y la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo no afectarán al estatuto jurídico del mismo”.²⁹ Se considera que esta disposición recoge el derecho consuetudinario existente a la fecha de su adopción (Dinstein, 1997, p. 515), siendo la voluntad de la mayoría de los Estados reiterar el principio de que la ocupación no afecta el estatus legal del territorio ocupado.³⁰ Todos reconocieron este principio como un principio indiscutible del derecho internacional que, además, estaba subyacente tanto en el Reglamento de La Haya como en el Cuarto Convenio.³¹ Por ello, Dinstein afirma que ningún territorio bajo ocupación beligerante puede ser anexado por la Potencia ocupante actuando unilateralmente (Dinstein, 2001, p. 152).

²⁹ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado el 8 de junio de 1977.

³⁰ CICR, “Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. Commentary of 1987. Legal Status of the Parties to the Conflict”, para. 171.

³¹ *Ibidem*, para. 172.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha señalado que:

Actualmente, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, la adquisición de territorio mediante la ocupación o la anexión es ilegal. La idea subyacente es que la ocupación debe ser una fase transitoria a la que sólo se puede poner término mediante la restitución del territorio o, excepcionalmente, mediante otras soluciones previstas en el derecho internacional. (CICR, 1998, pto. 2 (a) (ii)).

Esta organización caracteriza a la anexión como

un acto unilateral de un Estado mediante el cual proclama su soberanía sobre el territorio de otro Estado. Por lo general, implica la amenaza o el uso de la fuerza, ya que el Estado que se anexa usualmente ocupa el territorio en cuestión para afirmar su soberanía sobre él. La anexión equivale a un acto de agresión, prohibido por el derecho internacional (CICR, 2002).

En el Derecho internacional humanitario (DIH), un territorio se considera ocupado cuando efectivamente está bajo la autoridad de fuerzas armadas extranjeras adversas. La ocupación se extiende solo al territorio donde dicha autoridad ha sido establecida y puede ser ejercida. Por lo tanto, el territorio de un Estado puede estar parcialmente ocupado, en cuyo caso las normas y obligaciones de ocupación se aplican solo en el territorio que está efectivamente ocupado. El DIH contiene un conjunto de reglas detalladas que establecen los derechos y deberes de las fuerzas de ocupación que, en términos generales, están obligados a tomar las medidas necesarias para restablecer el orden público y la vida pública y mantenerlos lo mejor posible respetando las leyes vigentes.

Por otra parte, debe recordarse en este punto que, con respecto a las personas protegidas en el territorio ocupado, el art. 47 del Cuarto Convenio de Ginebra prohíbe cualquier privación de protección que podría ser la consecuencia, en particular, de “un cambio introducido, a causa de la ocupación de un territorio, en las instituciones o en el Gobierno del territorio de que se trate” o sea como causa de la anexión por la Potencia ocupante de la totalidad o parte del territorio ocupado.³²

En su opinión consultiva sobre el *Muro*, la CIJ también se refirió a la nulidad de las acciones contrarias al derecho internacional humanitario, especialmente al tratamiento por parte del Consejo de Seguridad de la política y prácticas de Israel en el establecimiento de asentamientos en los territorios palestinos y otros territorios árabes ocupados desde 1967 en violación flagrante de las disposiciones del Cuarto Convenio de Ginebra relativas a los derechos y responsabilidades de la potencia ocupante, especialmente el artículo 49. En virtud de ello, la CIJ consideró que:

que el Cuarto Convenio de Ginebra es aplicable en cualquier territorio ocupado en caso de que surja un conflicto armado entre dos o varias Altas Partes Contratantes. Dado que Israel y Jordania eran parte en el Convenio cuando estalló el conflicto armado en 1967, la Corte estima que el Convenio es aplicable en los territorios palestinos que antes del conflicto estaban situados al este de la Línea Verde y que, durante dicho conflicto, fueron ocupados por Israel, sin que sea necesario determinar cuál era exactamente el estatuto anterior de esos territorios. (CIJ, 2004, para. 99).

La Corte concluyó señalando que las normas del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario aplicables al caso no habían sido respetadas (López-Jacoiste Díaz, 2004, p. 480).

³² La mención de estas situaciones en el artículo 47 del Cuarto Convenio tiene el objetivo de prevenir de la manera más efectiva posible y evitar legitimar, de cualquier modo, actos que sean contrarios al derecho internacional, Cfr. CICR, *IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Comentario de 1958*, pp. 272-276.

c. El Derecho internacional de los derechos humanos

También el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) ha venido ocupándose de esta cuestión, rechazando de manera sistemática la expansión de los asentamientos israelíes en los Altos del Golán. La última resolución al respecto fue aprobada de manera casi coincidente con la decisión de la Administración Trump de reconocer la soberanía el 22 de marzo de 2019. La Res. A/HRC/40/L.28 “Asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado”, que se somete a votación con carácter anual, había sido impulsada esta vez por Pakistán en nombre de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI) y fue adoptada por 32 votos a favor (incluida la Argentina), 10 votos en contra y cinco abstenciones.³³

Esta disposición comienza “afirmando la inadmisibilidad de la adquisición de territorio por medio de la fuerza” y “ratificando que todos los Estados tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales enunciados en la Carta y explicitados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y otros instrumentos pertinentes”.³⁴ Asimismo, reitera que “los Estados no deben reconocer como legal ninguna situación resultante de violaciones de normas imperativas de derecho internacional”.³⁵ La resolución insta a Israel a cesar la ampliación de las colonias judías y a dejar de imponer la ciudadanía israelí a los ciudadanos sirios de los Altos del Golán, así como a poner fin en general a las medidas represivas.

En su opinión consultiva en el asunto del Muro, la CIJ consideró que la protección ofrecida por las convenciones de derechos humanos de las que Israel es parte no cesa en caso de conflicto armado (salvo mediante la aplicación de disposiciones de derogación) y que debería tener en cuenta tanto el derecho de los derechos humanos como, como *lex specialis*. Al respecto, la Corte concluyó que, a la luz de su artículo 2, “el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio” (CIJ, 2004, para. 111). Aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “no contiene ninguna disposición sobre su ámbito de aplicación”, “no cabe excluir que se aplique tanto a los territorios sobre los cuales un Estado parte tiene soberanía como a aquéllos sobre los que ese Estado ejerce una jurisdicción territorial” (CIJ, 2004, para. 112). Consecuentemente, la CIJ concluyó que Israel, como Potencia ocupante de territorios sujetos a su jurisdicción territorial, estaba obligado por este Pacto (Watts y Jorritsma, Remy, 2019).

d. La ocupación/anexión y el derecho a la libre determinación

Aunque existía desde mediados del siglo XIX, y con vigor renovado desde el final de la Primera Guerra Mundial, el principio de la libre determinación fue invocado en muchas ocasiones durante la Segunda Guerra Mundial y fue incluido en la *Carta del Atlántico*³⁶ (1941) y tuvo una gran influencia en los trabajos de la Conferencia de San Francisco, como quedó reflejado en la Carta de las Naciones Unidas (Arts. 1.2 y 55). Está contemplado asimismo en muchos instrumentos, entre otros, la Res. 1514 y los Pactos de Derechos Humanos de 1966³⁷.

³³ Los países europeos optaron por votar en contra, mientras que Estados Unidos no participó debido a su decisión de abandonar el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas argumentando, precisamente, su parcialidad contra Israel.

³⁴ Res. A/HRC/40/L.28, párrafo preambular primero y segundo.

³⁵ Ibidem, párrafo preambular séptimo.

³⁶ Cfr. ONU, “Carta del Atlántico”, disponible en <https://bit.ly/3IHZFWG>.

³⁷ Los Pactos de Nueva York o Pactos Internacionales de Derechos Humanos son dos tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

La resolución 2625 desarrolla este principio³⁸ y expresa en términos claros que “Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos antes aludidos en la formulación del presente principio de su derecho a la libre determinación y la libertad y a la independencia.”³⁹ Especialmente debe tenerse presente la disposición contenida en el último párrafo de este principio, que impone expresamente la obligación “a todo Estado” de abstenerse a realizar “cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”. De ello se desprende que, si la población local está genuinamente en libertad de determinar su estatus político, una anexión posterior a un conflicto armado por parte del Estado victorioso debería quedar claramente excluida.

Sin embargo, la existencia legal de un derecho no es garantía de su implementación. El Estado victorioso puede negarse a respetar el derecho de libre determinación, anexando el territorio conquistado a pesar de los deseos de la población local. De hecho, la política de Israel ha consistido en obliterar el derecho de libre determinación de las poblaciones de los territorios ocupados, a lo que además ha añadido una política de asentamientos que no para de crecer, a pesar de la OC de la CIJ y de las numerosas resoluciones de los diferentes órganos de las Naciones Unidas que han sido examinadas previamente.

En su jurisprudencia, la CIJ se ha referido al derecho a la libre determinación en diversas oportunidades (CIJ, 1975^a, paras. 52 y 53; CIJ, 1975b, para. 162), dejando en claro que es ahora un derecho *erga omnes* (CIJ, 1995, para. 29; CIJ, 2019, para. 160). La Corte tuvo ocasión de expresarse por primera vez sobre la cuestión de la libre determinación en los territorios árabes ocupados en su opinión sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (CIJ, 2004)

la Corte estimó que la localización y trazado del muro, justificado por Israel como una medida temporal para luchar eficazmente contra el terrorismo, era un obstáculo grave al ejercicio de la libre determinación del pueblo palestino, al consagrar con un *fait accompli* la anexión ilegal por Israel de una parte de los territorios ocupados (donde se encuentra el ochenta por ciento de los asentamientos judíos ‘en contravención del DI’) y forzar nuevas modificaciones demográficas por el abandono inducido de los palestinos (Remiro Brotóns, 2007, p. 184).

En particular, el Tribunal señaló que

Habida cuenta del carácter y la importancia de los derechos y obligaciones involucrados, la Corte opina que todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. Asimismo, tienen la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal construcción. Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación (CIJ, 2004, para. 159).

La Corte puso de manifiesto que “el riesgo de nuevas alteraciones de la composición demográfica del territorio palestino ocupado resultantes de la construcción del muro” y “el trazado elegido para el muro da expresión *in loco* a las medidas ilegales adoptadas por Israel con respecto a Jerusalén y los asentamientos” “menoscaba así gravemente el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación y constituye en consecuencia una violación de la obligación de Israel de respetar ese derecho” (CIJ, 2004, para. 122).

³⁸ Res. 2625 (XXV), principio 5, primer párrafo. La opinión mayoritaria sostiene que el derecho de libre determinación forma parte del derecho internacional moderno y ha adquirido el carácter de norma imperativa del derecho internacional (cfr. Doehring, 1994, p. 70).

³⁹ *Ibidem*, párrafo quinto.

Este no sería el único caso en que el derecho a la libre determinación se ve frustrado por la realidad. Desde 1967 Israel viene llevando adelante una política de asentamientos en los territorios ocupados que se ha acen- tuado particularmente durante los sucesivos mandatos de Netanyahu. Israel ha estado planificando, reali- zando, apoyando y alentando el establecimiento y la expansión de asentamientos en los territorios ocupados mediante la concesión de beneficios e incentivos a los asentamientos y los colonos. Esas actividades de asen- tamiento israelíes implican, entre otras cosas, el traslado de nacionales de la Potencia ocupante a los territorios ocupados, la confiscación de tierras, la destrucción de bienes, incluidos viviendas y proyectos financiados por la comunidad internacional, el desplazamiento forzoso de civiles, la explotación de recursos naturales, el desarrollo de una actividad económica en beneficio de la Potencia ocupante, la pérdida de los medios de vida de las personas protegidas, la anexión de facto de tierras y otras medidas contra la población civil del Golán sirio ocupado que son contrarias al derecho internacional.⁴⁰ Sólo en el período que va desde el 15 de diciembre de 2018 al 15 de marzo de 2019, las autoridades israelíes han promovido, aprobado o licitado la construcción de unas 3.150 viviendas en la zona C de la Ribera Occidental ocupada, incluida Jerusalén Oriental. Esta cifra comprende planes de promoción para unas 2.500 unidades y los anuncios de licitación para otras 650 unida- des” (Secretario General, 2019, para. 3).

Al respecto, debe subrayarse que la AGNU, en la Res. 73/100, previamente citada:

2. Exhorta también a Israel a que desista de alterar el carácter físico, la composición demográfica, la estructura institucional y la condición jurídica del Golán sirio ocupado y, en particular, a que desista de establecer asentamientos;
3. Determina que todas las medidas y disposiciones legislativas y administrativas que Israel, la Potencia ocupante, haya tomado o tome en el futuro y que tengan por objeto alterar el carácter y la condición jurídica del Golán sirio ocupado son nulas y sin valor, constituyen una violación manifiesta del derecho internacional y del Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949, y no tienen efecto jurídico alguno;
4. Exhorta a Israel a que desista de imponer la ciudadanía israelí y tarjetas de identidad israelíes a los ciuda- danos sirios del Golán sirio ocupado, y a que desista de adoptar medidas represivas contra la población del Golán sirio ocupado.

e. La doctrina de las “guerras defensivas”

Uno de los argumentos esgrimidos por el Secretario de Estado Mike Pompeo es que existiría una “doctrina de derecho internacional” que fundamentaría la anexión en caso de tratarse de territorios obtenidos luego de una “guerra defensiva”. Como en el caso de los Altos del Golán se trata de territorios que Israel obtuvo luego de vencer en la Guerra de Yom Kippur, iniciada por Siria para tratar de recuperar los territorios que había sido ocupados luego de la Guerra de los Seis Días, estaríamos ante un supuesto de esta naturaleza. Una justificación similar ensayó el primer ministro israelí, quien declaró que la proclama estadounidense refleja un “principio importante de la vida internacional”. Según este principio, “cuando comienzas una guerra de agresión y pierdes territorio, no vienes y lo reclamas después. Nos pertenece”. Además, expresó que “todos dicen que no puedes mantener un territorio ocupado, pero esto demuestra que puedes hacerlo. Si está ocupado en una guerra defensiva, entonces es nuestro” (Halbfinger y Kershner, 2019). Los partidarios de esta tesis sostienen que incluso si en la actualidad está prohibido todo tipo de anexión, no existía una norma de derecho consuetudinario contra la anexión defensiva en 1981.

Esto claramente no es así. Como lo señala Dinstein, la norma que afirma que la ocupación beligerante por sí misma no puede producir una transferencia de título sobre el territorio del Estado ocupante surgió en el de- recho internacional mucho antes de las limitaciones al uso de la fuerza e independientemente de qué Estado

⁴⁰ Véase CDH, Doc. A/HRC/40/L.28.

sea el agresor (Dinstein, 2001, pp. 151-152). Ya en 1917, Oppenheim enunció que “no hay un átomo de soberanía en la autoridad del ocupante” (Oppenheim, 1917, p. 364). A mayor abundamiento cabe recordar las disposiciones de la Carta ONU, las resoluciones 2625 y 3314 de la AGNU y, en particular, las resoluciones 242, 338 y 497 del CSNU, específicamente dirigidas a Israel. La práctica estatal, de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad y la doctrina avalan este punto de vista.

Numerosos académicos refutaron las manifestaciones de Pompeo, afirmando que el derecho internacional es claro: no existe un derecho a anexar territorio de otro estado por la fuerza, ya sea en una guerra agresiva o defensiva. Ello es así incluso en aquellos supuestos en los que quien pretende hacerlo ha actuado en legítima defensa (Lieblich, 2019). Aun en el supuesto de que Israel pueda tener consideraciones de seguridad legítimas para mantener los Altos del Golán, ello no necesariamente lleva a la conclusión de que es apropiado reconocer su soberanía allí en este momento (Lieblich, 2019).

Un estudio del Parlamento de la Unión Europea subraya que un territorio sobre el cual una potencia extranjera ha tomado el control está ocupado. Se supone que una ocupación es un estado temporal, pero la realidad actual muestra que puede durar décadas. Un territorio ocupado también puede ser anexado ilegalmente. La anexión significa que el territorio está incorporado a otro Estado y es considerado por ese Estado como parte de su territorio, como los *Altos del Golán*, Jerusalén Oriental, el Sáhara Occidental y Crimea. Según el derecho internacional actual, la anexión solo puede realizarse después de un tratado de paz, preferiblemente después de un referéndum. Las anexiones que no correspondan a estos requisitos son *ilegales*. Una situación similar ocurre cuando la potencia ocupante en el territorio ocupado se comporta de una manera que sugiere que está tratando de crear hechos en el terreno que hacen imposible una solución, es decir, crean una *anexión de facto*. A los efectos del derecho internacional, los territorios anexados ilegalmente todavía están ocupados, es decir, el régimen de derecho internacional relativo a la ocupación se aplica a estos territorios (Wrange, 2015, cursiva añadida).

5. Implicancias de la decisión estadounidense

Con anterioridad a la adopción de esta medida unilateral por parte de los Estados Unidos, el CSNU, en su resolución 2334 (2016), ya citada, exhortó “a todos los Estados a que establecieran una distinción, en sus relaciones pertinentes, entre el territorio del Estado de Israel y los territorios ocupados desde 1967” (para. 5). En su informe al Consejo, el Secretario General subrayó la inexistencia de “constancia de que ningún Estado tomara medidas en ese sentido durante el período sobre el que se informa”.⁴¹ Asimismo, la Res. 2334 (2016) exhortaba también a todas las partes a que, en interés de promover la paz y la seguridad, hicieran esfuerzos colectivos para iniciar negociaciones creíbles y pidió a este respecto que se intensificaran y aceleraran el apoyo y los esfuerzos diplomáticos regionales e internacionales con objeto de lograr sin demora una paz justa, duradera y general en el Oriente Medio y de poner fin a la ocupación israelí que había comenzado en 1967 (para. 8 y 9).

La medida adoptada por los Estados Unidos días después de la presentación de este informe va justamente en sentido contrario a lo solicitado y desoye numerosas resoluciones de las Naciones Unidas y los esfuerzos de otros Estados y grupos regionales, particularmente, la Unión Europea en la búsqueda de una solución a este conflicto.⁴² Esta decisión de la Administración Trump de reconocer la soberanía israelí sobre los territorios de los Altos del Golán presenta consecuencias desde un doble punto de vista. En términos de política internacional, tiene implicancias globales, ya que la eventual adopción de una norma que permitiera una

⁴¹ Doc. S/2019/251, para. 48.

⁴² Doc. SC/13794, op. cit.

anexión como la llevada a cabo por Israel, probablemente podría ser utilizada por otras potencias como Rusia, China y otros Estados en situaciones similares (Anderson, 2019).

Se trata de una situación en la que, debido a las asimetrías de poder entre las partes del conflicto, el Estado más poderoso (Estados Unidos) decide adoptar una posición recalcitrante rechazando los llamados para la búsqueda de una solución definitiva a esta controversia, permitiendo que quien controla la situación de facto (Israel) no sólo mantenga el *statu quo* indefinidamente, sino que consolide una situación ilegal generada por el uso de la fuerza.

Sin embargo, a la luz del derecho internacional vigente, no parecería que una norma de esta naturaleza fuera a emerger ya que la posición mayoritaria de la comunidad internacional se ha manifestado por la opción contraria, reafirmando el principio de la ilegalidad y el no reconocimiento de adquisiciones de territorio realizadas como consecuencia de la utilización de la fuerza armada.

6. Conclusiones

La *política de no reconocimiento*, que se remonta a antes de la Primera Guerra Mundial, comenzó a transformarse en una *obligación de no reconocimiento* en los años treinta. A través de la doctrina Stimson, los Estados Unidos de América desempeñaron un papel pionero y beneficioso en este desarrollo. La regla o, como Sir Hersch Lauterpacht (1947, p. 395) la califica: “el principio de no reconocimiento”, ahora forma parte del derecho internacional y comparte la naturaleza del principio del cual es un corolario, es decir, el principio de no uso de la fuerza. Por lo tanto, el no reconocimiento adquiere el rango norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*). Como sostuvo Gros Espiell (2013, p. 108), “la invalidez de adquisiciones territoriales hechas mediante el uso de la fuerza constituye un caso de *jus cogens*. Y como lo reconoce la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un caso de *jus cogens* es decir que una norma imperativa de derecho internacional proyecta sus efectos al pasado y quita toda validez ... a una ocupación militar.

Una primera conclusión que puede extraerse es que los territorios de los Altos del Golán ilegalmente ocupados por Israel jurídicamente siguen perteneciendo a Siria. Por lo tanto, la decisión de los Estados Unidos de reconocer la soberanía de Israel sobre estos territorios carece de sustento en el derecho internacional actual y representa una muestra más de los numerosos episodios en los que la Administración Trump ha desafiado el orden jurídico vigente.

La decisión de Israel de continuar extendiendo sus asentamientos a los territorios ocupados, bajo el paraguas protector de los Estados Unidos, constituye también una clara violación al Derecho internacional vigente y afecta el derecho a la libre determinación de las poblaciones autóctonas de esos territorios.

El principio de la efectividad no resulta aplicable a esta situación “porque con respecto a los efectos de una ocupación ilegal, no puede aceptarse que un hecho de fuerza, en violación de principios esenciales del derecho internacional, puede producir efectos jurídicos y legalizarse las consecuencias de un hecho inicialmente ilícito” (Gros Espiell, 2013, p. 109). Una aplicación del viejo adagio latino *ex injuria jus non oritur*.

En esencia, desde el punto de vista jurídico, la anexión por parte de Israel de los territorios del Golán sirio y el reconocimiento de la soberanía israelí efectuado por los Estados Unidos constituyen: a) una violación al orden jurídico vigente que prohíbe la adquisición de territorios por medio de la fuerza desde mucho tiempo antes de que se produjera esa anexión; b) a la vez, ello constituye una violación de la integridad territorial de Siria; c) la violación del derecho a la libre determinación de los habitantes de los Altos del Golán; d) el incumplimiento por parte de Israel y los Estados Unidos, a través de medidas unilaterales contrarias al derecho internacional, de las medidas y recomendaciones de las Naciones Unidas, entre ellas las de poner fin a la ocupación, no continuar con los asentamientos y volver los límites a los establecidos por la línea del armisticio de 1949; y e) la continuada violación de derechos humanos fundamentales de la población siria que habita en los Altos del Golán.

En términos políticos, la medida estadounidense a) contribuye activamente a desestabilizar la de por sí volátil situación existente en Medio Oriente, b) podría transformarse en un ejemplo que quieran emular otras potencias como Rusia, China u otros Estados y genera un peligroso precedente para la Cuestión Malvinas al justificar la anexión de un territorio obtenido por medio de la fuerza sobre el fundamento de la “realidad existente”.

La situación en la región se ve agravada por la erosión sistemática de las normas del derecho internacional. Una simple observación permite advertir que se están abandonando los procesos políticos inclusivos en favor de las soluciones militares, sumiendo a la región en una inestabilidad y caos más profundos. Mientras tanto, los intereses en conflicto de las principales potencias externas acentúan aún más las fallas regionales, como lo evidencian los intentos de desgastar el consenso internacional de larga data sobre el status de Jerusalén y la decisión unilateral de reconocer la soberanía de Israel sobre el Golán sirio.

Si bien se trata de un actor en declive (Arredondo, 2020 b), que ha adoptado una “diplomacia de la retirada” (Arredondo, 2020 c), Estados Unidos continúa siendo una potencia hegemónica en el plano militar, que debería asumir una posición de liderazgo y adoptar tomar medidas concretas que permitan poner fin a la ocupación militar y establecer una paz duradera. Claramente la administración Trump no sólo no está contribuyendo a ello, sino que está desestabilizando aún más, con las medidas como las que se analiza en este trabajo entre otras, una situación frágil y volátil. Mientras eso no ocurra, israelíes y palestinos continuarán buscando en vano una paz ilusoria.

7. Referencias bibliográficas^{43o}

- Ambassade de France à Tel-Aviv (22 de marzo de 2019). Déclaration du porte-parole adjoint du Quai d’Orsay sur le Golan. <https://bit.ly/3jtTZIY>
- Anderson, S. R. (22 de marzo de 2019). Recognizing Israel’s Claims to the Golan Heights: Trump’s Decision in Perspective *Lawfare*. <https://bit.ly/31I35vW>
- Arredondo, R. (2012 a). *Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger: ¿hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?* Catálogos.
- Arredondo, R. (2012 b). *Manual de Derecho Internacional Público*. La Ley.
- Arredondo, R. (2018). La diplomacia del cambio climático. En Gladys Sabia de Barberis et. al. *Aspectos ambientales en el derecho internacional*. CARI.
- Arredondo, R. (2020 a). El asalto de Trump al derecho internacional: su impacto en la OMC. *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Tomo LXX, N° 165, 197-225.
- Arredondo, R. (26 de julio de 2020 b). La lucha por la primacía del poder mundial *Perfil*. <https://www.perfil.com/noticias/internacional/lucha-por-la-primacia-del-poder-mundial.phtml>
- Arredondo, R. (16 de junio de 2020 c). La diplomacia de la retirada *Clarín*. https://www.clarin.com/opinion/diplomacia-retirada_0_ha-0Pp3gL.html
- Badia Martí, A. (2005). La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, v. 9.

^{43o} Todas las referencias a páginas web son válidas al 31/08/2020.

- Barboza, J. (2006). La responsabilidad internacional. En OEA, Comité Jurídico Interamericano, *XXXIII Curso de Derecho Internacional*.
- BBC News (25 de marzo de 2019). Altos del Golán: Trump firma declaración en la que reconoce la soberanía de Israel sobre los territorios. <https://bbc.in/32rrgik>
- Beaumont, P. y Holmes, O. (31 de agosto de 2018). US confirms end to funding for UN Palestinian refugees *The Guardian*. <https://bit.ly/33r7dzV>
- Bennis, P. (15 de abril de 2019). Trump's Embrace of Netanyahu Will Haunt the Middle East for Years *Foreign Policy in Focus*. <https://bit.ly/35GFjCy>
- Benvenisti, E. (2012). *The International Law of Occupation*. Oxford University Press.
- Boeglin, N. (2 de abril de 2019). Los altos del Golán y el derecho internacional: algunos apuntes con relación a la reciente decisión de Estados Unidos *Diario Constitucional*. <https://bit.ly/32FCbDT>
- Borger, J. (11 de abril de 2019). Pompeo flounders on why annexation is good for the Golan but not for Crimea *The Guardian*. <https://bit.ly/2EOoPgB>
- Carrillo Santarelli, N. (11 de abril de 2019). La administración Trump frente a los Altos del Golán: doble rasero y desprecio frente al derecho internacional que se invoca *El objeto persistente*. <https://bit.ly/34HuOOV>
- Cassese, A. (2005). *International Law*. Oxford University Press
- Comité Internacional de la Cruz Roja (1998). Informe "Problemas generales de aplicación del IV Convenio de Ginebra - Reunión de Expertos, Ginebra, 27-29 de octubre de 1998, pto. 2 (a) (ii).
- CICR (2002). Annexation (prohibition of), *How does law protect in war*. <https://casebook.icrc.org/glossary/annexation-prohibition>
- Corte Internacional de Justicia (1975 a). *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 171, p. 31.
- CIJ (1975 b). *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, p. 68.
- CIJ (1986). *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)* (fondo del asunto), I.C.J. Reports 1986, p. 14.
- CIJ (1995). *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports, p. 102.
- CIJ (2004). Opinión Consultiva sobre las *consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Doc. A/ES-10/273.
- CIJ (2019). Opinión Consultiva en el asunto *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, I.C.J. Reports.
- Consejo de la Unión Europea (2019). Declaración de la Alta Representante, en nombre de la UE, sobre los Altos del Golán, Comunicado de prensa. <https://bit.ly/3gKdXgV>
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, La situación en el Oriente Medio, incluida la cuestión palestina, Doc. SC/13794.
- Crawford, J. (2004). *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado*. Introducción, texto y comentarios. Introducción y apéndices traducidos por Luis Fonseca bajo la supervisión de Carlos Espósito. Dykinson.

- Departamento de Estado de los Estados Unidos de América. @StateDept. 9/04/2019. @SecPompeo on FY2020 Budget: The @realDonaldTrump Administration sees the world as it is, not as we wish it would be. [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/StateDept/status/1115694237448691712>.
- Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (2003), Israel and the occupied territories, *Country Reports on Human Rights Practices, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor 2002*. <https://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2002/18278.htm>
- Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (1978). United States: Letter of the State Department Legal Adviser Concerning the Legality of Israeli Settlements in the Occupied Territories. *17 International Legal Materials* (3), 777-779.
- Deyoung, K. y Eglash, R. (2018). Trump administration to end U.S. funding to U.N. program for Palestinian refugees *The Washington Post*. <https://wapo.st/2GYLS9w>
- Dinstein, Y. (1997). Comentarios al Protocolo I. 320 *Revista Internacional de la Cruz Roja*. <https://bit.ly/2QzsrFQ>
- Dinstein, Y. (2001). *War, Aggression and Self-Defence*, 3ª ed. Cambridge University Press.
- Doehring, K. (1994). Self-Determination. En Bruno Simma (Ed.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, Oxford University Press, 1994, quien cita el estudio preparado por Gros Espiell, Héctor, *El derecho a la libre determinación. Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas*, junio de 1977, Doc. E/CN.4/Sub.2/390.
- Dojas, A. E. (2011). *Amenazas, respuestas y régimen político. Entre la legítima defensa y la intervención preventiva*. Eudeba.
- Fajardo, T. (2017). Military Occupation, *Oxford Bibliographies*, DOI: 10.1093/OBO/9780199796953-0077.
- Global Affairs Canada (25 de marzo de 2019). Statement on the Golan Heights, Ottawa. <https://bit.ly/31IrhOo>
- Grant, T. D. (2014). Doctrines (Monroe, Hallstein, Brezhnev, Stimson). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- Gros Espiell, H. (2013). El caso de las Islas Malvinas: necesarias puntualizaciones. En J. Ramiro Podetti, *Visiones uruguayas sobre Malvinas*. Fin de Siglo.
- Halbfinger, D. M. y Kershner, I. (26 de marzo de 2019). Netanyahu Says Golan Heights Move ‘Proves You Can’ Keep Occupied Territory *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/03/26/world/middleeast/golan-heights-israel-netanyahu.html>
- Hassan, Z. (11 de diciembre de 2018). Trump’s Plan for Israel and Palestine: One More Step Away from Peace *Carnegie Endowment for International Peace*. <https://bit.ly/32sqphg>
- Hathaway, O. A. y Shapiro, S. J. (2017). *The Internationalists: How A Radical Plan to Outlaw War Remade the World*. Simon and Schuster.
- Hof, F. C. (2009). Mapping Peace between Syria and Israel. *United States Institute of Peace, Special Report*.
- Hughes, D. (5 de marzo de 2018). Did the Trump Administration’s Jerusalem Declaration Violate International Law? *Opinio Juris*. <https://bit.ly/3ke96Xs>
- Kipper, J. (1994). The role of the U.S. in the Middle East. *Brown Journal of Foreign Affairs*, nº 1 (1).
- Koh, H.H. (2018). *The Trump Administration and International Law*. Oxford University Press.
- Kohen, M. G. (1997). *Possession contestée et souveraineté territoriale*. Graduate Institute Publications.

- Kohen, M. G. (2015). *Conquest*. MPEPIL.
- Landau, N. (31 de marzo de 2019). Legal Experts Debunk Netanyahu's Golan Heights Claim: Annexation Can't Be Excused by Defensive War *Haaretz*. <https://bit.ly/2ElkGed>
- Lauterpacht, H. (1947). *Recognition in International Law*. Cambridge University Press.
- Lieblich, E. (4 de abril de 2019). The Golan Heights and the Perils of 'Defensive Annexation. *Just Security*. <https://bit.ly/35z9mw5>
- López-Jacoiste Díaz, E. (2004). Algunas reflexiones sobre la opinión consultiva sobre el muro de Israel: la solución está en Ramallah y Gaza y no en La Haya ni en Manhattan. *Anuario Español de Derecho Internacional*, v. 20, 467-491.
- Maoz, A. (1994). Application of Israeli Law to the Golan Heights Is Annexation. 20 *Brooklyn Journal of International Law*, 355-396.
- Márquez Carrasco, M. del C. (1998). *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en Derecho internacional*. Tecnos.
- Naciones Unidas, "FNUOS. Ficha Informativa", disponible en <https://peacekeeping.un.org/es/mission/un-dof>.
- O'Connell, D. P. (1965). *International Law*. Stevens and Sons Ltd.
- Oppenheim, L. (1917). The Legal Relations between an Occupying Power and the Inhabitants. *Law Quarterly Review*, n° 33.
- Orakhelashvili, A. (2005). International Public Order and the International Court's Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. *Archiv des Völkerrechts*, v.43. n° 2.H, 240-256.
- Podestá Costa, L. y Ruda, J. M. (1985). *Derecho Internacional Público*. TEA.
- Remiro Brotóns, A. et. al. (2007). *Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch.
- Riotta, C. (12 de marzo de 2017). Jared Kushner Failed To Disclose He Led A Foundation Funding Illegal Israeli Settlements Before U.N. Vote. *Newsweek*. <https://bit.ly/3bYmGeG>
- Rubin, B. (2009). *Israel, Occupied Territories*. MPEPIL.
- Sands, P. y Klein, P. (2001). *Bowett's Law of International Institutions*, 5ª ed.
- Secretario General ONU (2016). Informe "Los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado", Doc. A/71/355.
- Secretario General ONU (2018). Informe "Los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado", Doc. A/73/410.
- Secretario General ONU (2019). Informe "Aplicación de la resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad", 20 de marzo de 2019, Doc. S/2019/251.
- Shellef, L. (1994). Application of Israeli Law to the Golan Heights Is Not Annexation. 20 *Brooklyn Journal of International Law*, 333-353.
- Taylor, A. (22 de marzo de 2019). No president has recognized Israel's control of the Golan Heights. Trump changed that with a tweet *The Washington Post*. <https://wapo.st/2QAmW9X>

- Taylor, A. y Morris, L. (26 de marzo de 2019). To Israel, Trump's Golan Heights decision is a no-brainer: It says occupying territory gained in a defensive war is justifiable *The Washington Post*. <https://wapo.st/2QycVd9>
- Thürer, D. y Burri, T. (2008). Self-Determination. MPEPIL.
- Tucker, R. W. (1953). The Principle of Effectiveness in International Law. En George A. Lipsky (Ed.), *Law and Politics in the World Community: Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*. University of California Press.
- UE (16 de abril de 2019). Discurso de la Alta Representante/Vicepresidenta Federica Mogherini en la sesión plenaria del Parlamento Europeo sobre el reconocimiento por parte de los Estados Unidos de los Altos del Golán como territorio israelí y la posible anexión de los asentamientos en la Ribera Occidental. Estrasburgo.
- Trump, D. @realDonaldTrump. (21/03/2019). *After 52 years it is time for the United States to fully recognize Israel's Sovereignty over the Golan Heights* [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1108772952814899200>.
- Watts, Sir A- y Jorritsma, R. (2019). Israeli Wall Advisory Opinion (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory). MPEPIL.
- White House (18 de abril de 2019). Statement from the President on the Designation of the Islamic Revolutionary Guard Corps as a Foreign Terrorist Organization. <https://bit.ly/3gHoTfo>
- White House (25 de marzo de 2019 a). Proclamation on Recognizing the Golan Heights as Part of the State of Israel. <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-recognizing-golan-heights-part-state-israel>
- Wilkes, D. (1971). Territorial Stability and Conflict. En Cyril E. Black y Richard A. Falk, *The Future of the International Legal Order* (165-209). Princeton University Press.
- Wrange, P. (2015). *Occupation/annexation of a territory: Respect for international humanitarian law and human rights and consistent EU policy*. Doc. EP/EXPO/B/DROI/FWC/2013-08/Lot8/05. <https://bit.ly/3jo5SQA>
- Zacher, M. W. (2001). The Territorial Integrity Norm: International Boundaries and the Use of Force. 55 *International Organization*.

La jurisdicción especial para la paz: un modelo de justicia transicional en Colombia

Special jurisdiction for peace:
Colombia's model of transitional justice

María Camila Correa Flórez  Universidad del Rosario, Colombia | mariaca.correa@urosario.edu.co

Andrés Felipe Martín Parada  Universidad del Rosario, Colombia | andresf.martin@urosario.edu.co

Recibido: 1/10/2020

Aceptado: 25/11/2020

Resumen Este texto pretende exponer el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz como un modelo de justicia transicional. Para ello se explican los procesos que se llevan a cabo al interior de la Jurisdicción Especial, que son ejemplificados a través de casos específicos que muestran los retos que tiene esta institución como parte del modelo actual de Justicia Transicional en Colombia.

Palabras clave: Justicia Transicional, Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia, Derechos de las víctimas.

Abstract: This text aims to explain the operation of the Special Jurisdiction for Peace as a model of transitional justice whose central axis is the rights of the victims. To do this, the processes that are carried out within the jurisdiction are explained and exemplified through specific cases that show the challenges that this transitional justice model has.

Keywords: Transitional Justice, Special Jurisdiction for Peace, Colombia, Victim's rights.

Cómo citar este artículo: Correa Flórez, M. C. y Martín Parada, A. F. (2020). La jurisdicción especial para la paz: un modelo de justicia transicional en Colombia. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 30 - 50.
<https://doi.org/10.24215/2618303Xe002>

1. Introducción

A lo largo de las siguientes páginas se hará un recorrido por el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de Colombia, por medio de las normas que la crearon y de algunas de sus resoluciones más destacadas. El objetivo de este análisis es acercar al lector al sistema actual de Justicia Transicional que opera en Colombia luego de la firma del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP). En primer lugar, se parte de una revisión bibliográfica de importantes autores en materia de justicia transicional, luego de ello se hace una breve exposición de los procedimientos ante la JEP con la finalidad de contextualizar al lector. Y, finalmente, se exponen distintos casos que han tenido lugar ante la JEP que, no solo ejemplifican su funcionamiento, sino que también ponen de manifiesto los retos que asume la JEP en su labor de administración de justicia. Con ello se evidencia la relevancia de este órgano jurisdiccional como modelo de justicia transicional.

Existen diversas concepciones y formas de aproximarse al concepto de Justicia Transicional. Sin embargo, parece haber un acuerdo en que se trata de una manifestación de la justicia que se aplica en periodos de “transformaciones políticas radicales” (Teitel, 2000, p. 4). Estas transformaciones políticas radicales pueden darse en periodos posteriores a conflictos armados o periodos posteriores a regímenes políticos dictatoriales, donde, como es evidente, se dieron situaciones de violencia masiva y violaciones a derechos humanos de forma generalizada.

Se trata entonces de un conjunto de mecanismos jurídicos de carácter retributivo, restaurativo y sancionador, a través de los cuales se busca restablecer la convivencia y la estabilidad política y social, a través de “la confrontación con los hechos pasados” (Knust, 2018, p. 146). Este conjunto de mecanismos jurídicos incluye procesos penales de responsabilidad individual, que suelen focalizarse en las máximas posiciones de responsabilidad, las reparaciones de las víctimas, el reconocimiento de los perpetradores, el ofrecimiento de disculpas tanto a las víctimas como a la sociedad y la posibilidad de los perpetradores de reconocer su participación en actos violentos. Todo ello con la finalidad última de alcanzar una paz sustentable y duradera y la reconciliación de la sociedad colombiana.

Como bien lo evidencia Knust, el concepto de Justicia Transicional está en constante desarrollo “vinculado a las circunstancias de tiempo y lugar” (Knust, 2018, p. 147). De allí que no se pueda decir que todos los modelos de Justicia Transicional son idénticos y responden a necesidades iguales¹ (De Greiff, 2011, p. 10). Así, es posible establecer que el actual modelo de Justicia Transicional colombiano no puede encuadrar en un tipo específico de Justicia Transicional, sino que, por el contexto histórico y social del país, se crearon una serie de medidas de carácter compensatorio, retributivo, restaurativo y transformador, cuyo propósito es la restauración de los derechos de las víctimas y la recomposición del tejido social quebrantado por el conflicto armado. Se trata entonces de un sistema de “carácter dinámico” que “tiene unas especificidades que les permiten tener características de uno o varios tipos, así como comenzar escogiendo una vía transicional y terminar optando por otra” (Uprimny, 2006, p. 17).

La suscripción del “Acuerdo final para la terminación del conflicto armado y la construcción de una Paz Estable y Duradera” en diciembre de 2016, producto del proceso de negociaciones en La Habana, Cuba, el cual culminó con celebración del Acuerdo Final entre el Gobierno de Colombia y las Guerrillas las FARC – EP. Sin embargo, este no ha sido el único intento de paz en Colombia. Antes del año 2016, Colombia había celebrado diversas negociaciones con distintos actores involucrados en el conflicto armado (Álvaro Villarraga- Sarmiento, 2016).

¹ Pablo De Greiff sostiene que las medidas de justicia transicional deben responder ciertamente al contexto en que están deben darse con el fin de “servir las necesidades recurrentes en el nuevo contexto de aplicación” de esta justicia.

Desde el Gobierno militar de Gustavo Rojas Pinilla, en los años comprendidos entre 1953 a 1957, lapso en el cual se dieron “dos procesos de paz con las guerrillas liberales con el fin de obtener su desmovilización y eliminar la violencia que se había desatado con la muerte del líder del Partido Liberal Jorge Eliecer Gaitán el 9 de abril de 1948” (Benavides Vanegas & Borda Guzmán, 2019, p. 8), pasando por los procesos de paz con distintos grupos guerrilleros en los años 80, hasta llegar a los Gobiernos de Virgilio Barco (1986 – 1990) y Cesar Gaviria (1990-1994), se han forjado numerosos intentos para terminar el conflicto armado de más de cinco décadas. Para algunos autores, como Eduardo Pizarro (2017), Farid Benavides (2019) o Sandra Borda (2019), los procesos que se dieron en la década de los 90, resultaron ser parcialmente exitosos, pues se desmovilizaron grupos guerrilleros como el Movimiento 19 de abril de 1970 (M – 19), así como también una facción del Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), el Movimiento Armado Manuel Quintín Lame (MAMQL) y una facción del Ejército Popular de Liberación (EPL) (Benavides Vanegas & Borda Guzmán, 2019, p. 9).

No obstante, todo esto fue insuficiente para erradicar la ola de violencia que azotó a Colombia en los años 90, pues pese los esfuerzos de los gobiernos de turno por acabar con el conflicto, aún no se habían podido llegar a acuerdos con las FARC – EP. De los 1000 municipios (aproximadamente) que conformaban Colombia en 1998, al menos 419 estaban permeados por la violencia y eran blanco de ataques armados por parte de las FARC – EP (Ávila, 2019, p. 78). De igual forma, entre 1997 y 1999 se dio un crecimiento de la actividad armada de esta guerrilla en al menos 40 municipios del país y dado que esta guerrilla no tenía ni la intención, ni la capacidad de influenciar en la política colombiana, lo que buscaban era destruir al Estado (Ávila, 2019, p.86), por lo que los ataques contra el sector público en los años 1997 y 1998, fueron creciendo de manera exponencial; para este periodo de tiempo se produjeron al menos 242 homicidios, 738 secuestros y más de 220 atentados en contra de funcionarios públicos en distintos departamentos de Colombia, lo cual evidenciaba el poder armado que tenía esa guerrilla durante estos años (López, 2010, p. 33).

El gobierno presidido por el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez (2002 - 2010), tampoco fue ajeno a la negociación de la paz con grupos armados. Durante este período se produjo la desmovilización de varios combatientes pertenecientes a grupos paramilitares en el marco de la denominada “Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)”. Este proceso resultó ser exitoso en cuanto a la desmovilización de los combatientes (Valencia, 2008), pero no frente al juzgamiento, la sanción de líderes paramilitares y menos frente a la garantía de derechos de las víctimas. El Centro Nacional de Memoria Histórica afirma que en Colombia la Ley 975 de 2005 (Ley de “Justicia y Paz”) no creó un escenario idóneo en el que las víctimas fueran las protagonistas del proceso, ya que, pese “a su centralidad en la definición de los propósitos, (...) el proceso judicial [de esta ley] no incentivaba la expresión de sus traumas colectivos y se limitaba a reclamar por sus parientes asesinados. [Era] como si la necesaria individualización de la pena en el proceso judicial implicara la individualización del objeto de reclamo que hace la víctima” (Barbosa Delgado, 2018, p. 26).

Sumado a lo anterior, “la presencia paramilitar no disminuyó en muchas zonas, surgieron nuevos grupos armados, las víctimas no fueron totalmente reparadas y los derechos a la verdad y la garantía de no repetición no parecieron realizarse con posterioridad a los acuerdos de paz del Gobierno con los grupos paramilitares” (Benavides Vanegas & Borda Guzmán, 2019, p. 9).

Ahora bien, de los procesos de paz anteriormente mencionados surgieron importantes modelos en materia de Justicia Transicional que permiten entender el modelo actual desarrollado a través de las discusiones de La Habana y el marco jurídico que lo integró a la legislación colombiana. Así por ejemplo, uno de los resultados en materia jurídica del proceso realizado entre el gobierno de Álvaro Uribe y los grupos paramilitares, fue la Ley 975 de 2005 (“Ley de Justicia y Paz”) que introdujo, por primera vez, el componente de los derechos de las víctimas y, según Abuchaibe, este fue el primer instrumento legal que introdujo conceptos de Justicia Transicional dentro del ordenamiento jurídico colombiano (Abuchaibe, 2017, p. 132). En segundo lugar, en el marco de este proceso, se promulgó la Ley 1424 de 2010, referente a la reintegración de los desmovilizados de las Autodefensas Unidas de Colombia y, en tercer lugar, la Ley 1448 de 2011, que regula el proceso de

restitución de tierras. La restitución de tierras fue, más tarde, un eje principal en las discusiones de La Habana (Calafat, 2016, p. 99).

Estos antecedentes fueron claves para fundamentar la línea sobre la cual se cimentaría el “Acuerdo de paz para la terminación del conflicto armado y una paz estable duradera”. En el año 2010, y luego de algunos contactos que tuvo el gobierno Uribe con las FARC – EP, se comenzaron, bajo el gobierno Santos, a tejer los diálogos de La Habana que culminaron con la suscripción del mencionado acuerdo de paz. Es de resaltar, que las negociaciones se dieron alrededor de cinco puntos específicos en el marco de una agenda clara para las negociaciones entre las dos partes: “1. Una reforma integral del campo colombiano. 2. Apertura democrática para construir la paz y participación política. 3. Acuerdo sobre el cese el fuego y de hostilidades y dejación de las armas; así como un acuerdo sobre las garantías de seguridad. 4. Solución al problema de las drogas ilícitas. 5. Acuerdo sobre las víctimas del conflicto”(Benavides Vanegas & Borda Guzmán, 2019, p. 14), dentro del que se estableció la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR).

Este último artículo fue formalmente introducido al ordenamiento colombiano por medio del Acto Legislativo 01 de 2017, que establece la creación del SIVJRNR compuesto por dos instituciones extrajudiciales: “La Comisión para el Esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición” y “La Unidad de Búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y debido al conflicto armado”. A su vez, se dispuso la creación de una institución de carácter judicial denominado: Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)².

2. La Jurisdicción Especial para la Paz: objetivos, estructura y funcionamiento

f. Objetivos de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

El artículo transitorio 05 del Acto Legislativo 01 de 2017 dispuso que la JEP sería el órgano que administraría justicia de manera transitoria, autónoma y exclusiva frente a conductas relacionadas con ocasión al conflicto armado y que contaría con un régimen legal propio, dotada además de autonomía administrativa, presupuestal y técnica³. Asimismo, este artículo consagra que los objetivos de esta jurisdicción son:

“(…) satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas. Respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, el componente de justicia del Sistema solo se aplicará a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional.”

De este modo, se debe resaltar que la JEP, como un modelo de Justicia Transicional, tiene dos objetivos. El primero, hace referencia a “garantizar los presupuestos necesarios para asegurar la reconciliación y el establecimiento de una paz estable y duradera”⁴ en otras palabras, poner fin a la guerra y “alcanzar la paz para todos los combatientes, sobre la base de la reconciliación de todos los actores, para garantizar la no repetición” (Ferrajoli, 2015). Dijo objetivo, no puede ser alcanzado a través de la denominada “justicia ordinaria” porque su carácter limitante en relación a los objetivos mencionados. En primer lugar, porque “la violencia

² Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017. Artículos transitorios, 2, 3, y 4.

³ El tenor literal del artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 consagra: “La Jurisdicción Especial para la Paz estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 10 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos”.

⁴ Ley 1922 de 2018, literal a, artículo 1.

en el estado de guerra no puede ser valorada ni calificada con el criterio penal que regularmente aplica” y, en segundo lugar, porque “para alcanzar la paz no se puede tratar a los combatientes como criminales ordinarios, salvo que se hayan presentado crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad” (Castro Cuenca, 2020, p. 2).

Respecto del segundo objetivo de la JEP, el “tratar con el pasado”, eso incluiría las conductas delictivas que tuvieron lugar en el marco del conflicto como parte de la competencia de la JEP. En este punto, el Derecho penal y el Derecho procesal penal cobran importancia dentro del marco de la Justicia Transicional. Estos no solo van a girar en torno al derecho a la justicia de las víctimas, “sino que los juicios en la transición trazan la línea entre el anterior y el nuevo régimen y condenan la violencia del pasado, (...) lo cual resulta fundamental para la consolidación de una nueva democracia y la construcción de un nuevo orden legal” (Castro Cuenca, 2020, p. 3).

En conclusión, la JEP como órgano de Justicia Transicional está llamada no sólo a contribuir al proceso de paz y la reconciliación, sino que además deberá juzgar los actos cometidos de forma retroactiva. Es importante mencionar que, el carácter excepcional de la Jurisdicción Transicional, está limitada en el tiempo pues su competencia temporal se limita a conductas cometidas antes del 1 de diciembre de 2016. De igual manera, según el artículo 15 transitorio del Acto Legislativo 1/2017, la JEP tiene un mandato de funcionamiento de diez años, prorrogables por cinco años más. Así las cosas, por sus características de creación y duración determinada, la JEP se constituye como un organismo que imparte Justicia Transicional.

g. Estructura y funcionamiento de la JEP

Respecto a la estructura de la Jurisdicción, en el artículo transitorio 7 del mencionado Acto Legislativo se estableció que la JEP estará compuesta por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, la Sala de Definición de Situaciones jurídicas; la Unidad de Investigación y Acusación, la Secretaría ejecutiva y por el Tribunal para la Paz, el cual será el órgano de cierre de esta jurisdicción, que a su vez, estará conformado por “dos secciones de primera instancia, una Sección de Revisión de Sentencias, una Sección de Apelación y la Sección de Estabilidad y Eficacia”⁵.

En el siguiente gráfico, se muestra la organización antes enunciada:

⁵ El artículo 7 del Acto Legislativo 01 de 2017 establece en su tenor literal lo siguiente: “La Jurisdicción estará compuesta por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, la Sala de Definición de las situaciones jurídicas, salas que desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos; la Sala de Amnistía o Indulto; el Tribunal para la Paz; la Unidad de Investigación y Acusación, y la Secretaría Ejecutiva. La Jurisdicción contará además con un Presidente. El Tribunal para la Paz es el órgano de cierre y la máxima instancia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Estará conformado por dos secciones de primera instancia, una Sección de Revisión de Sentencias, una Sección de Apelación y la Sección de Estabilidad y Eficacia”.



Gráfica 1. Fuente: ObservaJEP en “¿Cómo funciona la JEP? Recuperado de: <http://observajep.com/index.php?xid=8&xstr=abc-del-sivjrmr>

De igual manera, el propio Acto Legislativo enumera los factores de competencia personal, material y temporal. Respecto a la competencia personal, solo se pueden someter a la JEP aquellas personas que participaron en conductas con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. El artículo 5 del Acto Legislativo en mención, agrega que “respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, el componente de justicia del Sistema solo se aplicará a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional”. Esto quiere decir que la JEP solo tiene competencia sobre aquellas personas que pertenecieron a las FARC-EP, toda vez que este grupo es el único que ha suscrito un acuerdo de paz con el Gobierno Nacional.

Con respecto a la competencia material y temporal, el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 establece, por un lado, que la JEP solo podrá conocer de conductas relacionadas de manera directa o indirecta con el conflicto armado de manera preferente sobre otras jurisdicciones y, por otro, que esas conductas que conocerá solo pueden ser aquellas cometidas antes del 1 de diciembre de 2016. Por ello, las conductas por fuera de ese marco temporal son competencia de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, esa competencia preferente o prevalente que ostenta la JEP, hace referencia a que la JEP, desde su entrada en funcionamiento, tiene prioridad a la hora de conocer de situaciones que cumplan los factores arriba enumerados, frente a la Justicia Ordinaria, como lo establece el artículo 6 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017:

“El componente de justicia del SIVJRNR, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas.”

Sin perjuicio de esto, la Justicia Ordinaria podrá mantener su derecho de jurisdicción respecto de determinados casos. Así lo ha reiterado la Sección de Apelación de esta Jurisdicción, al afirmar que:

“Es importante dejar sentado que los órganos judiciales que hacen parte del sistema penal ordinario tienen la competencia – la cual se mantiene – para resolver sobre las solicitudes de beneficios emanadas de las disposiciones contenidas en la Ley 1820 de 2016, aten-

diendo para ello a los diferentes factores competenciales. Empero, con la entrada en funcionamiento pleno de los órganos que administran justicia dentro de la JEP, esto es, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, la Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas y la Sala de Amnistía o Indulto, así como el Tribunal para la Paz, la competencia para atender estos asuntos se debe analizar de manera tal que se atienda tanto el alcance del carácter preferente de la JEP, como los postulados que se derivan del debido proceso.” (Jurisdicción Especial para la Paz, Sección de Apelación, Auto TPSA- 001 de 2018 de 20 de abril de 2018, párrafo 26)

Así las cosas, la JEP mantiene una competencia prevalente para conocer de los casos que tuvieron lugar antes del 1 de diciembre de 2016, en los que estén involucrados actores del conflicto armado, y que además hayan sido cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado⁶. Es importante aclarar que la expresión “actores del conflicto” debe entenderse en sentido amplio, toda vez que la JEP es competente para conocer de actuaciones cometidas por miembros de la fuerza pública, ex miembros de las FARC-EP⁷ y colaboradores⁸ de esta organización y aquellos terceros que se sometan voluntariamente⁹.

Como se mencionó anteriormente, la JEP está compuesta por tres Salas de Justicia y por el Tribunal para la Paz. Cada una de estas Salas y Secciones tiene funciones determinadas que se deben cumplir siguiendo un procedimiento específico¹⁰. El Acto Legislativo 1 de 2017, en su artículo 12 transitorio, facultó a los Magistrados y a las Magistradas de la JEP para que una vez elegidos y posesionados participaran en la creación de normas de procedimiento de esta jurisdicción que después de largas jornadas de trabajo, fueron consignadas en la Ley 1922 de 2018.

Según lo establecido en el Acuerdo, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (Sala de RVRDHC) recibe los informes presentados por distintas instituciones del Estado y las organizaciones de víctimas, relativos a conductas cometidas con ocasión del conflicto armado. Una vez se establece que los hechos y conductas atribuidas a las distintas personas son competencia del Sistema de Justicia Transicional por haber sido cometidos en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno o con ocasión de este, los informes se agrupan por presuntos autores o condenados y/o por conductas semejantes, sin que esto implique realizar una clasificación jurídica frente a la conducta cometida. Una vez realizada la agrupación en casos¹¹, la Sala de RVRDHC, es la encargada de recibir las declaraciones de reconocimiento de

⁶ Acto legislativo 01 de 2017, artículo 5.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C674/2017. “De igual modo, en la medida en que el esquema institucional introducido en el Acto Legislativo 01 de 2017 constituye un componente esencial del proceso transicional, resulta claro para la Corte que el mismo, sin afectar el principio de juez natural, es aplicable a todos los combatientes, con el objeto de garantizar el tratamiento simétrico a todos los actores del conflicto que se encuentran en posiciones jurídicas equivalentes. Por ello, que la Jurisdicción Especial para la Paz tenga competencia para investigar, juzgar y sancionar los delitos cometidos en el marco del conflicto por los miembros de la fuerza pública, tal como se establece en el artículo 21 del Acto Legislativo 01 de 2017, no comporta una anulación de la garantía del juez natural, en tanto el traslado competencial se realiza en el marco de un diseño que ofrece garantías simétricas y equivalentes a las que se contemplan para los grupos alzados en armas, sin que se advierta el propósito de disminuir las garantías orgánicas, procesales y sustantivas o de hacer más gravosa la situación de quienes se someten al sistema institucional de transición.

⁸ Al respecto, ver el artículo 22, numeral 1 de la Ley 1820 de 2016, que establece el factor de competencia personal de la Sala de Amnistía o Indulto.

⁹ Artículo 16 transitorio del Acto Legislativo 1/2017. Es importante aclarar que “los agentes del Estado que no hacen parte de la fuerza pública se encuentran sometidos al mismo régimen de los terceros civiles previstos en el inciso 1. del artículo transitorio 16”. Corte Constitucional. Sentencia C674/2017.

¹⁰ Por motivos de espacio, en este apartado se hará una referencia general a las funciones principales de cada Sala y Sección. De igual manera, se hará énfasis en los procedimientos regulados en la Ley 1922 de 2018.

¹¹ Actualmente, con base en los informes remitidos y expedientes remitidos, la Sala de Reconocimiento ha abierto siete casos, a saber: Caso 001: Retención ilegal de personas por parte de las FARC – EP; Caso 002: Situación municipios de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas

verdad y de responsabilidad, tanto individuales como colectivas. Así mismo, una vez cerrado el caso, la Sala debe “presentar resoluciones de conclusiones ante el Tribunal de conformidad con el listado de sanciones que corresponden a las respectivas conductas reconocidas. Así como presentar en una sola resolución y a la mayor brevedad las conclusiones que sobre una misma persona obren en la Sala por las diversas conductas de las que se tenga conocimiento” (Gobierno de Colombia – FARC EP, 2016, pp. 154-156).

Acorde al artículo 27 A de la Ley 1922 de 2018, la Sala de RVRDHC debe recibir las versiones de los comparecientes. Una vez que se les haya corrido traslado de los informes recibidos, luego debe hacer una contrastación de la información en los términos del artículo 27B y, si así lo desea, llamar a las partes a participar de una audiencia pública para decretar el reconocimiento de verdad y responsabilidad, según el artículo 27 C de la citada Ley.

Por su parte, la Sección de Primera Instancia en casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad, debe estudiar la resolución de conclusiones enviada por la Sala de Reconocimiento, evaluando la correspondencia “entre los hechos, las conductas reconocidas, las pruebas allegadas, las calificaciones realizadas, los responsables, la propuesta de la sanción, analizando las condiciones de contribución a la verdad y reparación en el marco del SIVJRNR”, siguiendo lo establecido en el artículo 29 de la Ley 1922 de 2018¹². Una vez establecida la correspondencia, la Sección deberá llamar a una audiencia de verificación (artículo 30 de la Ley 1922 de 2018) “a la cual se deberá convocar a los sujetos procesales y los intervinientes, con el fin de verificar el cumplimiento de las condiciones de contribución a la verdad y a la forma de reparación en el marco del SIVJRNR”¹³. Posteriormente, según el artículo 33 de la citada ley, “la Sección de Primera Instancia para Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad proferirá la respectiva sentencia dando a conocer la sanción, sus condiciones y modalidades”. Esta Sección es la encargada de aplicar lo que se conoce como las sanciones propias.

Ahora bien, tal como lo establece el propio Acuerdo, la principal función de la Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, es la de “someter a la persona a juicio contradictorio y en su caso sancionarla o absolverla. La Sección podrá acordar que el juicio contradictorio se efectúe en Audiencia Pública en presencia de las organizaciones de víctimas” (Gobierno de Colombia – FARC EP, 2016, p. 162). La Ley 1922 de 2018, en su Título II también contempla un procedimiento contradictorio, asimilable al establecido en la Ley 906 de 2000 en su artículo 44. En dicho artículo contempla la posibilidad de realizar una audiencia restaurativa en los casos de reconocimiento tardío de responsabilidad, siempre y cuando este reconocimiento se realice antes del juicio oral.

Antes de exponer el procedimiento ante la Sala de Amnistía o Indulto y la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas es importante mencionar que la Ley 1820 de 2016 regula algunas etapas de estos procedimientos y, por tanto, dialoga de manera constante con lo establecido en la Ley 1922 de 2018.

La Sala de Amnistía o Indulto tiene como función principal analizar la posibilidad de conceder los mencionados beneficios a las personas que se enmarquen en el factor personal, consagrado en el artículo 22 de la

del Departamento de Nariño; Caso 003: Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado; Caso 004: Situación territorial de la Región de Urabá; Caso 005: Situación territorial Norte del Cauca en los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales; Caso 006: Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP); Caso 007: Reclutamiento de niñas y niños en el conflicto armado.

¹² Si no hay correspondencia, se debe seguir lo establecido en el artículo 31 de la Ley 1922 de 2018.

¹³ Si se establece que el reconocimiento es parcial, se procederá según lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1922 de 2018.

Ley 1820 de 2016¹⁴. La Sala de Amnistía o Indulto, siguiendo lo establecido en el artículo 45 de la Ley 1922 de 2018 puede analizar concesiones de estos beneficios:

- “Por remisión del listado al que se refiere el artículo 79, literal 1, de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP o las recomendaciones de la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y determinación de hechos y conductas”.
- “Por remisiones que hagan la Sala de definición de situaciones jurídicas, la Unidad de Investigación y Acusación (UIA), la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, y la Sección de Revisión”.
- “A solicitud de parte [donde se] debe dirigir la solicitud de amnistía e indulto a la autoridad judicial que esté conociendo del proceso penal, esta de forma inmediata dará traslado de la petición a la Sala para lo de su competencia, anexando copia del expediente de oficio”.

Asimismo, siguiendo lo establecido en el artículo 46 de la Ley 1922 de 2018, la Sala deberá determinar la conexidad o no, de las conductas objeto de posible concesión de amnistía o indulto, con el conflicto armado (primer nivel de análisis). Este proceso consiste en “un juicio valorativo acerca del nexo existente entre la conducta endilgada al compareciente y el desarrollo del conflicto armado. En este sentido, deberá establecerse si la conducta se cometió por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”¹⁵. Respecto del delito político (segundo nivel de análisis), atendiendo a los criterios de conexidad (incluyente y excluyente) deberá establecer si se trata de conductas delictivas por las que no se concede la amnistía establecidos en el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016. Para ello, la Sala podrá practicar distintas pruebas que lleven al esclarecimiento de los hechos y tipo penal (artículo 46 numeral 2 de la Ley 1922 de 2018). Una vez la Sala considere que cuenta con toda la información para poder pronunciarse de fondo, procederá a cerrar el trámite, siguiendo lo establecido en el artículo 46 de la Ley 1922 de 2018. La decisión, según el citado artículo, podrá tomarse en audiencia pública.

Algunos de los criterios excluyentes referidos, es decir los delitos por los que en ningún caso podrá concederse la amnistía son los constitutivos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición for-

¹⁴ La amnistía que se concede por la Sala de Amnistía e Indulto se aplicará a partir del día de entrada en vigor de esta ley, siempre y cuando los delitos hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, así como respecto a las conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas. Se aplicará a las siguientes personas, tanto nacionales colombianas como extranjeras que, en grado de tentativa o consumación, sean autores o partícipes de los delitos conexos al político conforme a lo establecido en el artículo siguiente respecto a criterios de conexidad, siempre que se de alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP, o 2. Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP, o 3. Que la sentencia condenatoria indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP, aunque no se condene por un delito político, siempre que el delito por el que haya resultado condenado cumpla los requisitos de conexidad establecidos en esta ley, o 4. Quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP. En este supuesto el interesado, a partir del día siguiente de la entrada en vigor de esta ley, solicitará al Fiscal o Juez de Ejecución de Penas competente, la aplicación de la misma aportando o designando las providencias o evidencias que acrediten lo anterior.

¹⁵ Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Amnistía o Indulto. Resoluciones SAI-AOI-001-2018; SAI-AOI-002-2018; SAI-AOI-003-2018 ; SAI – AOI-006-2019.

zada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma y los delitos comunes que carezcan de relación con la rebelión¹⁶.

Por su parte, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas es la encargada de definir la situación jurídica de las personas que no serán objeto de amnistía o indulto, bien porque la Sala de Amnistía o Indulto haya concluido que no lo son o por no enmarcar en el ámbito de competencia personal de la mencionada Sala. Esto último, podría referir a aquellos miembros de la fuerza pública que son parte de las Fuerzas Armadas, terceros que se hayan sometido voluntariamente, aquellas personas que no son incluidas en la resolución de conclusiones realizada por la Sala de Reconocimiento, o a las personas a las que no hay que exigirles responsabilidad ante el Tribunal ya que han sido merecedoras de amnistías o indultos con anterioridad (Gobierno de Colombia – FARC EP, 2016, p. 296). El ámbito de aplicación personal de esta Sala se encuentra definido en el artículo 29 de la Ley 1820 de 2016¹⁷. De igual manera, la Sala puede definir la situación jurídica de aquellas personas de la siguiente manera: “renuncia a la persecución penal; Cesación de procedimiento; Suspensión de la ejecución de la pena; Extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción; Las demás resoluciones necesarias para definir la situación jurídica”¹⁸. En aras de definir la situación jurídica de las personas mencionadas, la Sala debe establecer si las conductas, objeto de análisis, se cometieron en el contexto y en razón del conflicto armado, y que no confluyan las excepciones contempladas en el artículo 30 de la Ley 1820 de 2016¹⁹.

¹⁶ La Ley 180 de 2016 consagra en el párrafo del artículo 23 los delitos que están excluidos de amnistía e indulto.

¹⁷ Sin perjuicio de lo que se establece para los agentes del Estado en el Título IV de esta ley y de lo previsto en el Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas conocerá de los casos objeto de su competencia, respecto de las siguientes personas nacionales colombianos o extranjeros, bien sea que su responsabilidad sea a título de autoría o participación, consumación o tentativa: 1. Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. 2. Personas que, por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos, hayan sido perseguidas penalmente, por los delitos contemplados en los artículos [112](#) (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días), [265](#) (daño en bien ajeno), [353](#) (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial), [353A](#) (obstrucción a vías públicas que afecte el orden público), [356A](#) (disparo de arma de fuego), [359](#) (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos), [429](#) (violencia contra servidor público), [430](#) (perturbación de actos oficiales) y [469](#) (asonada) del Código Penal colombiano. Otras personas condenadas por delitos diferentes a los anteriores como consecuencia de participación en actividades de protesta podrán solicitar a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas el ejercicio de sus competencias respecto a sus condenas, si pudieran acreditar que las conductas por las que fueron condenados no son de mayor gravedad que las establecidas en los anteriores artículos del Código Penal. 3. Personas que estén procesadas o que hayan sido condenadas por delitos políticos o conexos vinculados a la pertenencia o colaboración con las FARC-EP, sin que se reconozcan parte de la anterior organización. En este supuesto la persona aportará las providencias judiciales u otros documentos de los que se pueda inferir que el procesamiento o la condena obedeció a una presunta vinculación con dicha organización. Lo anterior no obsta para que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas ejerza su competencia respecto a las personas indicadas en el párrafo 63 del Acuerdo de Jurisdicción Especial para la Paz, en los términos previstos en dicho acuerdo.

¹⁸ Ver también los artículos 49, 50 y 51 de la Ley 1922 de 2018.

¹⁹ El artículo 30 de la Ley 1820 de 2016 consagra: “Criterios de valoración de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Podrán ser objeto de las resoluciones mencionadas en este capítulo las personas a quienes se les atribuyan los delitos que hayan sido cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado, siempre que no constituyan: 1. Casos de participación determinante en los denominados crímenes: crímenes de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, o reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, sin perjuicio de la facultad contemplada en el numeral 2 del artículo 28 de esta ley. 2. Delitos comunes que no hayan sido cometidos en el contexto y en relación con el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.”

Respecto a la Sección de Revisión es importante mencionar que tiene diferentes funciones, como, por ejemplo conocer de las acciones de tutelas en contra de providencias proferidas por la JEP. Entre los trámites que se pueden surtir ante esta sección está: el trámite de sustitución de la sanción penal iniciado por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (artículo 52 de la Ley 1922 de 2018); el trámite de revisión de sentencias, proferidas por la justicia ordinaria, a solicitud de parte (Artículo 52A); el trámite referente a la aplicación, o no, de la garantía de no extradición consagrada en el artículo 19 transitorio del Acto Legislativo 1/2017 (artículo 54); expedir conceptos sobre la posible conexidad con la rebelión de las conductas de financiación a petición de las otras Salas y Secciones (artículo 55); resolver los conflictos de competencia entre las diferentes Salas y Secciones de la JEP (artículo 57), entre otros, contemplados en la citada Ley.

Por último, la Sección de Apelación, como órgano de cierre, tiene la función de conocer y de pronunciarse sobre todos los recursos de apelación que se interpongan en contra de las resoluciones y sentencias proferidas por las Salas y las Secciones de la JEP, en los términos de los artículos 13 y 59 de la Ley 1922 de 2018.

3. Avances y retos: el funcionamiento de la JEP a través de algunos casos

Es importante mencionar que la JEP empezó a operar el 1 de marzo del 2018. Durante estos dos años y medio de funcionamiento la Jurisdicción ha emitido diferentes resoluciones y sentencias que se enmarcan en algunos de los procesos anteriormente descritos. Por lo anterior, se hará una breve exposición de algunas decisiones que se han emitido a lo largo de estos años, para ejemplificar el funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz. Los casos que se expondrán en este capítulo se eligieron porque cada uno de ellos pone de manifiesto un reto que debió asumir la Jurisdicción en su momento²⁰.

a. Caso 001 - Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Hechos y Conductas

El caso 001 relativo a la “Retención ilegal de personas por parte de las FARC – EP”; abierto el 4 de julio de 2018 por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Hechos y Conductas a través del Auto 002 de 2018, responde a la estrategia de selección y priorización de las investigaciones que se llevan a cabo en el modelo de justicia transicional que sienta las bases de la JEP (JEP, criterios y metodología de priorización de casos y situaciones, 2018).

Es importante recordar en este punto que esta estrategia de investigación responde sobre todo a la imposibilidad propia del organismo de procesar la universalidad de casos y situaciones que llegan ante los despachos judiciales (Díaz, 2012, p. 527). Si bien, esto resulta ser bastante controvertido, la realidad muestra que “los organismos estatales que administran justicia son incapaces de investigar, juzgar y sancionar todos los casos que llegan al sistema” (Díaz, 2012, p. 258). Es importante resaltar que tal como dice Binder, el sistema judicial debe responder a ciertas líneas procesales que le permitan a este orientar la selectividad de los casos o situaciones, conforme a ciertos valores, lo que permitirá maximizar su capacidad operacional (Binder, 2006, p. 213). Así, el proceso de priorización y selección por parte de la Sala se define “en términos de parámetros personales, asociando a individuos y a grupos de individuos la responsabilidad por los planes, políticas y patrones de macro-criminalidad competencia de la SRVR” (JEP, criterios y metodología de priorización de casos y situaciones, 2018, p. 3).

²⁰ Para este análisis, se recurrió al trabajo de ObservaJEP, un observatorio jurídico colombiano integrado por la Universidad del Rosario y la Universidad de la Sabana, que monitorea desde una aproximación jurídica el cumplimiento de los acuerdos y el funcionamiento óptimo de la JEP, el cual muestra importantes resultados y avances del trabajo que realiza la JEP. www.observajep.com

Ahora bien, este caso ha sido construido con base en los informes aportados por la Fiscalía General de la Nación tales como el “Inventario de casos relacionados con el conflicto armado” y “Retenciones ilegales realizadas por parte de las FARC-EP”²¹ y los procesos que se surtieron, o están surtiendo, en la justicia ordinaria. A través de este caso, se prioriza el secuestro de personas efectuado por parte del grupo guerrillero de las FARC-EP entre los años 1993 y 2012, y se están investigado más de 9 mil hechos ocurridos durante esos años (JEP, Auto SRVR-002 del 4 julio de 2018).

Hasta la fecha, la JEP ha iniciado el trámite de siete casos y se espera que próximamente, el caso 001 sea el primero en donde la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Hechos y Conductas dicté la resolución de conclusiones. En ella se determinará si los comparecientes aportaron a la verdad y a la reparación de las víctimas, para posteriormente se pueda determinar las sanciones a cargo del Tribunal para la Paz. Se debe resaltar que en el marco del caso 001, la JEP ya (I) ha estudiado un Informe sobre el “Inventario del conflicto armado interno”; (II) ha analizado al menos 312 sentencias por hechos relacionados con secuestro en donde al menos 68 sentencias involucran miembros del Estado Mayor y del Secretariado de las FARC-EP; también (III) ha analizado 42 expedientes judiciales que contienen hechos relacionados con la conducta de secuestro. A su vez, (IV) ha estudiado una base de datos aportada por “la Fundación País Libre sobre personas retenidas presuntamente por las FARC – EP, cuyo paradero se desconoce” y (V) por último, ha analizado dos informes entregados por el Centro de Memoria Histórica denominados “Una sociedad secuestrada” y “Guerrilla y población civil” (ObservaJEP, macro caso 001, 2019).

De igual manera, la Sala ha escuchado las versiones, en diversas ocasiones, de los antiguos dirigentes de las FARC-EP, en el marco de audiencias de reconocimiento. Hasta el 2019, y con base en el informe entregado por la JEP, se han proferido 16.500 decisiones judiciales, realizado 83 audiencias y a diciembre de 2019, se habían recibido 256 versiones presenciales y 43 versiones escritas de comparecientes y se habían rendido seis versiones colectivas donde participaron 350 comparecientes ex integrantes de las FARC (JEP, comunicado 003, 2020), todos ellos relevantes al caso 001.

Por último, es de resaltar que en el marco del caso 0001, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Hechos y Conductas ya ha acreditado alrededor de 2.107 víctimas, de las cuales 700 han presentado observaciones. Estas observaciones, “así como las versiones de los comparecientes, son sobre hechos y conductas que fueron tipificados en la justicia ordinaria como: secuestro simple, secuestro extorsivo, toma de rehenes, desaparición forzada y homicidio, entre otros tipos penales”(JEP, Caso 01: «Retención ilegal de personas por parte de las Farc-EP», 2020).

b. Garantía de no extradición – Sección de Revisión

Desde las negociaciones en La Habana se acordó la no extradición para miembros de las FARC-EP (Biblioteca del proceso de Paz, Tomo V, p. 550) con la finalidad de asegurar el reconocimiento pleno de la verdad por parte de los actores del conflicto y la eventual reparación de las víctimas (Gobierno de Colombia – FARC EP, 2016, p. 170). Dicho acuerdo se tradujo en la denominada garantía de no extradición. Como su nombre

²¹ Frente al caso 001, la JEP ha dicho que: “Este caso prioriza el secuestro de personas por parte de las Farc-EP entre 1993 y 2012 e investiga más de 9 mil hechos ocurridos durante esos 19 años. Este periodo puede ser ampliado por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción. Dentro de esta primera etapa la Sala ha encontrado que las víctimas pueden llegar a ser más de 20 mil. La apertura de este caso se dio a partir de los informes que entregó la Fiscalía General de la Nación, Inventario de casos relacionados con el conflicto armado y “Retenciones ilegales realizadas por parte de las FARC-EP”. En su desarrollo, el caso 01 se ha complementado con los informes de organizaciones como País Libre, la Asociación Colombiana de Víctimas de Desaparición Forzada y Otros Hechos Victimizantes (Acomides), y de otras agrupaciones de víctimas que fueron secuestradas por las Farc-EP, así como informes de la Fiscalía General de la Nación y del Centro Nacional de Memoria Histórica. También el caso 01 se ha complementado con los informes de Fevcol y de Fundegán, y de la Corporación Vivamos Humanos. En el caso 01 se utiliza el término con el cual la Fiscalía designó su informe No.2: “Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP”. Con ello la JEP busca evitar acusaciones de prejujuicio al calificar jurídicamente la conducta antes del momento indicado por la ley.”. Encontrado en: <https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/01.html>

lo indica es “una garantía constitucional, que busca asegurar la consecución de la paz, garantizar la seguridad jurídica y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”(ObservaJEP, 2019). Se encuentra consagrada en el artículo 19 del acto Legislativo 1 de 2017, en los siguientes términos:

No se podrán conceder la extradición ni tomar medidas de aseguramiento con fines de extradición respecto de hechos o conductas objeto de este Sistema y en particular de la Jurisdicción Especial para la Paz, ocasionados u ocurridos durante el conflicto armado interno o con ocasión de este hasta la finalización del mismo, trátense de delitos amnistiables o de delitos no amnistiables, y en especial por ningún delito político, de rebelión o conexo con los anteriores, ya hubieran sido cometidos dentro o fuera de Colombia. Dicha garantía de no extradición alcanza a todos los integrantes de las FARC-EP y a personas acusadas de formar parte de dicha organización, por cualquier conducta realizada con anterioridad a la firma del acuerdo final, para aquellas personas que se sometan al SIVJRRN.

Asimismo, según lo contemplado en el artículo 54 de la Ley 1922 de 2018, la Sección de Revisión de la Jurisdicción Especial para la Paz es la responsable de conocer el trámite para la concesión de dicha garantía. A juicio de la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C 112 del 13 de marzo de 2019), esta garantía constituye un cambio en el procedimiento ordinario de la figura de la extradición en Colombia, por lo que es importante que el ordenamiento jurídico interno se adapte a las nuevas realidades transicionales que responden a una concepción pro – paz (Organización de Naciones Unidas, artículo 1, 1945).

Uno de los casos más emblemáticos en donde la JEP ha sentado jurisprudencia en la materia fue en el caso de Seuxis Paucias Hernández Solarte, conocido como alias “Jesus Santrich”, quien era miembro del Secretariado y excomandante de las FARC. Hernández fue solicitado por el Gobierno de los Estados Unidos el día 7 de junio de 2018 por la presunta comisión de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes hacia Estados Unidos. Este trámite, por competencia legal y siguiendo lo establecido en el artículo 19 del Acto Legislativo 1 de 2017, le correspondió resolverlo a la Sección de Revisión de la JEP. Toda vez que el señor Hernández Solarte se encontraba bajo la competencia de la JEP, la Sección de Revisión decidió concederle la garantía de no extradición al compareciente Jesús Santrich, por haber encontrado que no era posible determinar la fecha exacta de ocurrencia de los delitos alegados. A través del Auto SRT – AE – 030/2019, la Sección de Revisión estableció que dentro el trámite de la concesión o negación de la garantía de no extradición existen tres supuestos que se deben evaluar:

“Primer supuesto. Para personas frente a quienes la solicitud de extradición relaciona que los hechos se cometieron antes de la firma del Acuerdo: en este supuesto se deben analizar dos factores: i) el personal –que el solicitante de la garantía haya sido integrante de las FARCEP– y ii) el material –que la conducta haya ocurrido durante el conflicto armado o con ocasión a este–.

Segundo supuesto. Cuando se alegue que los hechos ocurrieron con posterioridad a la firma del Acuerdo Final o del proceso de dejación de armas: si se da este supuesto, la prueba estará orientada a determinar la fecha de la ocurrencia del hecho, y así establecer si se dio con anterioridad o posterioridad a la firma del Acuerdo Final.

Tercer supuesto. Solicitud de extradición contra familiares de miembros de las FARC-EP: la garantía aplica para familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad. En este caso la Sección deberá estudiar si la conducta ocurrió antes de la suscripción del Acuerdo Final, y si guarda relación con la pertenencia del familiar a las FARC-EP” (ObservaJEP, Ficha técnica Jesús Satrich 2019, pp. 5-6). (Negrilla y subrayado por fuera de texto).

En la sentencia también se destacó que la Sección era competente para analizar tres elementos sobre la solicitud de garantía de no extradición: el elemento fáctico, probatorio y jurídico. A su vez, se determinó los principios de interpretación que deben guiar el análisis de la concesión o no de esta garantía constitucional tales como: (I) el principio de la no extradición como garantía cuya titularidad ya recae en los ex combatientes

de las FARC, en donde la Sección hizo referencia al Auto del 31 de octubre de 2018, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia el cual estableció que los ex combatientes de las FARC – EP se encuentran amparados por esta garantía; (II) el principio *pro homine*, que establece el deber del operador jurídico de adoptar la interpretación menos restrictiva de un derecho que pueda haber; (III) el principio *pro víctima*, en virtud del cual se entiende que la garantía de no extradición colabora con la materialización de los principios rectores del SIVNJR, ya que facilita la comparecencia presencial de los implicados, el reconocimiento de responsabilidad y la contribución a la verdad por parte de los comparecientes ex integrantes de las FARC – EP; y finalmente (IV) el principio *pro paz*, el cual orienta a que las decisiones adoptadas constituyan un paradigma que oriente en materia normativa y jurisprudencial la interpretación de normas y procedimientos que sean inherentes a la transición en Colombia (Sección de Revisión, Tribunal para la Paz, SRT-AE-030, 2019).

Respecto al factor de competencia personal, la Sección de estableció que la garantía de no extradición puede ser aplicada en favor de (i) integrantes de las FARC-EP, (ii) personas acusadas de ser integrantes de las FARC-EP, y (iii) familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de integrantes de las FARC-EP o de personas acusadas de ser integrantes de la mencionada organización. No obstante, precisó que cuando se trate de un miembro de la fuerza pública o de un tercero, esta garantía no los cubre, toda vez que “(i) el artículo transitorio 19 establece de manera taxativa los beneficiarios de la garantía de no extradición; (ii) bajo ninguna circunstancia, una persona que no se encuentre en las tres categorías anteriormente indicadas podrá acceder a la garantía de no extradición, y (iii) en consecuencia, un tercero colaborador o un miembro de la fuerza pública no podrán ser titulares del dicho beneficio” (ObservaJEP, *La JEP en observación: Análisis jurisprudenciales y retos vigentes*, 2020, p. 18).

Si bien el caso que se mencionó no ha sido el único sobre el trámite de la garantía de no extradición ante la Sección de Revisión, si es una providencia judicial que marca una pauta para los futuros casos en donde se deba conceder o no esta garantía para los comparecientes sometidos a la competencia de la JEP.

c. Caso de la Sección de Apelación: ¿pueden los paramilitares comparecer ante la JEP?

La Sección de Apelación, al ser el órgano de cierre del Tribunal para la Paz, está llamado a unificar la jurisprudencia en materia de justicia transicional. En ese sentido, es importante traer a colación el Auto 199 de 2019 pues este se considera como una providencia hito referente a la competencia de la JEP con respecto a miembros de los grupos paramilitares. En principio, los integrantes de grupos paramilitares no son competencia de la JEP pues como bien lo explica ObservaJEP en su informe “*La JEP en observación: análisis jurisprudenciales y retos vigentes*” (2020), existen diversas razones para ello:

- a. El Acuerdo Final no contempló en el Punto 5 la inclusión de paramilitares a la jurisdicción de la JEP.
- b. El marco normativo (actos legislativos, ley estatutaria, ley de procedimiento, ley de amnistía, etc.) de la JEP carece de normas expresas que otorguen la competencia a la jurisdicción sobre paramilitares.
- c. La competencia de la JEP versa sobre grupos armados organizados (GAO's) de naturaleza rebelde.
- d. Tanto en el Acuerdo Final como en la normativa de la JEP se establece con claridad que la competencia de esta jurisdicción versa sobre grupos que hayan celebrado un acuerdo de paz con el Estado. Los paramilitares no han celebrado dicho acuerdo ya que se entiende que el Pacto de San José de Ralito fue un acuerdo de desmovilización.
- e. Los paramilitares no pueden acogerse como terceros civiles ya que su naturaleza es decisivamente excluyente con esta categoría.
- f. Los paramilitares cuentan con un régimen jurídico propio enmarcado en la ley 975 de 2005 (p. 38)

Estas razones, responden propiamente a la concepción misma de los Acuerdos de Paz así como también a la esencia del SIVJNR, en donde los paramilitares no son sujetos susceptibles del proceso de Justicia Transicional. No obstante, la Sección de Apelación ha flexibilizado, de cierto modo, la competencia personal con

respecto a integrantes de grupos paramilitares. Por medio del Auto 199 de 2019, la Sección determinó que, si bien la regla general era la de excluir a los paramilitares de la órbita de la competencia personal de la JEP, hay supuestos en que esta exclusión puede variar ya que el rol de paramilitar puede hacer transición o pudo haber mutado a lo largo del conflicto armado hacia un rol de tercero colaborador de grupos armados, como lo fueron las FARC-EP, caso en el cual, sí podrían ser competencia de la JEP (Sección de Apelación, 2019).

En esta misma providencia, la Sección de Apelación también aclaró que si bien la JEP no tiene competencia personal sobre estos sujetos, esto no significa que el juez que evalúe la comparecencia de uno de estos sujetos, no deba analizar el caso en particular, pues se pueden presentar situaciones en donde se justifique excepcionalmente, hacer una interpretación más amplia de las competencias de la JEP. Esto siempre que los eventos se interpreten en que el interés superior de las víctimas, en especial el de obtener la verdad, sea requerido. Del mismo modo, el auto reitera las exigencias de acreditar un test de verdad del que hablan los autos TP – SA 57 y TP – SA 19 de 2018 y autos TP – SA 126 y 135 de 2019, pues este test permite “(I) romper con la presunción de que los paramilitares fueron solamente actores armados, pues para que puedan someterse a la JEP no importa el status que ostentaron como militantes; (II) asegurar que el tercero civil revele todo lo que conoce y (III) brindar información que resulte ser relevante a la JEP” (ObservaJEP, Ficha técnica Auto TP - SA 199, 2019, p. 6).

d. Caso sobre el trámite de amnistía - Sala de Amnistía o Indulto

Como se mencionó anteriormente, el artículo 21 de la Ley 1820 de 2016, dispone que “la decisión de conceder amnistías o indultos dependerá de la Sala de Amnistía e Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz”. A su vez, afirma que se deberá “dar aplicación al principio de favorabilidad regulado en esta ley y de lo establecido en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional 11 de las Convenciones de Ginebra de 1949, la Sala aplicará la amnistía o el indulto conforme a lo establecido en esta ley y en el Acuerdo de creación de la Jurisdicción Especial para la Paz”. Esta misma ley, establece el régimen de amnistías e indultos tanto para miembros de las FARC – EP así como también para los civiles. Frente a los agentes estatales, la ley en comento estableció un régimen de renuncia a la persecución penal y de extinción de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción (CIJ, 2019, p. 97). En específico, frente a la amnistía, se debe resaltar que su concesión se encuentra legitimada desde el Derecho Internacional Humanitario (DIH), pues el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 en el numeral 5 del artículo 6. Dicho artículo permite que instrumentos jurídicos que buscan la reconciliación entre los actores armados y la construcción de una paz estable y duradera, sean utilizados (Sala de Amnistía e Indulto, caso Fredy Molina, SAI-SUBA-AOI-005, 2019).

En Colombia, la amnistía juega un papel importante dentro del marco del proceso transicional y la Corte Constitucional ya ha determinado en su jurisprudencia que las amnistías resultan ser “medidas compatibles, con el DIH, específicamente, en los conflictos no internacionales, pues persiguen que las personas que participaron en la confrontación no sean castigadas por el solo hecho de portar las armas, lo que haría muy difícil el proceso de reconciliación” (Corte Constitucional, 2018). La concesión de amnistías por parte de la JEP para antiguos miembros de las FARC-EP está estructurada de la siguiente manera: (i) concesión de amnistías *de iure* para las conductas constitutivas de delitos políticos, (ii) exclusión de determinadas conductas del beneficio de amnistía (artículo 23 de la Ley 1820 de 2016) y (iii) concesión de amnistías por parte del Juez, en esta caso la Sala de Amnistía o Indulto, para cualquier delito que no se encuentre excluido, siempre que se pueda establecer la conexidad con el conflicto armado y con el delito político (Reyes Alvarado, p. 28).

Ahora bien, dentro de los casos más importantes donde se ha dado trámite a una amnistía por parte de la Sala de Amnistía e Indulto, se encuentra el caso de Fredy Hernán Molina Cruz. En este caso, con la Resolución SAI – SUBA-AOI-005 de 2019, la Sala resaltó que un compareciente puede ser beneficiario de esta figura siempre que cumpla con los factores de competencia personal, temporal y material de la JEP. En este sentido, frente al factor personal, la persona debe haber sido condenada, procesada o investigada por pertenencia o colaboración con las FARC – EP; o debió haber sido integrante de este grupo para lo cual debe encontrarse dentro de los listados entregados por los representantes designados por la organización; o debe haber una

sentencia condenatoria que indique que esa persona pertenecía a las FARC – EP incluso sino se trata de un delito político, por lo que si se trató de otro delito, debe estar conexo con el delito político (ObservaJEP, Ficha técnica Resolución SAI-SUBA-AOI-005, 2019, p. 8).

Con respecto al factor temporal, los hechos materia de concesión de este beneficio debieron haberse cometido antes del 1 de diciembre de 2016; y frente al factor material, para que la amnistía sea concedida, se debe tratar de hechos relacionados con el conflicto armado, así como también tratarse de delitos políticos o conexos con este, es decir, donde el sujeto pasivo sea el Estado y cuando esa conducta antijurídica haya sido cometida sin ánimo de lucro personal (ObservaJEP, Ficha técnica Resolución SAI-SUBA-AOI-005, 2019, p. 10). Frente a estos delitos, el artículo 15 de la Ley 1820 establece que son la rebelión, la sedición, la asonada, la conspiración y seducción, y la usurpación y retención ilegal de mando.

En el caso de la resolución mencionada, el delito que se analizó fue el lavado de activos, por lo que la Sala tuvo que hacer un análisis más extenso para establecer la conexidad con el delito político. Dentro del análisis realizado por la Sala se determinó que a través de la “compra y administración de bienes muebles e inmuebles, la realización de transferencias financieras, entre otras actividades, se contribuyó a financiar el desarrollo de la rebelión, lo cual se traduce en que la conducta por la cual se condenó a los aquí comparecientes, sí tenga un nexo con el delito político” (ObservaJEP, Ficha técnica Resolución SAI-SUBA-AOI-005, 2019, p. 13). Finalmente, en el caso de Fredy Molina y los demás comparecientes que se mencionaban en la decisión, la Sala de Amnistía e Indulto determinó que dado que se cumplían los factores de competencia analizados y el rol por el cual podían estar en la JEP era el de colaboradores de grupos armados, era posible conceder el beneficio de la amnistía.

e. Casos de incidentes de verificación de incumplimiento

El incidente de verificación de incumplimiento es un procedimiento realizado por la JEP, cuyo objetivo es establecer si el compareciente continúa cumpliendo con los compromisos de su régimen de condicionalidad al estar sometido al SIVJNR. En caso de incumplimiento, la JEP deberá determinar si revoca o no los beneficios otorgados a ese compareciente o hasta llegar a expulsar a esta persona cuando se trate de un grave incumplimiento de los acuerdos a los cuales que se había comprometido (ObservaJEP, *La JEP en observación: análisis jurisprudenciales y retos vigentes*, 2020, p. 29). El trámite del incidente de incumplimiento se encuentra regulado en el artículo 67 de la Ley 1922 de 2018, que establece claramente que este puede ser iniciado por cualquier Sala o Sección de la JEP.

Frente a este procedimiento, la Corte Constitucional ha mencionado en Sentencia C- 007 (2018) que existen tres principios que la JEP debe tener en cuenta al momento de verificar el grado de incumplimiento del compareciente:

1. Principio de integralidad del sistema: todos los tratamientos especiales de justicia están sujetos a condiciones en relación con todos los componentes, judiciales y no judiciales, del SIVJNR, los cuales no pueden entenderse de manera aislada, razón por la que el incumplimiento de condiciones respecto de cualquiera de tales componentes podría tener consecuencias en los tratamientos de justicia.

Principio de proporcionalidad: Las consecuencias del incumplimiento de las condiciones serán proporcionales a la gravedad del mismo, su naturaleza y el tratamiento otorgado.

3. Principio de gradualidad: no cualquier incumplimiento da lugar a la pérdida de todos los beneficios, sino que se deberán graduar sus consecuencias, distinguiendo los diferentes niveles de responsabilidad, la gravedad e intencionalidad del incumplimiento y la afectación de las finalidades del SIVJNR. De esta manera, el incumplimiento del régimen de condicionalidad no conlleva a la exclusión de la JEP, sino que la jurisdicción graduará la pérdida de los diferentes tratamientos especiales, pues el incumplimiento de las condiciones no solo impide acceder a los tratamientos diferenciales, sino que también

implica la pérdida, no de la competencia de la JEP, sino de los tratamientos especiales, con sujeción al principio de gradualidad (Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, página 367, parr 5.5.1.1).

Hasta la fecha, la JEP ha abierto innumerables incidentes de verificación de incumplimiento, donde solo una minoría han establecido la expulsión definitiva del SIVJNR y en gran parte de los casos analizados, se ha determinado que los comparecientes deben perder algunos de los beneficios que otorgan los tratamientos especiales en el marco de la justicia transicional en Colombia.

En el último informe presentado por ObservaJEP a principios del 2020, se analizaron distintos casos de varios de los comparecientes o personas que son competencia de la JEP. De los siete casos que se analizaron en el informe, solamente dos de ellos muestran la expulsión de los comparecientes. Por ejemplo, en el caso del señor Hernán Darío Velásquez, que fue expulsado por medio de auto 061 de la mencionada Sala (2019) por “no concurrir a la diligencia del 13 de julio de 2018, sin presentar excusa; así como tampoco presentó el informe requerido sobre el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales individuales con el SIVJNR, donde tampoco excusó su falta” (ObservaJEP, *La JEP en observación: análisis jurisprudenciales y retos vigentes*, 2020. p. 32).

Del mismo modo, en los casos de los comparecientes de los señores Iván Márquez, José Manuel Sierra y Henry Castellanos, ellos fueron expulsados por faltar a la obligación de contar la verdad lo que es contrario al derecho a la reparación de las víctimas (ObservaJEP, *La JEP en observación: análisis jurisprudenciales y retos vigentes*, 2020. p. 32). También, por incumplir la obligación expresa de abandonar las armas, por repetir hechos delictivos e ilícitos y por entorpecer la contribución del éxito de la reincorporación, compromisos que adquirieron en el momento de la firma del Acuerdo. En el Auto 216 de la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (2019) se “decidió decretar la pérdida de todos los beneficios de la justicia transicional y por tanto la exclusión de la JEP, dado el grave incumplimiento en el que incurrieron estas personas” (ObservaJEP, *La JEP en observación: análisis jurisprudenciales y retos vigentes*, 2020. p. 32).

De esta forma, la máxima consecuencia que puede tener un compareciente que estuvo sometido a la JEP es la expulsión del SIVJRN. Como consecuencia, la jurisdicción penal ordinaria será la competente de investigar, juzgar y sancionar conforme el derecho correspondiente y sin acceso a los beneficios del proceso de Justicia Transicional. No obstante, casos como los de los señores Hernán Darío Velásquez, José Vicente Lesmes en los que no se ha determinado su expulsión, pero si en la pérdida de los beneficios transicionales (como la pérdida de libertades condicionadas o la pérdida de los tratamientos penales especiales que se contemplan en el marco de la Ley 1820 de 2016), demuestra que el análisis de gravedad del incumplimiento que hace la JEP no siempre arroja como consecuencia una expulsión y, por tanto, esta no se constituye como la sanción general ante el incumplimiento de los compromisos por parte del compareciente. Por el contrario, la expulsión, al ser la consecuencia más grave, se aplica por un incumplimiento igualmente grave que ponga en peligro los derechos de las víctimas.

Los casos expuestos anteriormente dan cuenta solamente de una parte del universo de procesos y casos que se encuentran actualmente en trámite ante la JEP. Este órgano judicial, enmarcado dentro de la creación de un sistema novedoso y que responde a las necesidades de las víctimas, evidencia el trabajo que realiza la jurisdicción para satisfacer los derechos de las partes y lograr cumplir los objetivos propuestos en el Acuerdo final.

Así, el caso 001 implicó un ejercicio de priorización y selección de conductas por parte de la Sala de Reconocimiento que atendió al hecho de que el secuestro fue una forma clara de hacer la guerra por parte de las FARC-EP durante un largo periodo de tiempo. Esta conducta es característica del conflicto armado colombiano y, por lo mismo, es de suma importancia que, tanto las víctimas como la sociedad en general conozcan la verdad de lo sucedido para ser reparadas y que los actores sean sancionados. Asimismo, el caso 001 es uno

de los que se encuentra más avanzados y ejemplifica el procedimiento de las Salas, que es central y fundamental para el funcionamiento de la JEP. Igualmente representa el núcleo de este modelo de Justicia Transicional porque dentro de este se busca satisfacer el derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas.

Por su parte, el caso de la concesión de la garantía de no extradición al señor Hernández ejemplifica la labor de la Sección de Revisión relativa a establecer las fechas de determinadas conductas. Esta labor parece sencilla, pero como lo pone de manifiesto el caso analizado, no lo es. El caso de la Sección de Apelación muestra que es imposible encasillar a los actores del conflicto en un solo rol y, a través de la resolución de este, se dotó de contenido el concepto de “terceros colaboradores” tan etéreo y de difícil comprensión. De igual manera evidencia la complejidad del conflicto armado colombiano, en el que participaron muchos actores que cumplieron diferentes funciones durante el tiempo que este duró.

El caso de la Sala de Amnistía o Indulto muestra que, en ocasiones, establecer la conexidad con el delito político para la concesión de un beneficio transicional no es sencillo. Pero además pone de manifiesto que dentro del conflicto armado se realizaron conductas delictivas de todo tipo que no necesariamente concuerdan con las acciones de guerra que están en el imaginario colectivo pero que, no por eso, dejan de ser susceptibles de un beneficio transicional como lo es la amnistía. De igual modo, el caso es un claro ejemplo de la necesidad de amnistiar algunas conductas, en aras de alcanzar la paz y que ello no necesariamente implica impunidad.

Por último, el incidente de incumplimiento muestra que, en ocasiones, los comparecientes no cumplen con lo pactado y que es necesario que los sistemas transicionales contemplan sanciones para estos incumplimientos. Sumado a lo anterior, muestra que la expulsión del sistema debe ser la última vía para castigar a quienes incumplen las obligaciones. Ello puede obedecer al hecho de que, al sacar a los comparecientes del sistema, la posibilidad de obtener la verdad completa se ve debilitada, así como la reparación integral para las víctimas.

4. Conclusiones

En las páginas precedentes se hizo una exposición de los objetivos, la estructura y el funcionamiento de la JEP que fue ejemplificado a través de algunos casos que ha conocido dicha jurisdicción. Con base en lo expuesto se puede concluir que la JEP es un modelo de justicia transicional que responde a las necesidades propias del conflicto armado colombiano, así como a las de la sociedad del postconflicto. De igual manera, a través de su estructura y organización, se evidencia la complejidad de este órgano judicial que refleja la complejidad misma de los procesos que se llevan ante ella. Ello se evidencia en los casos analizados, que no sólo son muestra de los distintos retos que asume la JEP en el cumplimiento de su trabajo, sino de las tensiones propias de un modelo de justicia transicional que se considera, en teoría, un híbrido entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva. Si bien se está buscando el castigo de los responsables de los delitos cometidos con ocasión directa o indirecta al conflicto armado, también se busca resarcir a las víctimas en sus derechos, asegurándoles verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, así como también un proceso de integración social de aquellos comparecientes que después de la guerra, asumen roles dentro de una sociedad.

5. Bibliografía

Abuchaibe, H. (2017). La justicia transicional del posacuerdo con las FARC-EP. *Revista Opera*. vLex. <http://doctrina.vlex.com.co/vid/justicia-transicional-posacuerdo-farc-844458857>

Ávila, A. (2019). *Detrás de la guerra en Colombia*. 1. ed. Planeta.

Barbosa Delgado, F. (2018). *Justicia: Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*. Centro Nacional de Memoria Histórica.

- Benavides Vanegas, F. S., & Borda Guzmán, S. (2019). Introducción: El Acuerdo de Paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP o la paz esquiiva. *Introduction: The Peace Agreement between the Colombian government and the FARC-EP, or the elusive peace*, 121, 7-18. <https://doi.org/10.24241/rcai.2019.121.1.7>
- Biblioteca del proceso de paz con las FARC - EP (2018), Tomo V. Parte II. "La discusión del punto 5. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz, p 550. Recuperado el 01 de septiembre de 2020, de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/tomo-5B-proceso-paz-farc-acuerdo-victimas.pdf>
- Binder, A. M. (Ed.). (2006). *Derecho procesal penal* (1. ed). Escuela Nacional de la Judicatura.
- Calafat, A. L. (2016). La justicia transicional en Colombia / Transitional justice in Colombia. *(En)clave Comahue*, 21, 233-233-260. Directory of Open Access Journals.
- Castro Cuenca, C. G. (2020). Las funciones del derecho penal y de la justicia transicional en la jurisdicción especial para la paz. Bogotá: *Vniversitas*, 69, 1-17. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.fdpj>
- Congreso de la República de Colombia (04 de abril de 2017), Acto Legislativo N°01 " por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones". Recuperado 2 de julio de 2020, de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>
- Congreso de la República de Colombia (18 de julio de 2018), Ley 1922 "Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz". (s. f.). Recuperado 6 de julio de 2020, de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201922%20DEL%2018%20DE%20JULIO%20DE%202018.pdf>
- Congreso de la República de Colombia, (30 de diciembre de 2016), Ley 1820 "Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones". Recuperado 11 de septiembre de 2020, de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201820%20DEL%2030%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202016.pdf>
- Comisión Internacional de Juristas - CIJ (junio de 2019), Jurisdicción Especial para la Paz, análisis a un año y medio de su entrada en funcionamiento. (s. f.). Recuperado 11 de septiembre de 2020, de <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/06/Colombia-Jurisd-para-la-paz-PUBLICATIONS-Reports-Fact-finding-mission-report-2019-SPA.pdf>
- Corte Constitucional (13 de marzo de 2009). Sentencia C – 112. Recuperado en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-112-19.htm>
- Corte Constitucional (1 de marzo de 2018). Sentencia C – 007. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>
- Corte Constitucional (14 de noviembre de 2017), Sentencia - 674. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm>
- Díaz, C. L. (2012). Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, 42, 515-579.
- El Tiempo, C. E. E. (marzo 03 de 2020). ¿Secuestro o retención?: Los polémicos términos del caso 01 de la JEP. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/secuestro-o-retencion-los-polemicos-terminos-de-la-jep-en-caso-468530>

- Ferrajoli, L. (2015). La justicia penal transicional en la Colombia del posconflicto y las garantías de la paz interna. *Jueces para la democracia*, 84, 143-155.
- Gobierno de Colombia & FARC – EP (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.
- De Grieff, P. (2011). Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional. *Anuario de Derechos Humanos*, 0(7). <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2011.16994>
- Jurisdicción Especial para la Paz - JEP (2020), Caso 001: «Retención ilegal de personas por parte de las Farc-EP». (s. f.). Recuperado 10 de septiembre de 2020, de <https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/01.html>
- Jurisdicción Especial para la Paz – JEP (28 de junio de 2018). Criterios y Metodología de priorización de casos y situaciones. Bogotá. Recuperado el 01 de septiembre de 2020 en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>
- Jurisdicción Especial para la Paz - JEP (enero de 2020). Comunicado 003 "La JEP presentó el balance de su segundo año de gestión". Bogotá. Sala de Prensa. Recuperado el 03 de septiembre de 2020 en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-present%C3%B3-balance-de-su-segundo-a%C3%B1o-de-gesti%C3%B3n.aspx>
- López, C. (2010). *Y refundaron la patria. De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Editorial Randon House Mondadori.
- Mendaña, R. (2007). Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad. Recuperado de http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/microsoft_word_-_44men_0.pdf.
- ObservaJEP (2020). *Macrocasos: Caso 001*. Recuperado 10 de septiembre de 2020, de <http://observajep.com/images/macrocasos/1.pdf>
- ObservaJEP (2019). *Ficha técnica Auto TP - SA 199 DE 2019*. (s. f.). Recuperado 11 de septiembre de 2020, de http://observajep.com/images/fichas_tecnicas_decisiones/18349584125d49e8af63cc35.92615999.pdf
- ObservaJEP (2019). *Ficha técnica Resolución SAI-SUBA-AOI-005-2019*. (s. f.). Recuperado 11 de septiembre de 2020, de http://observajep.com/images/fichas_tecnicas_decisiones/2239086695db06f5e766435.06579227.pdf
- ObservaJEP (enero de 2020), *La JEP en observación: Análisis jurisprudenciales y retos vigentes*. (s. f.). Recuperado 11 de septiembre de 2020, de <http://observajep.com/images/informes/3882996405e5551de42af47.98545643..pdf>
- ObservaJEP. (2019). *Ficha técnica caso de Seuxis Paucias Hernandez Solarte*. Recuperado 11 de septiembre de 2020, de http://observajep.com/images/fichas_tecnicas_decisiones/9427195255d3595d8a1c542.34540100.pdf.
- Organización de Naciones Unidas – ONU (26 de junio de 1945), Carta de las Naciones Unidas. Recuperado de: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf
- Pizarro, E. (2017). *Cambiar el futuro. Historia de los procesos de paz en Colombia (1981 - 2016)*. Bogotá: Debate.
- Reyes Alvarado, Y., Eser, A., Knust, N., & Neumann, U. (Eds.). (2018) *¿Es injusta la justicia transicional?* (Primera edición). Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.

Sala de Amnistía e indulto – JEP (20 de febrero de 2019), Resolución SAI-SUBA-AOI-005 en el *asunto sobre concesión de amnistía de Fredy Molina*. Recuperado el 10 de septiembre de 2020 de: <https://bit.ly/2ozEjNq>

Sección de Apelación – Tribunal para la Paz (11 de junio de 2019), Auto 199 sobre *el caso de Fabio Cesar Mejía Correa*. Recuperado el 10 de septiembre de 2020 de: <https://bit.ly/2K5Rqhi>

Sección de Apelación – Tribunal para la Paz (20 de abril de 2018) Auto TPSA- 001 de 2018.

Sección de Apelación – Tribunal para la Paz (31 de octubre de 2018), *Auto TP – SA n° 57 en el asunto de Duvan Hurtado Henao*. Recuperado el 11 de septiembre de 2020 en https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/7/1/Auto_TP-SA-057_31-octubre-2018.pdf

Sección de Apelación – Tribunal para la Paz (21 de agosto de 2018), *Auto TP – SA n° 79 en el asunto de Álvaro Antonio Ashton Giraldo*. Recuperado el 11 de septiembre de 2020 en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Auto%20TP-SA%20020%20de%202018%20-%20En%20el%20asunto%20de%20C3%81lvaro%20Ashton%20-%20DEF.pdf>

Sección de Apelación – Tribunal para la Paz (27 de marzo de 2019), *Auto TP – SA N°. 135 en el asunto de Dorian Jaime Mejía Geleano*. Recuperado el 10 de septiembre de 2020 de: https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/7/1/Auto_TP-SA-135_27-marzo-2019.pdf

Sección de Revisión – Tribunal para la Paz (15 de mayo de 2019), Auto SRT-AE-030 en el caso de Seuxis Paucias Hernández S. Recuperado el 11 de septiembre de 2020 de: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/LA-SECCI%C3%93N-DE-RE-VISI%C3%93N-DE-LA-JEP-APLICA-LA-GARANT%C3%8DA-DE-NO-EXTRA-DICI%C3%93N-A-SEUXIS-PAUCIAS-HERN%C3%81NDEZ-SOLARTE/SRT-AE-030-2019.pdf>

Teitel, R. G. (2000). *Transitional justice*. Oxford University Press.

Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: Procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. *¿Justicia transicional sin transición?*, 115.

Valencia, L. (2008). *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Planeta/Nuevo Arco Iris.

Villarraga- Sarmiento. A. (2016). Los acuerdos de paz Estado-guerrillas en Colombia, 1982-2016. *Derecho y Realidad*, 14(28). <https://doi.org/10.19053/16923936.v14.n28.2016.7815>

L'humanisme à l'aune du droit international

Humanism in the light of International Law

Ali Kairouani  Universidad Mohammed V de Rabat, Marruecos | ali.kairouani@um5.ac.ma

Recibido: 24/6/2020

Aceptado: 9/12/2020

Résumé: Plusieurs défis renvoient actuellement au repositionnement de l'humanisme comme un socle fondateur et protecteur du droit international contemporain. Toutefois, la dimension humaine du droit international se trouve facilement entravée par l'absence d'une définition claire de ce concept au sein d'un ordre juridique caractérisé essentiellement par les rapports de forces, les tensions et les crises chroniques. Cet état de fait a exigé une délimitation théorique et conceptuelle de l'humanisme à travers l'analyse des normes internationales et les discours de la doctrine pour établir les contours de cet humanisme sous-jacent au droit international à la lumière des défis de la société internationale. Dès lors, l'humanisme s'avère être un référentiel indispensable et un stimulant normatif du système juridique international. Le développement du réseau normatif international ne peut se faire sans le rôle contingent de ce marqueur normatif.

Mots clés humanisme, droit international, tolérance, crises internationales, multiculturalisme

Abstract Several challenges currently refer to the repositioning of humanism as a founding and protective base of contemporary international law. However, the human dimension of international law is easily hampered by the absence of a clear definition of this concept within a legal order characterized essentially by power struggles, tensions and chronic crises. This state of affairs required a theoretical and conceptual delimitation of humanism through the analysis of international standards and the discourse of doctrine to establish the contours of this humanism underlying international law in the light of the challenges of international society. Humanism, therefore, turns out to be an essential repository and a normative stimulant of the international legal system. The development of the international normative network can be done without the contingent role of this normative marker.

Key words: humanism, International Law, tolerance, international crises, multiculturalism

Cómo citar este artículo: Kairouani, A. (2020). L'humanisme à l'aune du droit international. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 51 - 68. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe014>

Le plus grand problème pour l'espèce humaine, celui que la nature contraint l'homme à résoudre, est l'établissement d'une société civile administrant le droit universellement.

Emmanuel Kant (1784)

Face à une mondialisation toujours plus inclusive et à la prolifération simultanée des conflits dans le monde, portant atteinte au vivre ensemble au sein de la société internationale, la question de l'humanisme en droit international public se pose avec acuité devant la déshumanisation progressive que connaissent les relations internationales¹. Le phénomène du terrorisme transnational, accéléré par le conflit syrien ainsi que la crise migratoire que connaît le monde aujourd'hui, suscite plusieurs interrogations. Une lueur d'humanisme est-elle encore possible dans le cadre des rapports interétatiques ? Il sera difficile de répondre d'une manière hâtive, à une telle question. Les traités et la jurisprudence internationale ont abordé de manière succincte le volet humaniste porté par le droit international. Toutefois, la pratique actuelle et la fragmentation juridique internationale remet fortement en question ce prétendu humanisme. Cet humanisme juridique qui recèle « plusieurs contradictions » selon la célèbre expression de Mireille Delmas Marty (2012). Un droit basé sur la paix et non sur la justice alors qu'aujourd'hui la tendance du droit international favorise davantage la justice et particulièrement la justice pénale. La notion de droit des gens refait surface au sein de l'ordre juridique international mais ses origines remontent entre autres au débat qui avait animé la doctrine internationaliste autour de la signification intra et inter gentes. Ce débat doctrinal qui donne un sens à l'expression de « droit des gens » synonyme de droit des Etats et non pas exclusivement de droit entre les Etats (Jouanet, 1998, pp. 368-375). Cette expression prend tout son sens face aux multiples atteintes à la condition humaine qui caractérise actuellement la société internationale. La prolifération des conflits et l'apparition des nouvelles formes de guerre, rendent plus visible l'existentialisme du système international. Cet existentialisme emprunté à Jean-Paul Sartre, place l'individu au centre du système juridique international mais ne lui accorde pas forcément la protection idoine. La condition humaine connaît une dégradation palpable malgré l'existence d'un Habeas corpus international remarquable. Néanmoins, pour mieux appréhender ce sujet, il serait indispensable de donner une définition à l'humanisme dans une perspective d'abord lato sensu et ensuite stricto sensu. L'humanisme, tel que défini par le dictionnaire de l'Académie française, est considéré comme une « doctrine, attitude philosophique, mouvement de pensée qui prend l'homme pour fin et valeur suprême, qui vise à l'épanouissement de la personne humaine et au respect de sa dignité ». Cette dignité fait l'objet d'une protection absolue par les traités internationaux mais aussi par les juges internationaux. Dans le dictionnaire Le Robert (2000), l'humanisme est défini comme une « Théorie, doctrine qui prend pour fin la personne humaine et son épanouissement. Doctrine qui s'attache à « la mise en valeur de l'homme » par les seules forces humaines » (p.1108). René Cassin (1930), qui fut à l'initiative de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, avait déclaré que :

L'individu n'est pas encore reconnu unanimement comme un sujet de droit international. Cependant, la conscience juridique du monde civilisé s'est émue devant la répétition et la gravité des attentats commis à l'encontre des droits fondamentaux de l'homme. Ceux-ci devraient être soustraits à toute atteinte de la part de l'Etat² (Cassin, 1930, pp.769-770).

Déclaration, ayant le mérite d'exprimer ce qui constitue la liberté et la dignité de la personne humaine et de poser les bases d'une politique internationale de promotion et de protection des Droits de l'Homme. Dans la

1 La déshumanisation des relations internationales recèle significations parmi lesquelles, l'usage excessif de la violence par la perpétration des génocides ainsi que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Il s'agit d'une destruction de l'humain et de l'humanité par un déni absolu de la dignité humaine. La transgression des valeurs et principes inhérents à la personne humaine et la banalisation des actes barbares conduisent à la progression de cette déshumanisation.

2 Cassin, R. (1930). *Nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois*. Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, Vol 34. pp.769-770. Il est évident que cette citation est un adage classique puisqu'elle continue à exprimer l'idée de son auteur face aux différentes atrocités qui frappent l'humanité y compris le terrorisme et les guerres qui continuent de menacer le vivre ensemble de l'humanité.

même déclaration, il est fait référence à la conscience de l'humanité qui « fait référence à la fois au collectif formé par tous les êtres humains et aux valeurs universelles portées par lui » (Bioy, 2003, p. 157). Cette approche renvoie indubitablement à une volonté d'humaniser le droit international à travers la mise en avant des valeurs qui unissent tous les êtres humains. Pour sa part, Georges Scelle pensait « [...] que pour mieux assurer l'existence de l'individu, la protection de la vie humaine devrait constituer la norme juridique essentielle » (Scelle, 1984, p.42). Ces éléments de réflexion permettent de mieux comprendre l'intérêt de l'édification par plusieurs traités et conventions de la protection internationale des Droits de l'homme. Ce corpus normatif est érigé par les Nations Unies en tant que modèle de paix, de développement et de démocratie. Le plus souvent dans les normes internationales, on retrouve le terme d' « humanité » qui requiert une attention toute particulière. Un concept tel que le crime contre l'humanité, évoqué lors de l'arrêt de la Barcelona traction par la CIJ (1970), signifie substantiellement que ce crime atteint toute la communauté internationale composée d'êtres humains³ (p. 32). Quant au patrimoine commun de l'humanité, consacré par le traité de Washington de 1958, celui-ci démontre qu'il s'agit d'un espace naturel commun appartenant à toute l'humanité. A cet effet, l'auteur d'un crime contre l'humanité « veut déshumaniser sa victime et veut l'atteindre dans sa dignité d'homme qui le fait semblable à d'autres hommes » (Martens, 2007, pp .604-607), et systématiquement portait atteinte à l'ensemble de l'humanité. Or, le droit international ne reconnaît pas de statut juridique à l'humanité en tant que telle. D'autant plus que le droit international fait face plus que jamais à une diversité culturelle, linguistique et religieuse grandissante. L'existence des mouvements contestataires des droits de l'homme (contestation différentialiste), rendent difficile et non impossible l'émergence d'un droit international humaniste. Le débat peut se situer dans les moyens que le droit international pourrait déployer afin de répondre à cette crise contemporaine. Parmi ses solutions que le droit international pourrait préconiser est l'organisation d'une conférence internationale pour le débat interculturel autour des droits de l'Homme tel que cela a été préconisé par Jurgen Habermas (2014, p. 341). A cet effet, ces droits deviendraient comme une conscience juridique de l'humanité toute entière et un patrimoine commun que tous les Etats devraient protéger. Toutefois, plusieurs critiques subsistent y compris celles qui émanent des anti-humanistes qui condamnent fortement les penseurs ayant voulu, à un certain moment de l'histoire contemporaine du droit international, démontrer l'importance de l'humanisme dans son évolution (Gaemaex, 2010, p. 368). La distinction entre la personne humaine et l'humanité en tant que bloc est peu orthodoxe et nécessite une argumentation plus approfondie. En effet, la Déclaration universelle des Droits de l'Homme a une portée universelle et n'effectue aucune distinction et la personne humaine signifie de facto les personnes humaines vivant dans ce monde. De ce fait, il s'agit tout simplement de la personnalisation de cette norme pour éviter une abstraction trop générale conduisant parfois à certaines approximations étymologiques. Par ailleurs, pour décortiquer la notion d'humanisme au regard du droit international, il est indispensable de rechercher ses significations en droit international. Cette quête permettra de déterminer les défis contemporains de l'humanisme en droit international ce qui aboutira à représenter l'humanisme comme une forme nouvelle de lutte pour le droit international.

1. Le sens de l'humanisme en droit international

L'humanisme peut être envisagé comme un trait de caractère du droit international et comme un mode de pensée des internationalistes publicistes.

3 CIJ, Arrêt Barcelona Traction du 5 février 1970, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances n°50*, p 32. Le juge évoque les obligations erga omnes dont la violation peut engager la responsabilité de l'Etat en question à l'égard de la communauté internationale. Ces obligations ont pour objectif de protéger les droits fondamentaux de la personne humaine à travers la lutte contre les actes d'agression, le génocide, la discrimination raciale et l'esclavage. L'interprétation de cette décision de justice peut amener à penser que le juge international a voulu mettre la personne humaine au cœur du système de protection juridique internationale.

a. Le caractère humaniste du droit international

Il est certain que le droit international moderne s'est construit sur les décombres de la guerre et des traitements dégradants et inhumains. Toutefois, son avènement a permis la réalisation d'une rupture avec certaines pratiques qui menaçaient une partie de l'humanité d'extinction. La première et seconde guerre mondiale ne représentaient qu'un prélude d'une série d'exactions qui suivront plus tard ; certes n'engendrant pas le même nombre de victimes mais qui déboucheront sur les mêmes pratiques antérieures voire des violations plus graves de la condition humaine. Un léger survol des instruments juridiques internationaux, à leur tête : les traités internationaux, permettent de découvrir l'importance de la dimension humaine dans la production normative internationale. Une bonne partie des traités a été élaborée exclusivement pour protéger la vie humaine mais également la dignité humaine d'une manière lato sensu. Les deux pactes relatifs aux droits civils, politiques, économiques et sociaux de 1966 ont entériné à jamais le visage humain du droit des traités internationaux. La responsabilité de protéger, énoncé dans les Déclarations de l'Assemblée générale en 2005 et qui permet à la communauté internationale d'intervenir pour protéger les populations civiles contre le génocide, le crime contre l'humanité, le crime de guerre et la purification ethnique constituent un des visages de l'évolution normative humaniste du droit international. Cette doctrine défendue par certains internationalistes peut être considérée comme « une intervention d'humanité » (De Frouville, 2013, p.95). D'ailleurs, ces règles reflètent une ligne de conduite et un objectif idéal l'humanité tel que cela est prévu par les conventions internationales sur le droit de la mer de 1982 et plus récemment dans l'accord de Paris sur les changements climatiques de 2015 où il est fait mention que « les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité toute entière ». Lors du déroulement de la conférence de Paris en décembre 2015 un projet de Déclaration universelle des droits de l'humanité relatifs à la préservation de la planète a été présenté aux Etats participants⁴. Ce projet avait pour objectif de donner une définition plus poussée à la notion d'humanité dans le préambule de ladite Déclaration, en regroupant, les individus et groupes humains, elle englobe aussi les générations, passées, présentes et futures. L'environnement et le climat font partie intégrante de cette humanité et constituent une assise indispensable à cette dernière. Il est difficile d'évoquer l'idée d'une protection juridique internationale de l'humanité en raison de l'absence d'une définition uniforme de cette dernière⁵. Chez les internationalistes anglo-saxons la protection de l'humanité passe principalement par la régulation mondiale de la violence à l'encontre de l'humanité (Teitl, 2011, p. 105). D'une part, en protégeant les minorités très vulnérables et d'autre part, en mettant en œuvre des instruments pour la cessation des conflits ethniques, religieux ou culturels intra-étatiques. Cependant, le nouveau rôle joué par le droit international dans la protection des minorités et ce au nom du principe de la tolérance reste pour le moins controversé (Melkevic, 2006, pp. 77- 78). A cet égard, on peut citer l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui confirme cette approche⁶. De surcroît, la tolérance pourrait devenir la cause principale du déclenchement de la violence en droit international. Sur ce point, Anzilotti (2013) considérait que la tolérance pouvait être l'une des causes de la guerre juste dont l'objectif est la protection d'une religion minoritaire par exemple (p.204). Cette idée conduit à ouvrir le débat autour de la guerre juste et injuste. Dès lors, la violence devient légitime et ne représente plus une transgression du principe de la tolérance mais plutôt un moyen de garantir ce principe. Ce constat montre à quel point le principe de la tolérance devient un principe d'équilibre entre les puissances et dépasse le simple cadre de la neutralité qui demeure une qualification

4 Convention-cadre sur les changements climatiques du 12 décembre 2015, p 3. Dupuy, P-M. (2018). *Les grands textes de Droit international public*, Dalloz. (p.123). (p.625).

5 Le projet de la Déclaration universelle des droits de l'humanité relative à la préservation de la planète présentée de la Conférence des parties de la Convention-cadre sur les changements climatiques à Paris. <http://droitshumanite.fr/wp-content/uploads/2016/12/DECLARATION-UNIVERSELLE-DES-DROITS-DE-LHUMANITE.pdf>, consulté le 28/11/2020.

6 Article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue».

subjective (Chemelier-Gendreau, 1995, pp. 129-130). Le droit international étant lui-même une représentation des rapports de force et selon la célèbre maxime de René-Jean Dupuy (1999, p. 285) « le droit des gens fut le droit du sang ». Cet internationaliste a longtemps dénoncé l'apologie de la paix par le droit international ce qui représente l'une des problématiques contemporaines des relations internationales. On peut à cet effet, évoquer la nature primitive du droit international qui lui attribue la qualité de droit violent plutôt que de droit de la paix (Virally, 1997, p.504). Cette équation met en péril l'humanité et tout particulièrement, la préservation de l'être humain dans un monde gangrené par les crises sécuritaires qui débouchent de facto sur des crises humanitaires. D'après l'idée de Charalambos Apostolidis (1997), « si le droit international positif a intégré la notion d'humanité sans débat critique préalable, il n'en demeure pas moins que le concept d'humanité ouvre une problématique proprement inouïe, mais cela exige un travail de construction [...] » (p.157). Cette construction est en cours de réalisation puisqu' une bonne partie des instruments juridiques internationaux se réfère dès lors, directement ou indirectement à la notion d'humanité. Par ailleurs, des outils juridiques à l'instar du réseau conventionnel de protection des Droits de l'Homme, ainsi que les règles relatives à la bioéthique, comme les autres normes dérivées produites dans le cadre des Organisations internationales, telles que l'OIT ou l'OMS visent à préserver principalement l'être humain dans sa dignité et dans son bien-être⁷. Le fait de se focaliser aujourd'hui sur des préceptes renvoyant à des nouveaux droits de troisième génération démontre l'évolution progressive du droit international dans son ensemble y compris dans le cadre des travaux de la Commission du Droit international portant, entre autre, sur des questions relatives à la condition humaine. L'humanisme est dissimulé dans l'ensemble des normes internationales avec un degré assez variable et avec un effet incertain et varié. L'inquiétude des Etats reste constante face à l'étendue des droits accordés aux particuliers au regard d'une limitation sensible de la souveraineté. Cette ascension de l'humain à l'échelle de l'ordre juridique international, se fait au détriment d'une inflexion tangible de la souveraineté des Etats. Cela avait commencé avec l'arrêt Nottebohm du 6 avril 1955 (p. 23 du Recueil de la Cour Internationale de Justice) et l'arrêt Barcelona Traction du 5 février 1970 (paragraphe 46 de l'Arrêt, p.37), lorsque la Cour internationale de justice a reconnu objectivement ou subjectivement des droits aux particuliers au sein de l'ordre juridique international. Actuellement dans le cadre du droit international de la régulation des investissements, les investisseurs sont des sujets très actifs face aux Etats d'accueil des investissements. Le système arbitral du centre international de règlement des différends relatifs aux investissements connaît un essor considérable avec parfois des affaires avec de très grandes considérations humaines. L'affaire CIRDI du 6 juin 2012 SAUR international SA c/ République d'Argentine (paragraphe 331 de la Sentence arbitrale, p.94), lorsque les limites de ce système ont été prouvés avec la prévalence par les arbitres du droit de propriété de l'investisseur au droit d'accès à l'eau des citoyens argentin ce qui justifie probablement la crainte des Etats de la Communauté internationale.

b. La doctrine humaniste du droit international

Il demeure difficile d'identifier un courant de pensée juridique humaniste en droit international. Toutefois, certains internationalistes ont jeté les prémises d'une pensée humaniste sous-jacente et consubstantielle à l'existence d'un droit international des Droits de l'Homme. Comme le rappelle si bien Frédérique Sudre (2017, (pp.15-24), ce dernier s'oppose parfaitement au droit international interétatique. Un inventaire ne s'impose pas dans le cadre de cette réflexion étant donné que le cheminement doctrinal possède pour point d'accroche la continuité idéale et non le classement doctrinal. Pour sa part, Charles Rousseau (1984) estimait que les droits de l'Homme possédaient une portée universelle mais que celle-ci souffrait de la précarité des garanties juridictionnelles (p. 422). Malgré l'évolution du droit international la précarité des garanties constituent un obstacle à la pleine et entière jouissance de ces droits par les personnes. A cet effet, Paul Reuter s'inscrit dans la démarche de Georges Scelle qui met l'être humain au centre du système international à travers le principe de solidarité sociale et tout particulièrement à travers la protection de ce dernier contre

⁷ Les lignes directrices de l'OMS en ce qui concerne la qualité d'eau potable, mises à jour en 2006 qui constitue la référence en matière de sécurité d'eau potable.

l'abus des Etats. Il rappelle d'ailleurs que lorsqu'un particulier est l'objet de traitements contraires au droit international de la part d'un Etat étranger il est unanimement admis que la responsabilité de cet Etat est engagée (Reuter, 1995, pp.53-55). Norberto Bobbio avait considéré que la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 et ce malgré sa forme générale et non contraignante possédait une base consensuelle interétatique. Toutefois, sa substance normative et sa portée représentent un objectif fixé par la Communauté internationale vers une humanisation du système international (Champeil-Desplats, 2016, pp.179-191). Dans une perspective plus contemporaine, Dominique Carreau (2014, pp. 33-50) préfère « parler d'une société transnationale qui connaît une intégration de l'individu parmi ses acteurs ». A savoir que l'être est un élément ayant changé le visage du droit international public, cette entrée humanise davantage le corpus normatif international. La protection internationale accordée par les instruments juridiques internationaux, principalement les traités internationaux de protection des Droits de l'Homme, les principes généraux de droit et la jurisprudence internationale confortent cette position. Actuellement, si l'on feuillette les manuels et traités de droit international public, on assiste à une transformation du lexique juridique international, on réalise que les internationalistes évoquent plutôt la condition de la personne humaine plutôt que la protection de la personne humaine. Ce constat possède plusieurs explications parmi celles-ci, la classification nécessaire entre droits et devoirs de la personne humaine en droit international. Dionsio Anzilotti (2012, pp. 109-110) avait aussi mis l'accent sur la protection de l'individu dans l'une de ces œuvres en engageant la responsabilité des Etats. Ce précurseur avait pour intention de mettre à pieds d'égalité la violation des droits des personnes et des droits des Etats à l'échelle de l'ordre juridique international. Par ailleurs, il existe un point épineux qui ronge l'esprit de tout internationaliste, c'est celui de l'instauration de la paix par le droit international. René-Jean Dupuy (1999) avait sur ce point employé l'expression, « l'émergence de l'humanité » qui est d'après lui, dans son aspect extérieur, un moyen de « contrôler et promouvoir la paix mondiale, la pureté de l'environnement global, les communications spatiales, l'exploitation des ressources naturelles dans la justice » (Dupuy, 1999, pp. 258-259). Cependant, cette notion reste très abstraite ce qui constitue un risque d'incompréhension pour le droit international. Il s'agit d'éviter de sombrer dans l'abstraction du fait juridique international afin de pouvoir maîtriser la réalité des rapports de forces existants sur la scène internationale. L'évolution du droit international s'est faite à travers un long parcours où les conflits armés et les violations des droits de l'homme ainsi que les crimes contre l'humanité n'ont jamais cessé. Imaginé l'ensemble normatif international de la protection de la personne humaine comme une garantie intangible relève de l'excès de zèle. Cette approche démontre ce besoin de véhiculer un humanisme sans frontière à l'échelle planétaire malgré toutes les différences culturelles, religieuses et économiques caractérisant les Etats du monde. D'autres internationalistes ont mis l'accent sur le « caractère humanitaire du droit international moderne » étroitement lié au développement du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire. Autrement dit, la *lex generalis* et la *lex specialis* sont étroitement liées dans le développement d'un droit international humaniste. Cette théorie postule que l'humanité est un facteur de développement du droit international contemporain (Sucharitkul, 1983, p. 423). L'humanisme dans le droit international est actuellement l'un des sujets les plus controversés en raison des conflits que connaît le monde ainsi que la vague barbare des extrémismes qui constitue une inquiétude de toute la communauté internationale. La question du système des Nations Unies est centrale lorsqu'on aborde la dimension humaine de la fonction sociale des Nations Unies. La réforme de cette dernière a suscité tant de débats passionnés est axée sur la forme et non sur le fond. Il semble indispensable de revenir au référentiel du système qui a pour objectif de protéger l'être humain lui assurant une vie digne. Le libéralisme en tant qu'idéologie dominante constitue une entrave à l'instauration d'un monde juste et équitable dans lequel tous les peuples jouissent des mêmes libertés économiques. Les éventualités d'une réforme systémique humaniste sont conditionnées par l'intégration dans le référentiel international d'une forme de syncrétisme ontologique capable de donner une vision d'ensemble sur les différentes aspirations de l'humanité. La dimension humaine est inexistante dans le référentiel onusien alors qu'elle est omniprésente dans les objectifs de son action. Cependant, l'unanimité de l'opinion internationale n'empêche pas la perpétration des crimes contre l'humanité en Syrie tout en lui refusant une assistance humanitaire qui est « un droit reconnu au nom de l'humanité » (Torelli, 1993, pp.175-176). L'humanité est en

danger face au terrorisme mais certains Etats ne réalisent pas l'ampleur de cette menace en opposant des véto successifs au Conseil de sécurité. La société civile internationale semble pouvoir combler le hiatus qui sépare les aspirations des peuples de l'action internationale des Etats et des organisations internationales. Comme cela a été rappelé par le préambule de la Charte des Nations Unies, tous les peuples désirent vivre dans une paix et un progrès social comme cela a été rappelé par le préambule de la Charte des Nations Unies. La conception proposée par Jean-Marc Sorel (2007) de l'humanité revêt un intérêt particulier en disant que « l'humanité fait référence à une dilution qui permet de ne pas en compter les membres. Tout le monde est concerné, même contre son gré » (pp. 141-142). Cela signifie que le risque de déshumanisation est systémique au regard de la situation internationale actuelle marquée par la prolifération du terrorisme fondamentaliste et des guerres ethno-religieuses. Néanmoins, les intérêts internationaux de certains Etats empêchent la consécration de ses différentes aspirations. Les organisations internationales humanitaires représentent un des visages de cet humanisme grandissant à l'intérieur de la société internationale. Nombreuses sont les Organisations internationales qui visent à préserver la dignité humaine et à promouvoir les valeurs de l'humanisme universel. Le Comité international de la Croix Rouge, Amnesty International, Human Rights Watch ou Médecins sans frontières sont très présentes aujourd'hui au sein de la vie internationale et leur influence ne cessent de croître. Une dimension centrale de l'action de ses ONG consiste dans leur préoccupation à la préservation et à la protection de l'humanité conformément aux dispositions du droit international public. Les initiatives humanistes publiques ou privés à l'échelle internationale convergent vers un seul objectif celui de la protection de l'humanité des dangers qui guettent son existence et sa survie. En définitive, il ressort de cette analyse qu'il existe deux courants doctrinaux humanistes, le premier est centré sur un humanisme individuel cherchant à placer la protection de l'individu au centre du droit international. Le second est plutôt axé sur un humanisme collectif reconnaissant une existence juridique à l'humanité au sein de l'ordre juridique international.

2. Les défis contemporains de l'humanisme en droit international

L'humanisme est confronté actuellement à de multiples crises sécuritaires qui aboutissent indéniablement à des crises humanitaires internationales. Cette configuration appelle à davantage de cohabitation entre les civilisations humaines qui composent notre monde.

a. La régulation des crises sécuritaires et humanitaires internationales

Généralement la mondialisation est perçue comme un danger pour les Droits de l'Homme. A cet effet, la mondialisation contribue au démantèlement des frontières que ce soit pour le commerce visible ou invisible et à l'instauration des barrières pour les êtres humains, particulièrement aujourd'hui devant les réfugiés et les demandeurs d'asile politique. La portée humaniste du droit international réside dans ces conventions et règles internationales qui ont pour objectif d'accorder le droit d'asile et de protéger les réfugiés à l'échelle internationale. Certains auteurs estiment que la mondialisation semble être un vecteur de diffusion des droits de l'Homme représentant ainsi un instrument de l'humanisme juridique à l'échelle planétaire, en luttant contre les violations des droits fondamentaux exercées par le marché mondialisé (Grosseries, 2013, p.53). Par ailleurs, le droit international fait face à une nouvelle vague de déshumanisation progressive à travers le phénomène d'impérialisme juridique qui cherche à uniformiser le droit sous l'impulsion de la globalisation normative. Le problème réside dans les intérêts du marché qui dictent certaines normes conduisant à détourner le droit international de sa mission principale à savoir la coexistence de la famille humaine. En raison de la pluralité des intervenants, loin de l'idée du pluralisme juridique contemporain, le droit international est dès sa création un droit pluriel. Cette multitude de volonté ne peut qu'engendrer un impact sur la nature même de ces règles souvent générales impersonnelles. Généralement, les traités internationaux englobent des aspects communs aux ordres juridiques des Etats membres de la communauté internationale. Ils essaient même de dépasser la barrière de l'identité culturelle juridique pour parvenir à l'identité humaine juridique. Ce passage est opéré par le droit international afin de réduire cette dissension existante entre les pays riches et les

pays pauvres. Quant à la mondialisation elle est un contre-courant visible cherchant à uniformiser les droits sans pour autant garantir la dimension humaine. Il est clair que l'opposition entre mondialisation et droit international est ressentie principalement dans le domaine économique en raison de la prolifération de normes privées marchandes. L'intérêt de la norme réside simplement pour les opérateurs économiques privés dans la maximisation de la richesse et dans la rentabilité financière. Les entreprises multinationales cherchent en effet à optimiser le droit international par la pratique du *treaty shopping* et le recours au *forum shopping*. Dans ce sillage elles développent une stratégie normative basée sur le *pick and choose* ainsi que le *dumping* normatif afin de profiter des avantages offerts par le droit international et dans le but de réduire les obligations internationales qui pèsent sur elles, perçues comme des charges pour ces entreprises. Concernant le droit international, toutes ces normes ont un objectif humain qui vise à l'épanouissement des êtres humains. La mondialisation est une contrainte pour les humains puisqu'elle leur impose une certaine conduite à l'échelle du monde. Cette dernière n'a parfois pas besoin du consentement des Etats pour pouvoir introduire certaines normes juridiques dans les droits nationaux de certains pays. Quant au droit international il reste baser sur la volonté des Etats et prend en considération l'essence humaine de la communauté internationale. La transnationalisation normative peut même être considérée de deux manières, d'une part, elle participe à l'humanisation progressive du droit international, d'autre part, elle n'est qu'un phénomène relatif de la mondialisation. La mondialisation a mis en avant l'être humain également en raison de la mondialisation de la culture des droits de l'homme. Céans, toute l'histoire de la mondialisation ne recèle pas évidemment que des aspects négatifs mais possède des éléments de progression pour l'humanité. John Rawls (1996, p. 129) quant à lui propose une conception du droit des gens qui bénéficient d'un consensus populaire mondial. Distinct du droit international positif, ce droit des peuples exprime un ensemble de principes de justice, entre autres, l'obligation de respecter les droits de l'Homme. La lecture proposée par Rawls de ces derniers demeure très restrictive et ne s'ouvre pas totalement à tous les droits fondamentaux de l'Homme néanmoins sa conception réhabilite l'être humain et possède une vision altermondialiste. Dans le cadre de l'action internationale menée par les ONG militent pour la promotion des droits de l'Homme. Une telle conception du droit des peuples existe dans le cadre de l'action internationale menée par les ONG militant pour la promotion des Droits de l'Homme. Cette dimension humaine de l'action internationale des ONG est efficace dans le sens où le contrôle exercé par ces derniers participe à une certaine humanisation des relations internationales. L'exemple le plus édifiant est celui de l'intervention des ONG dans le cadre de l'Examen périodique universel devant le Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies à Genève en présentant des rapports détaillés sur la situation des Droits de l'Homme dans plusieurs pays dans le monde. Par ailleurs, les droits de l'Homme apparaissent comme le dernier rempart contre le fanatisme et l'unique moyen en droit international pour la résilience. La prévention, l'anticipation des crises qui menacent l'humanité peuvent être contournées par le biais de la garantie de ces droits et particulièrement de ceux prévus par les deux pactes de 1966.

b. La cohabitation pacifique des civilisations humaines

Dans ses écrits, René Jean-Dupuy (1983) a toujours défendu l'idée selon laquelle le droit international était un produit interculturel chargé de réguler les différentes conduites culturelles des Etats (p.447). Autrement dit, l'une des missions contemporaines du droit international demeure la coexistence pacifique entre les différentes cultures qui composent la société interétatique. Il est certain que le droit international constitue aujourd'hui l'un des derniers canaux de dialogue entre les civilisations du monde. Les dernières conférences autour du climat COP 21 et COP 22 ont démontré l'existence d'une unanimité autour de la préservation de la planète accueillant la famille humaine. Le terrorisme, le fondamentalisme religieux, le populisme les discours de haines racistes sont autant de facteur qui font du droit international le dernier ressort afin de lutter contre le hiatus culturel et religieux voulant être érigé par ces derniers. Sur le plan doctrinal le débat n'a pas fini de diviser les internationalistes de tout bord. D'un point de vue, Martti Koskenniemi (2018), pense que, dans une société internationale hétéroclite, le droit international des Droits de l'Homme reste très difficile à réaliser en raison de la diversité politique, culturelle et sociologique des Etats membres de la société internationale (p.213). D'un autre point de vue, dans ses écrits, Paul Tavernier (2008), a souligné qu'actuellement

on ne peut que mettre en avant une universalité des Droits de l'Homme exclusive. Il précise d'ailleurs que, « [...] La thèse du dialogue des civilisations et des cultures laisse la possibilité d'entrevoir une universalité des Droits de l'Homme respectant les différences en mettant la lumière les éléments communs et les valeurs communes à toute l'humanité » (p. 419). Il est plus utile de chercher à découvrir un art de l'humanisme pouvant se confronter à l'art de la guerre largement omnipotent en droit international. Cet art serait essentiellement basé sur le multiculturalisme mondial qui constitue entre autres, un patrimoine mondial de l'humanité (Kennedy, 2000, p.59). En effet, une gouvernance internationale culturelle pourrait obtenir des résultats différents d'une gouvernance basée sur les disparités. A travers les traités internationaux et la jurisprudence, le droit international garantit le multiculturalisme. La mondialisation culturelle est l'un des visages du monde actuel ce qui permet une diffusion à travers le monde des cultures ancestrales. En effet, cette mondialisation culturelle est un atout majeur et l'un des visages de cet humanisme culturel qui devrait régner dans les relations internationales. La diffusion des cultures par le biais du droit international à travers l'UNESCO transforme ce dernier en un instrument de promotion humaniste culturelle à l'échelle interétatique. Telle que cette expression fut utilisée dans l'arrêt de la Barcelona Traction, les principes inhérents à la personne humaine, reflète l'éclectisme du droit international. L'humanisme est incarné ici par l'importance accordée à la préservation des droits élémentaires de l'être humain quel que soit son origine, sa religion et sa culture. La notion de « bien commun » développé également par Robert Kolb l'expliquant comme « un équilibre entre un bien individuel et un bien collectif » (Melkevic, 2006, p.77). Peut être une solution contemporaine à cette coexistence multiculturelle à l'échelle de la communauté internationale. L'humanité possède un bien commun ; celui du vivre ensemble dans une paix harmonieuse et un développement durable certain. L'individu et la collectivité, l'humain ou l'humanité poursuivent cet objectif idéaliste depuis la nuit des temps, cependant sa consécration est conditionnée par la diversité culturelle et les moyens de sa coexistence pacifique. Les droits de l'homme soumis à un principe universel de la tolérance semblent fournir une solution plausible pouvant remplacer l'universalisme prétendu des droits fondamentaux. Cette démarche nécessite l'ancrage normatif de ce triptyque à travers son intégration dans le corpus normatif international afin de lui donner une dimension universelle, réelle. Il est certain que le principe de la tolérance est l'un des piliers de l'humanisme moderne puisqu'il permettra, sans l'ombre d'un doute, de garder les canaux de dialogue ouverts entre les différentes nations. La déclaration de l'UNESCO reste une initiative importante pour promouvoir un principe juridique de la tolérance en droit international des droits de l'Homme. En effet, elle reprend même la Charte des Nations Unies de 1945 qui dans son préambule insiste sur l'exigence de pratiquer la tolérance par les Etats dans les relations internationales. D'ailleurs, le droit international peut être le régime de tolérance par excellence puisque la démocratie moderne éprouve des limites (Zarka, 2008, pp. 922-929). Il est clair que sans tolérance religieuse, culturelle et politique, la famille humaine est en proie à un risque de démembrement. C'est à cet effet qu'un principe juridique de la tolérance peut être imaginé de deux façons : un droit à la tolérance ou un droit de la tolérance. La première formule représente plus d'ouverture en raison de l'obligation sous-jacente d'accorder la tolérance à tout être humain. La seconde formule est plus évasive, sujette à différentes interprétations ce qu'il faudra éviter de toute manière. Les interprétations de ces droits iront souvent à l'encontre de l'ouverture et du progressisme en raison de l'inquiétante vague du nationalisme souverainiste aveugle traversant provisoirement le monde. Mutatis mutandis, les êtres humains sont capables de dialoguer pour un avenir meilleur et pour notre humanité, la production de richesses n'a jamais été aussi importante sur le plan mondial. Le problème qui reste à résoudre serait de savoir comment les partager ? Le droit à la tolérance ouvre une brèche à côté de la liberté puisque la liberté dispose d'un cadre juridique mais la tolérance reste très opaque dans l'esprit des gens. Cette dernière suppose des compromis et une cohabitation entre des êtres différents que tout opposent ce qui est le cas de la famille humaine. Cette famille marquée par une richesse culturelle très diverse et des idéaux politiques et économiques parfois équivoque (Habermas, 2014, p. 386). Plusieurs ONG ont déjà amorcé ce travail en outre, la Fondation Anna Lindh pour le dialogue des civilisations. Cette démarche concrétise le rôle qui peut être joué par les ONG dans le dialogue des civilisations et des cultures dans l'ouverture d'un débat autour des droits de l'homme et surtout sur la tolérance intellectuelle pour un mieux vivre ensemble sur le plan mondial. Cette initiative peut se poursuivre sous

l'égide des Nations Unies pour établir un cadre contraignant pour la tolérance plus large qui évitera les fanatismes religieux, politiques et culturels. Les discours sur la protection d'un mode de vie au détriment d'un autre, ne doivent se faire que dans le respect des valeurs du droit international des droits de l'homme y compris celui de la tolérance. Une société internationale tolérante et une société qui évitera indubitablement un choc des civilisations comme cela a été annoncé par Samuel Huntington (1997, p.402). D'autres penseurs estiment que le droit international consacre cette démarche humaniste à travers l'universalisme des droits de l'homme et l'exigence de la protection des minorités identitaires ce qui serait un élément d'humanisation supplémentaire (Melkevic, 2006, p.77). L'idée avancée par Habermas, du débat normatif interculturel est une nouvelle voie qui s'offre à l'humanisme en droit international. En effet, l'idée d'ériger un principe juridique de la tolérance au sein de l'ordre juridique international peut revêtir un intérêt fondamental pour la coexistence du multiculturalisme. Ce postulat d'un principe de la tolérance peut avoir pour fondement la volonté du vivre ensemble de l'humanité, le dialogue des civilisations et l'acculturation juridique des droits fondamentaux dans les différents systèmes juridiques malgré les divergences culturelles. A son tour, Bayle avait évoqué la notion de la « tolérance universelle » comme étant⁸ Il ressort de cette analyse que la majorité des internationalistes pensent que le droit international peut assurer une coexistence multiculturelle pacifique. Néanmoins, ils sont unanimes sur la nécessité de remettre à jour certains fondements du système international. L'exigence d'une modernité juridique internationale se profile au large particulièrement pour pouvoir garantir une existence équitable de toutes les civilisations de ce monde. La stigmatisation ou l'exclusion sont deux critères absents du droit international et la neutralité culturelle de ce dernier semble prendre le dessus sur le reste. A travers la déclaration de 1995 sur les principes de la tolérance, l'UNESCO conforte ce positionnement⁹. Ces principes semblent s'inscrire comme une consécration du préambule de la Charte des Nations Unies sur la pratique de la tolérance. Cette pratique semble avoir besoin d'un guide pratique ou d'un code de conduite s'ajoutant à cette Déclaration qui possède une valeur symbolique. Les Nations Unies ont su créer une harmonie entre le droit international et les cultures, religions et sociétés différentes qui composent la communauté internationale. Ce constat est consolidé par la ratification par une grande partie des Etats des instruments de protection des Droits de l'Homme conclu sous l'égide des Nations Unies malgré l'existence de plusieurs courants réfractaires idéologiquement et politiquement à cette vision humaniste. L'humanisme remet l'être humain au centre du système juridique international tout en cherchant à pacifier les relations transnationales dans un monde multiculturel. Emmanuel Jouannet (2013) avait démontré pour sa part, la fonction de régulation sociale inhérente au droit international par le biais des droits de l'homme (pp.80-95). Dès lors, dans une perspective téléologique, la fonction sociale du droit international se traduit comme un ordre normatif basé sur la sauvegarde des intérêts de la personne humaine. Cette lecture renvoie partiellement au degré de complexité de ce système normatif. Il s'agira de deux niveaux de régulation sociale, le premier dans le cadre des rapports interétatiques ; le second dans le cadre de la relation entre l'Etat et ses ressortissants. Cette dernière idée consacre l'uniformisation de la famille humaine à travers la diffusion des droits de l'Homme et la protection universelle à travers l'humanisation accrue des instruments internationaux. Nonobstant, l'imprévisibilité qui caractérise l'humain et la vie humaine comme cela a été rappelé par René-Jean Dupuy (1991, p. 261) qui disait que «Comme l'homme, l'humanité n'est pas un tout fait. Elle est en train de se faire. Ou de se défaire. Car l'homme est libre et imprévisible».

3. La fonction de l'humanisme en droit international

Cette lutte est représentée par deux formes importantes dans le cadre du système juridique international. La première est une lutte par le haut à savoir un rapport de force entre les conservateurs et les réformateurs afin de transformer les Nations Unies pour une meilleure gouvernance mondiale. La seconde est une lutte par le

⁸ *Ibidem*, p 29.

⁹ https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000151830_fre, consulté le 2 juillet 2020.

bas qui connaît l'intervention des sujets internes de droit international et particulièrement les ONG dans ce processus.

a. L'humanisme comme paradigme du système international

L'une des principales raisons de la mutation du système juridique international réside dans l'implémentation de l'humanisme dans cet environnement institutionnel et normatif globalisé. Certains internationalistes évoquent l'idée d'une interdépendance des économies et des politiques nationales accompagnées d'une déterritorialisation sociale, politique, économique et culturelle (Byrnes, Hayashi et Michaelsen, 2013, pp. 1-3). Les enjeux des sociétés contemporaines sont généralement débattus à l'Organisation des Nations Unies qui incarne l'idée d'une communauté internationale. Néanmoins, face aux multitudes de crises que connaît le monde, cette enceinte est régulièrement fustigée et critiquée ce qui rappelle la nécessité de réformer la structure dans son ensemble. L'anomie du système des Nations Unies n'est plus à prouver étant donné le nombre d'écrits consacrés au sujet de la réforme des Nations Unies (Chataignier, 2008. p.363; Vedrine, 2014 p. 192). L'objectif n'étant pas ici de relater des problématiques déjà abordées auparavant mais de mettre en relief le rapport entre la transformation d'un système interétatique par l'humaine et pour l'humain avec des points de vue divers et hétéroclites. L'intersubjectivité du système juridique international n'est plus à démontrer tout en rappelant que la rencontre entre le système onusien et la notion d'humanisme constitue à la fois une évidence et une aporie. En effet, ce système a été érigé en tant que symbole de protection de certaines valeurs humaines universelles par le biais de certaines règles de conduites, d'une part, et d'autres règles d'organisation, d'autre part. Cette construction avait pour fondement la sauvegarde d'une égale dignité dans le cadre de la Charte des Nations Unies, texte fondateur du système onusien. Paradoxalement, et à l'intérieur même de ce système certains Etats sont devenus « ennemis du genre humain » (Ternon, 2016, pp. 442-444) Par leur conduite unilatérale s'inscrivant dans une logique antésystème représentante une négation de la légitimité internationale des Nations Unies. Ce constat reflète la différenciation fonctionnelle existante entre la réalité de la société internationale et le mythe d'une communauté internationale. Entre la volonté des Etats lors de la création du système et son fonctionnement, cette dissension prouve les difficultés inhérentes à la réalisation d'un équilibre systémique entre les intérêts divergents des Etats fruit des visions humaines opposées. Ce faux semblant engendre une observation erronée de la réalité humaniste du système international. Il ne serait pas vain de dire que tous les humains quelles que soient leurs religions souhaitent vivre dans un monde de paix et pour se faire la voie représentée par le corpus normatif international paraît idoine. Les règles de conduite de la société internationale, représentées par ce corpus normatif, consacrent les droits fondamentaux de la personne humaine comme socle universel et patrimoine commun appartenant à l'ensemble des peuples de la terre. Les éléments sociologiques de la définition de l'Etat remettent en question cette idée d'universalisme ou de mondialisme en raison de la singularité des territoires, des populations et des gouvernements. En créant un espace interculturel juridique, le droit international est un mode de coordination entre les différents territoires juridiques. Cet espace est dédié aux échanges commerciaux, financiers, culturels et religieux entraînant l'émergence d'une culture juridique internationale susceptible de répondre aux attentes de toutes les populations par un réseau conventionnel très dense avec pour principal objectif l'épanouissement de l'être humain. Le développement d'un droit international humaniste avec pour objectif promouvoir et protéger les valeurs humaines fut une victoire pour l'idée d'humanisme au cœur même du système juridique international¹⁰. Ces règles n'étant pas partagées par tous les Etats principaux destinataires et ne se déclinent pas sous la même forme à travers les différents ordres juridiques des Etats. Cependant, les populations de ces Etats ne sont pas réfractaires à ces droits puisque lorsque les contestations différentielles sont avancées, il s'agit exclusivement d'arguments avancés par les plénipotentiaires des Etats et non par la société civile. Ce clivage entre société civile internationale et les Etats réticents est d'autant plus visible sur

10 Voir pour une approche plus critique l'article de Laurence Burgorgue-Larsen, « Le droit international des Droits de l'Homme existe-t-il ? *Revue de droits et libertés fondamentaux*, 2017, <http://www.revuedlf.com/droit-international/le-droit-international-des-droits-de-lhomme-existe-t-il/>, consulté le 2 juillet 2020.

la scène internationale, particulièrement au Conseil des Droits de l'Homme à l'occasion des Examens périodiques universels. L'opposabilité de ces droits aux Etats dépend de leur bon vouloir malgré l'existence de certaines exceptions représentées par les obligations erga omnes ou les normes de jus cogens et dont la portée normative reste à nuancer. Il est indispensable de revenir à l'idée selon laquelle l'humanisme est un concept sous-jacent au système international dans son ensemble institutionnalisé ou non. La révélation de cet humanisme relève de l'essence même du système ainsi que de ses finalités. La transcendance humaine du système international ne peut être niée ni dissociée de l'étude de ce système pour diverses raisons objectives et subjectives. En raison de l'impact néfaste des activités humaines sur l'environnement planétaire, l'intérêt du droit international pour l'anthropocène est grandissant (Crutzen, 2007, pp. 141-148) Cela démontre parfaitement, la place importante des « risques et menaces découlant des manifestations des changements climatiques et l'étude de leur propension à produire l'insécurité » dans le système juridique international (Alex, 2014). Hubert Védrine décrit ce phénomène comme étant le passage:

D'un humanisme réducteur à un humanisme réconcilié avec la nature et la Charte des droits du vivant que préconisait déjà Claude Lévi Strauss un des esprits majeurs du XXème siècle, injustement mal compris par certains à la fin de sa vie quand il affirmait le droit des sociétés, européennes et amazoniennes, à défendre leur identité menacée (Vedrine, 2017, pp. 105-107).

A cet effet, Bruno Latour rappelle que l'anthropocène représente une ère de conflits écologiques qui bouleversera complètement la vision de la guerre et de la paix (Latour, 2014, pp. 51-56). Dès lors, l'humanisme développé par la communauté internationale d'une manière directe ou indirecte, nécessite la prise en compte du multiculturalisme et la biodiversité caractérisant l'humanité. Ce multiculturalisme ne se limite pas alors à la culture, la religion ou la langue mais dépasse ses éléments vers l'environnement et le milieu naturel dans lequel ses civilisations humaines vivent. On peut penser à une forme de « bio-multiculturalisme » représentant une synthèse entre les différents milieux naturels et la diversité civilisationnelle humaine. Ces dernières années, le droit international a cherché à protéger et défendre cette approche basée sur la conciliation entre l'universalisme et le particularisme culturel et naturel. De prime abord, cela peut paraître comme une équation complexe à résoudre si l'on élude la dimension intersubjective du droit international. (Combacau, 1986, pp. 85-105). La complémentarité entre la nature et la culture est d'une évidence déconcertante dans le cadre de la promotion d'un humanisme durable à l'intérieur de la société internationale. Il est impossible de dissocier ces deux notions dans le cadre des négociations futures autour de l'avenir de la planète et de l'humanité. Le droit des générations futures tel qu'il est prescrit par le droit international incarne cette interdépendance normative entre deux conditions de subsistance de l'espèce humaine. La pacification tant défendue par le système juridique international ne peut être consacrée que par le biais de la défense formelle et substantielle de ces principes. Cette démarche s'inscrit en opposition à l'impérialisme culturel qui continue à être alimenté soit par le biais de l'unilatéralisme de certains Etats à l'instar des Etats-Unis ou par les multinationales à travers la mise en avant d'un certain mode de vie ne respectant pas le « bio-multiculturalisme ».

Les cultures sont les bases de la paix. Aucune culture, par définition, ne naît agressive ou pour combattre une autre. Et l'histoire nous a appris que quand une culture prend le pouvoir, elle essaie d'imposer son système de valeurs aux autres. C'est pourquoi il y a conflit. Mais si on respecte les règles élémentaires de la communication culturelle et de la diversité, je crois alors que les causes des conflits seront minimisées (Elmanjra, 2004, p. 80).

Par ailleurs, la globalisation culturelle devient un élément qui représente le multiculturalisme puisque l'imbrication culturelle entre le local et le global n'est plus à démontrer (Chaubet, 2013, pp. 98-101). Cette évidence constitue un élément supplémentaire pour la mise en avant d'un bio-multiculturalisme par le droit international avec pour objectif de remettre la cohabitation humaine au centre de la dynamique normative internationale. Le vivre-ensemble devient dès lors un moyen d'ouverture et de compréhension culturelle à opérer par le droit international avec pour fondement un humanisme porteur d'espoir à l'échelle planétaire.

b. L'humanisme au centre de la cinétique normative internationale

Le cheminement normatif du droit international est-il celui de l'humanisme ? Il s'agit d'une question ne pouvant avoir de réponse catégorique étant donné les incertitudes et les invariables qui caractérisent les rapports interétatiques. La complétude du droit international est impossible en l'état actuel de la société internationale, toutefois, les crises antérieures et postérieures consacrent subsidiairement l'humanisme comme issue probable à son évolution. Il faut aborder la question des rapports de forces dans l'élaboration des normes conventionnelles en outre, l'hégémonie de l'empreinte américaine en droit international. La résurgence de l'unilatéralisme américain depuis le début de la présidence de Donald Trump représente l'exemple le plus édifiant. La vision unilatérale américaine continue à mettre la pression sur les autres États membres des Nations Unies. Elle s'oppose à la vision du multilatéralisme de la France et des autres États de la communauté internationale et reflète la complexité de la situation internationale. Lors de la 72^{ème} assemblée générale des Nations Unies, le discours du président français le 20 septembre 2017 expliquait d'une manière claire ce clivage entre le multilatéralisme et l'unilatéralisme en droit international¹¹. Ce discours rappelle que l'enjeu actuel au sein du système juridique international réside dans le choix du processus normatif. Il peut s'agir soit d'un processus basé sur le multilatéralisme et la négociation collective soit d'un processus unilatéral trouvant son origine dans un individualisme stérile. Le désir d'agir unilatéralement pour imposer la vision des choses inhérente à chaque État renie la coopération qui s'inscrit dans le respect de l'égalité souveraine entre les États. Par cette approche, l'humanisme est méconnu cherchant à revenir à un état de nature ayant longtemps marqué les relations internationales à travers des conflits dévastateurs. Ce discours souligne également la phase d'incertitude et les difficultés que vit le multilatéralisme actuellement face à la résurgence de l'unilatéralisme américain. Les premières manifestations de cette aire de l'unilatéralisme américain sous la présidence de Donald Trump est son retrait de la Convention-cadre sur les changements climatiques conclue à Paris le 15 décembre 2015 par l'ancien président Barack Obama. Cet accord représente la démarche humaniste par excellence de ces dernières années en droit international. Cette action unilatérale consacre clairement cette philosophie unilatérale de la politique juridique extérieure américaine (Bourdoncle, 2017, pp. 882-884). Il est évident que par cet acte unilatéral l'administration américaine cherche à imposer une nouvelle dynamique dans le système juridique international. À l'échelle du droit international, le recours aux actes unilatéraux est le fruit d'une philosophie négationniste du multilatéralisme. Le processus normatif devient unilatéral et non multilatéral ce qui fut une constante de la communauté internationale ces dernières années. Cette mutation de l'ordre juridique international se consolide davantage avec les dernières mesures prises unilatéralement par la diplomatie américaine dans le domaine commercial international par la hausse des droits douane à l'égard de la Chine. À cet effet, la Chine a saisi l'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Quant aux États-Unis, ils exigent une réforme urgente du système de

11 Extrait du Discours du président de la République française devant la 72^{ème} assemblée générale des Nations Unies du 20 septembre 2017. Consulté le 02/07/2020. <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/09/20/discours-d-emmanuel-macron-devant-la-72e-assemblee-generale-des-nations-unies> : « Le multilatéralisme peine à faire face aux défis de la prolifération nucléaire, il ne parvient pas à conjurer des menaces que nous pensions à jamais résolues et qui sont réapparues brutalement dans notre présent. Ainsi Pyongyang a franchi en le revendiquant un seuil majeur dans l'escalade militaire. La menace nous concerne tous immédiatement, existentiellement, collectivement. À ce jour, la Corée du nord n'a donné aucun signe d'une volonté de négocier, ses dirigeants s'enferment dans une surenchère acharnée, notre responsabilité avec tous nos partenaires dont la Chine et la Russie est de ramener par la fermeté à la table des négociations d'un règlement politique de la crise. La France refusera toute escalade et ne fermera aucune porte au dialogue, si les conditions sont réunies pour que ce dialogue soit utile à la paix. C'est ce même objectif qui me conduit à défendre l'accord nucléaire avec l'Iran. Notre engagement sur la non-prolifération nucléaire a permis d'obtenir, le 14 juillet 2015, un accord solide, robuste et vérifiable, qui permet de garantir que l'Iran ne se dotera pas de l'arme nucléaire. Le dénoncer aujourd'hui, sans rien proposer d'autre, serait une lourde erreur. Ne pas le respecter serait irresponsable. Parce que c'est un accord utile, essentiel à la paix, à l'heure où le risque d'une spirale infernale ne saurait être exclu. C'est ce que j'ai dit hier aux États-Unis et à l'Iran.[...] Le multilatéralisme survivra-t-il à la période de doutes et de dangers que nous connaissons ? En vérité, il faudrait que nous nous souvenions de l'état du monde, voici soixante-dix ans, brisé par la guerre, stupéfait par les génocides. Il faudrait que nous retrouvions aujourd'hui l'optimisme, l'ambition, le courage que nous avons opposés à ces raisons de douter, que nous retrouvions foi en ce qui nous unit. C'est-à-dire que nous retrouvions confiance en ces valeurs fondatrices de l'ONU qui sont universelles et qui protègent les individus partout sur la planète et garantissent leur dignité ».

l'OMC qui est défavorable aux américains. Cette configuration prouve bien le poids des américains à l'échelle du droit des échanges internationaux qui constitue la branche la plus dynamique du droit international. Les Etats-Unis ayant toujours eu une posture distante à l'égard des instruments conventionnels multilatéraux semblent établir une nouvelle stratégie normative dans ce domaine. Ce fut le cas lors de la dénonciation de l'accord de libre-échange dans le cadre de l'ALENA avec le Canada et la conclusion d'un nouvel accord bilatéral avec le Mexique en 2018. Cette approche dénote l'américanisation de la pratique conventionnelle en matière de commerce international. Sans oublier, l'absence de mention au commerce équitable, à l'environnement et au développement durable dans ces accords. Cette posture antihumaniste prouve le revirement que connaît l'ordre économique international sous l'influence de la politique conventionnelle américaine. Cette attitude conduit à la méconnaissance du principe de l'égalité souveraine des Etats et à la tolérance à l'égard des autres Etats de la communauté internationale. Ces principes prévus par la Charte des Nations Unies représentent un humanisme normatif sous-jacent en faveur d'une paix mondiale. Néanmoins, les Etats continuent à ignorer ce paradigme en tentant d'adapter le droit international aux besoins de la politique étrangère américaine ce qui n'a rien de récent. Le droit international économique fut toujours marqué idéologiquement par la présence du capitalisme américain qui n'a jamais cessé de l'influencer voire de l'orienter. Il suffit d'observer de près les institutions spécialisées des Nations Unies et particulièrement le FMI et la Banque Mondiale constituant une forme de décentralisation du pouvoir américain. En effet, les grandes orientations économiques sont d'inspiration américaine et de ce fait détermine la production normative internationale dans le domaine de l'économie et des investissements. L'ordre juridique international représente un atout et une contrainte pour la diplomatie américaine. C'éans, l'influence juridique américaine sur le droit international reste importante tant sur le plan de la production normative, que sur le plan de la réalisation normative de ce dernier. Toutefois, l'influence exercée par le droit international sur l'ordre juridique américain, en raison de la mondialisation inclusive, devient conséquente. A plusieurs reprises, la protection universelle des Droits de l'Homme a contraint les américains à adopter une position similaire à celle de la Communauté internationale. On peut citer à titre d'exemple, le problème des réfugiés ou les problèmes relatifs à la ségrégation sociale. Néanmoins, et face aux nouvelles tendances du droit international, y compris celle de sa pénalisation, les Etats-Unis refuse toujours de ratifier le statut de Rome. Ce statut vise à protéger l'humain des bassesses humaines caractérisées par les différentes formes de violences à l'égard de l'intégrité physique et morale. La sanction constitue toujours une entrave à la réalisation effective d'un humanisme par le droit international. Cette contrainte constitue l'unique garantie pour la stabilisation des rapports sociaux dans le cadre des relations internationales. Le fait de placer l'humain au centre du processus normatif international ne date pas d'hier, ce qu'il faut recasser sans ménagement. Autrement dit, afin de pouvoir garantir les valeurs humaines dans un cadre multiculturel, l'humain devrait se positionner au centre du système des Nations Unies. L'émergence d'une société civile mondiale permettrait d'entrevoir une lueur d'espoir alors que le monde continue de connaître des désastres humains. La place accordée à la société civile internationale dans le processus normatif est quasi-inexistante hormis l'exemple très réduit du Conseil des Nations Unies pour les Droits de l'Homme à travers l'examen périodique universel. Il ne s'agit pas ici de défendre l'idée d'un parlement mondial mais plutôt de créer un lien entre les besoins des peuples qui compose les Etats membres des Nations Unies et les normes produites par cette organisation internationale universelle. La corrélation entre le bien-être social local et le bien-être social international par le biais d'une consultation régulière des attentes des populations de notre monde renvoie à l'idée d'un humanisme basé sur le respect de la volonté des peuples. Dans le système westphalien, les Etats avaient pour habitude de mettre en avant leurs intérêts sans pour autant se soucier des doléances de leurs ressortissants. La combinaison entre les différentes aspirations humaines pourra humaniser le processus normatif. A l'exception de certains accords comme celui de Paris en 2015, la déshumanisation du processus normatif pose un problème de rationalité et de bon sens. En harmonisant les ordres juridiques internes des Etats et en favorisant un vivre-ensemble au-delà des frontières culturelles, linguistiques, idéologiques ou religieuses, le droit international contribue à la construction d'un humanisme juridique international. Dès lors, la prise en compte des opinions populaires constitue un élément à l'édifice particulièrement à travers le principe d'auto-détermination dans une approche lato sensu. En tant

que norme impérative cette auto-détermination obligerait la communauté internationale à respecter la volonté des peuples à choisir leur destin. Ce choix ne se cantonne pas à un Etat déterminé mais outrepassé ce cas de figure puisque l'auto-détermination représente le choix appartenant aux peuples de choisir le modèle dans lequel ils souhaiteraient vivre à l'échelle internationale. Cette auto-détermination n'a jamais été directement exercée mais seulement indirectement par le biais des Etats-nations. D'un côté, l'Etat ne peut répondre à toutes aspirations d'une population sur le plan national ou international. D'un autre côté, l'Etat ne présente que rarement les traités ou les conventions internationales pour référendum à l'exception du cas du traité de 2005 dans le cadre de l'Union européenne. Cette crainte d'associer la société civile par voie de consultation dans le cadre de la politique conventionnelle des Etats empêche d'instaurer un humanisme normatif intrinsèque au droit international. La finalité des traités c'est l'instauration de droits et d'obligations à l'égard des humains et de ce fait les humains ont le droit d'avoir un droit de regard sur ces normes avant leur mise en œuvre. Il ne s'agit pas ici de faire un parallèle avec le modèle défendu par Jürgen Habermas mais de mettre en avant le patrimoine commun qui lie tous les peuples de ce monde. Le syncrétisme qui caractérise le système international possède des principes juridiques constituant un socle commun pour un humanisme transcendant l'ordre juridique international. Il suffit de mettre en avant des principes tels que, le droit à la vie, la justice sociale, la répartition juste et équitable des richesses et la liberté. Personne sur terre ne peut remettre en question cette filiation entre les humains, les Etats et le système des Nations Unies. La question sans réponse en droit international est celle de découvrir comment parvenir à réaliser les aspirations des différents peuples sans pour autant les mettre en concurrence ou en conflit et en négligeant les intérêts propres à chaque Etat. Une forme de solipsisme normatif international, se déclinant par la reconnaissance de la société civile en tant qu'institution internationale indispensable dans le cadre du processus normatif international constitue la première pierre de l'édifice. Cependant, cette idée rencontre des limites juridiques intrinsèques à la diversité juridique caractérisant les sources du droit international. A cet égard, Prosper Weil expliquait que « le concept même de principes généraux de droit repose sur le postulat humaniste de l'existence d'une espèce de patrimoine juridique commun l'ensemble des droits nationaux. On retrouve ici les douces illusions de l'œcuménisme juridique et les dures réalités du multiculturalisme juridique, à moins de s'en tenir à un niveau très élevé d'abstraction et de généralisation, il y a plus de différences que de ressemblances entre les grands systèmes juridiques du monde »(Weil,1992, p. 146-147). La seconde pierre de l'édifice résiderait dans l'ouverture de la Cour internationale de justice aux renvois préjudiciels. On ne peut pas édifier une communauté internationale de droit sans la garantie de ces droits. Le recours préjudiciel individuel semble être un bon moyen au service de la justiciabilité des droits afin d'humaniser davantage la juridiction internationale. Ce constat est basé sur la juridictionnalisation du droit international durant ces dernières années ce qui peut ouvrir la voie à d'autres horizons.

4. Conclusion

Une étude de l'humanisme au prisme du droit international révèle une relation spéculative entre ces deux notions. Parfois, les deux idées se confondent mais le plus souvent elles sont distendues par les intérêts divergents des Etats de la société internationale. L'existence d'un humanisme au sein de l'ordre juridique international est purement alternative en raison des changements de circonstances dans les relations internationales. Le concept de puissance qui caractérise les rapports interétatiques constitue un obstacle majeur pour la mise en avant de cet humanisme. Cependant, la place centrale de l'humain dans les relations interétatiques continue à influencer les enjeux contemporains de la société internationale et de facto les normes juridiques internationales. Mutatis mutandis, le corpus normatif international est traversé par un ensemble de règles à caractère humaniste malgré les violations régulières de ces dernières par quelques Etats. L'existentialisme trouvera-t-il son chemin au sein de la dynamique normative internationale ? Cette interrogation constitue un horizon pour l'inflexion de la réflexion juridique notamment sur un sujet évolutif avec un impact direct sur la condition humaine au sein du système juridique international. Le concept d'humanisme est aléatoire en droit international, toutefois il continue de constituer un pilier fondateur du droit international des droits de l'Homme

et du droit international humanitaire. La prolifération des conflits armés érige l'humanisme comme un rempart contre la déshumanisation de la société internationale. Autrement dit, les relations intersociales des Etats sont consolidées par un référentiel humaniste qui détermine l'action internationale de chacun. Dès lors, c'est une nouvelle lutte qui surgit entre les Etats en constituant un clivage entre ces derniers. Ceux qui défendent le respect du droit international et ceux qui estiment que l'action unilatérale prend le dessus sur le reste. Cette confrontation démontre le caractère humaniste du multilatéralisme et le caractère antihumaniste de l'unilatéralisme. Dès lors, la politique conventionnelle américaine apparaît comme une menace pour le droit international contemporain dans vision humaniste. Cette tentative d'américanisation des pratiques conventionnelles actuelles tend à la substitution des traités par les actes unilatéraux. La cinétique normative devient de ce fait déséquilibrer par le remplacement factuel de l'intérêt de tous les peuples par l'intérêt d'un seul peuple en remettant en question la coopération et la solidarité internationale. Ces deux notions qui représentent les confins de l'humanisme au sein de l'ordre juridique international. Les opinions publiques et les sociétés civiles internes ne bénéficient pas jusqu'à présent d'un statut juridique international susceptible de leur permettre une plus grande marge de manœuvre à l'échelle de l'ordre juridique international. La reconnaissance internationale d'un statut juridique propre aux organisations non gouvernementales pourrait offrir un moyen supplémentaire pour humaniser davantage les relations internationales. Le renforcement de la société civile internationale donnerait un sens plus humain au droit international qui reste exclusivement interétatique. Cela permettra de rapprocher les peuples qui composent le monde que nous partageons et ouvrir un canal de dialogue interculturel susceptible de consolider les liens afin d'asseoir le multiculturalisme comme un référentiel humaniste au sein du droit international. En définitive, une intégration plus avancée de la société civile dans la prise de décision constituera une revivification pour le droit international humaniste.

5. Références bibliographique

- Alex, B. (2014). Préserver la sécurité à l'Anthropocène. *Vraiment durable*, n°5/6, 178-179.
- Anzilotti, D. (2012). *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*. Dalloz.
- Anzilotti, D. (2013). Le concept moderne de l'Etat et le droit international. *Droits*, n° 58, 197-214.
- Apostolodis, C. (1997). La protection juridique de l'humanité. En Charalamnos Apostolodis. , Gérard Fritz & Jean-Claude Fritz, *Dans L'humanité face à la mondialisation droits des peuples et environnement*. L'Harmattan.
- Bioy, X. (2003). *Le concept de personne humaine en droit public Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*. Dalloz.
- Bourdoncle, E. (2017). Retrait des Etats-Unis de la Convention-cadre sur les changements climatiques, conséquences politiques et juridiques. *Revue générale de droit international public*, n°3, 882-884.
- Byrnes, A. Hayashi, M. et Michaelsen, C. (2013). *International law in the new age of globalization*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Caeymaex, F. (2019). Sartre et Althusser. *Retour critique sur l'anti-humanisme*. *Les temps modernes*, n° 658-659, 143-158.
- Carreau, D. (2014). *Droit international*. Pedone.
- Champeil-Desplats, V. (2016). Kelsen et Bobbio deux regards positivistes sur les droits de l'Homme. *Revue Droit et philosophie*, vol.8, pp. 179-191.
- Chataignier, J-M. (2008). Réformer l'ONU : mission impossible ? *Revue française d'administration publique*, n° 126, 359-372

- Chaubet, F. (2013). *La mondialisation culturelle*. PUF. Que-Sais-je ?
- Chemilier-Gendreau, M. (1995). *Humanités et souverainetés essai sur les fonctions du droit international*. Editions La découverte.
- Combacau, J. (1986). Le droit international : Bric-à-brac ou système? *Archives de philosophie du droit*, Tome 31, 85-105.
- Crutzen,P-J. (2007). La géologie de l'humanité : l'Anthropocène. *Ecologie et politique*, n°34, 141-148.
- De Frouville, O. (2013). Perspectives du droit cosmopolitique sur la responsabilité de protéger. *Droits*, n° 57, 95-118.
- Delmas-Marty, M. (2012). Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit. Cours sens et non-sens de l'humanisme juridique. *Annuaire du Collège de France 2010-2011*, 739-758. Disponible sur: <https://journals.openedition.org/annuaire-cdf/1607> [Consulté le 2 juillet 2020]
- Duput, R-J. (1999). *L'émergence de l'humanité*. Dans *La dialectique du Droit international*, Editions A. Pedone.
- Dupuy, R.-J. (1983). *Conclusion du colloque, L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*. Editions Publisher Nijhoff.
- Dupuy, R-J. (1999). *Dialectiques du Droit international*. Pedone.
- Dupuy, R-J. (1999). *L'émergence de l'humanité*. Dans *La dialectique du Droit international*, Editions A. Pedone.
- Elmanjra, M. (2004). *L'humiliation à l'ère du méga-impérialisme*. Editions Maisonneuve et Laros.
- Ernon, Y. (2016). *Genèse du droit international*. Editions Karthala.
- Grosseries, P. (2013). *L'humanisme juridique, Droits national, international et européen*, Editions Larcier.
- Habermas, J. (2014). *L'intégration républicaine*. Editions Fayard.
- Huntington, S. (1997). *Le choc des civilisations*. Edition Odile Jacob.
- Jouannet, E. (1998). *Emer de Vattel et l'Emergence doctrinale du droit international classique*. Pedone.
- Kant, E. (1784). *Idée d'une histoire universelle*.
- Kennedy, D. (2000). *Les clichés revisités, le droit international et la politique*. *Droit international*, Pedone.
- Kolb, R. (2013). *Théorie du droit international*. Editions Bruylant.
- Kosenniemi, M. (2008). *Les droits de l'homme, la politique et l'amour*. Dans *La politique du droit international*. Editions Pedone.
- Latour, B. (2014). War and peace in age of ecological conflictts. *Revue juridique de l'environnement*, Volume 39, 51-63.
- Le petit Robert (2000). Humanisme dans le Dictionnaire, p.1108.
- Martens, P. (2007). Les droits de l'humanité l'emportent-ils sur les droits de l'homme ? Dans Y. Cartuyvels, H. Dumont, F.Ost, M. Van de Kerchove & S. Van Drooghenbroeck (Dirs.), *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?* (pp .604-607). Bruylant.
- Melkevic, B. (2006). *Tolérance et modernité juridique*. Presses de l'Université de Laval, Collec Diké.
- Rawls, J. (1996). *Le droit des gens*. Editions ellipses.

- Reuter, P. (1995). *Le développement de l'ordre juridique international*. Economica.
- Rousseau, C. (1984). *Droit international public*. Précis Dalloz.
- Scelle, G. (1984). *Précis de Droit des gens*. Editions du CNRS.
- Sorel, J-M. (2007). De l'objet au sujet universel en droit international : la quête de l'impossible ? Dans Geneviève Koubi & Olivier Jouanjan. *Sujets et objets universels en Droit* (pp. 141-142). Presses universitaires de Strasbourg.
- Sucharitkul, S. (1983). L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain. Dans Dupuy, R (dirs), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Sudre, F. (2017). *Droit international et européen des droits de l'Homme*, PUF.
- Tavernier, P. (2008). *Réussite ou échec 40 ans après l'adoption des pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme*. Dans *Droit international et diversité des cultures juridiques*. Editions Pedone.
- Teitl, R. (2011). *Humanity's law*. Oxford University Press.
- Torelli, M. (1993). La dimension humanitaire de la sécurité internationale. Dans Dupuy, R-J. (Dir.). *Le développement du rôle du Conseil de sécurité* (pp.175-176). Martinus Nijhoff Publishers.
- Vedrine, F. (2014). Réflexions sur la réforme de l'ONU. *Revue pouvoirs*, n° 106, 125-142.
- Vedrine, H. (2017). *Le monde au défi*. Editions pluriel.
- Villary, M. (1997). *Le Droit international en devenir*. PUF.
- Weil, P. (1992). Le droit international en quête de son identité. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 237, 146-147.
- Zarka, Y-C. (2008). Tolérance. *Dictionnaire des Droits de l'homme*. PUF.

El Derecho internacional ante la creación y difusión de noticias falsas: problemática, desafíos y régimen jurídico

International Law and the creation of fake news:
problems, challenges and legal framework

Fernando Víctor Morales Martín  Universidad de Granada, España | fvmm@icam.es

Recibido: 16/7/2020

Aceptado: 9/12/2020

Resumen Dentro de las muchas manifestaciones de las “amenazas híbridas” en las relaciones internacionales, una de las que más problemas presentan a la hora de ser abordada por el derecho internacional es la creación y difusión de noticias falsas contra los Estados. El objeto del presente artículo es estudiar cuáles son los diferentes instrumentos jurídicos que se podrían aplicar a ejemplos particulares. En esencia, se trata del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados y la Convención internacional sobre el uso de la radiodifusión en la causa de la paz de 1936. También se comprobará las dificultades, en aplicación de estas normas, que tiene el poder calificar este fenómeno como un eventual hecho ilícito internacional, así como la casi imposible atribución de estos comportamientos a los propios Estados.

Palabras clave: amenazas híbridas, noticias falsas, principio de no injerencia, prohibición uso de la fuerza

Abstract Among the many manifestations of "hybrid threats" in international relations, one of the most difficult to be faced by international law is the creation and dissemination of fake news against States. The purpose of this article is to study which the different legal instruments are that could be applied to specific examples. In essence, this has to do with the principle of non-intervention in the internal affairs of States and the 1936 International Convention on the Use of Broadcasting in the Cause of Peace. This article will also check the difficulties that the application of these norms brings about, which have the power to classify this phenomenon as a possible international wrongful act, as well as the almost impossible attribution of these behaviors to the States themselves.

Key words: hybrid threats, fake news, principle of non-intervention, prohibition use of force

Cómo citar este artículo: Morales Martín, F. V. (2020). El Derecho internacional ante la creación y difusión de noticias falsas: problemática, desafíos y régimen jurídico. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 69 - 80.
<https://doi.org/10.24215/2618303Xe003>

1. Introducción

El adjetivo de “híbrido”, aplicado tanto a los conceptos de guerra y de amenaza, que cuentan con una definición más pacífica en el campo del Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, ha cobrado importancia desde hace algo más de una década. Concretamente, en el año 2006 se definió a la estrategia de Hezbollah, en el marco de la guerra Palestino-Israelí, como de “amenaza híbrida”, ya que compartía elementos de naturaleza “regular” (drones, artillería, antimisiles), con otros elementos que le beneficiaban precisamente porque no se ajustaban a esas tácticas militares que hasta ahora se venían ejerciendo en la guerra tradicional como apoyo popular, propaganda, tácticas elusivas, etc. (Tenenbaum, 2015, p. 111). Desde entonces se han dado muchas definiciones por parte de organismos oficiales y de la doctrina; definiciones que, sin embargo, han sido mezcladas con otra serie de conceptos del discurso de la seguridad internacional y que poco tienen que ver unas con otras.

En efecto, diversas organizaciones han venido ofreciendo definiciones sobre las “amenazas híbridas” que, lejos de acotar la idea del fenómeno, lo han ido desdibujando (al menos en términos jurídicos), sirviendo la noción de “amenaza híbrida” casi en un cajón de sastre donde caben todas aquellas acciones que de algún modo u otro amenazan la seguridad internacional y no pueden ser catalogadas fácilmente de acuerdo con los parámetros tradicionales. De esta forma, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) ha definido ese concepto como “...la integración de medios convencionales y no-convencionales, medidas militares abiertas y encubiertas, paramilitares y civiles por parte de actores estatales y no-estatales para lograr sus objetivos”¹; mientras que en el seno de la UE se ha enumerado una serie de posibles características que debería contener toda acción para ser definida como híbrida:

Las amenazas híbridas combinan actividades militares y no-militares convencionales y no-convencionales que pueden ser utilizadas de manera coordinada por actores estatales y no-estatales para lograr sus objetivos políticos. Las campañas híbridas son multidimensionales, combinando medidas coercitivas y subversivas, utilizando herramientas y tácticas tanto convencionales como no convencionales. Han sido diseñadas para ser difíciles de detectar y atribuir. Estas amenazas apuntan a vulnerabilidades críticas y pretenden generar confusión para dificultar la toma de decisiones rápida y efectiva. Las amenazas híbridas pueden abarcar desde ataques cibernéticos a sistemas de información críticos, pasando por la interrupción de servicios críticos como el suministro energético o servicios financieros, hasta el debilitamiento de la confianza pública en las instituciones gubernamentales o la profundización de las divisiones sociales. Como la atribución es difícil, estos desafíos requieren medidas específicas y coordinadas para contrarrestarlos².

Por su parte, el Consejo de Europa ha entendido que cuando no existe una confrontación armada (encubierta o no) se hable de amenaza híbrida, de acuerdo con los límites legales de las medidas de protección de la seguridad nacional de cada Estado. De esta forma, las amenazas híbridas pueden revestirse de una serie de características definitorias: actos terroristas, acciones contra la ciberseguridad de los Estados o sus organizaciones, grupos delictivos armados, disputas marítimas, restricciones al uso del espacio, actos económicos hostiles y operaciones militares encubiertas³.

De esta forma, y tomando en consideración todos los elementos comunes, se pueden definir las “amenazas híbridas” como aquellos enfrentamientos, encubiertos o no, donde al menos una de las partes hace uso de una combinación de operaciones convencionales y guerra irregular, con elementos de terrorismo y crimen organizado (Calvo Albero, 2009, p. 7). Quizás lo más interesante desde el punto de vista jurídico de este tipo de

1 Declaración final de la Cumbre de Varsovia (9 de julio de 2016), § 72.

2 Comisión Europea (2018), *A Europe that protects: Countering Hybrid Threats*. UE, p. 1.

3 “Legal challenges related to the hybrid war and human rights obligations”, Doc. 14.523, 6 de abril de 2018, Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos.

amenazas es su capacidad para moverse en el límite de la detección y atribución de tales acciones, teniendo todas estas acciones como objetivo final influir en los diferentes mecanismos de toma de decisiones de la víctima (Estado u organización), socavando su integridad institucional en sentido amplio y favoreciendo de esta forma los objetivos geoestratégicos del atacante (Galán, 2018). Ante el fenómeno de las amenazas híbridas se encuentra una zona gris y de gran complejidad jurídica y con muchas lagunas legales y por las características propias de este ordenamiento jurídico, el internacional, y por el proceso de formación de sus normas⁴, se antoja complicado que a corto plazo los sujetos internacionales que se benefician de este sistema normativo y su configuración para emprender acciones catalogadas como “amenazas híbridas”, tengan los suficientes incentivos para crear esas normas necesarias para enfrentarse a dichas amenazas a la seguridad internacional.

Casi toda la literatura coincide en que los ataques, enmarcados en las amenazas híbridas, que los Estados están sufriendo desde hace unas décadas pueden ser tratados a partir del principio de prohibición del uso de la fuerza y desde el principio de prohibición de intervención en los asuntos internos de los Estados (Buchan, 2012, pp. 221-227).

En este trabajo se estudiará cuáles son los problemas jurídicos con los que se topan los Estados a la hora de calificar jurídicamente y de articular una defensa frente a un ejemplo de estas “amenazas híbridas”, como es la difusión de noticias falsas por parte de los Estados.

2. Establecimiento de la responsabilidad del Estado en Derecho internacional

Respecto a la responsabilidad de los Estados en el derecho internacional, se tiene que tener presente que estamos ante una institución jurídica de carácter consuetudinario. Precisamente por este carácter consuetudinario, la jurisprudencia y la doctrina cobran, como indica el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, una particular importancia para su conocimiento y las que tradicionalmente han cristalizado estas normas. Aun así, existe un proyecto de codificación de estas normas, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado (en adelante, Proyecto), elaborado por la CDI⁵, que si bien no tiene carácter jurídico por sí mismo, sí es cierto que recoge estas normas consuetudinarias que han venido observándose por la práctica de los Estados como así lo ha reconocido la jurisprudencia internacional en numerosas ocasiones.

La responsabilidad internacional se consagra a partir de la Sentencia de la CPJI, en el *asunto Fábrica de Chorzów*, cuando el tribunal afirma que:

Es un principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso implica la obligación de repararlo en forma adecuada. La reparación, por lo tanto, es el complemento indispensable de la falta de aplicación de una convención y no es necesario que esto se establezca en la propia convención⁶.

En concreto, la responsabilidad internacional requiere la concurrencia de dos elementos para que se pueda determinar que un Estado ha cometido un hecho ilícito internacional: la violación efectiva de una obligación internacional en vigor para él (independientemente de su fuente convencional, consuetudinaria o mediante

4 Esencialmente el convencional y el consuetudinario y en ambos casos se requiere el consentimiento del Estado.

5 Capítulo IV del informe de la CDI sobre la labor realizada en su 53° período de sesiones, que contiene el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos, añadido como Anexo a la Resolución 56/83 de la AGNU de 28 de enero de 2002.

6 TPJI, Asunto *Fábrica de Chorzów*, Sentencia de 13 de septiembre de 1928, Series A, n° 17, p. 27.

actos del propio Estado⁷) y un comportamiento concreto imputable o atribuible al Estado. Esta doble exigencia está claramente demostrada por la práctica y la jurisprudencia internacionales. Así pues, la Sentencia del TIJ, en el *asunto sobre el personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, se tenía que determinar, como paso previo a concluir si la ocupación de los locales diplomáticos y consulares suponían una violación del derecho internacional, que:

Estos hechos deben ser examinados por el Tribunal de Justicia desde dos puntos de vista. En primer lugar, debe determinar hasta qué punto, legalmente, los actos en cuestión pueden considerarse imputables al Estado iraní. En segundo lugar, debe considerar su compatibilidad o incompatibilidad con las obligaciones de Irán en virtud de los tratados vigentes o de cualquier otra norma de derecho internacional que sea de aplicación⁸.

Por otra parte, esta norma también se recogió y clarificó en el Proyecto. Concretamente en su art. 2 señala que: "Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado". Por tanto, a efectos del Derecho internacional, un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito cuando, mediante una acción o una omisión, contradice lo que se exige de él según una norma de derecho internacional, o bien permanece inactivo cuando una norma de derecho internacional le obliga a tomar una determinada conducta, siempre y cuando que la obligación que se invoca y que haya sido violada esté en vigor para ese Estado. El art. 13 del Proyecto de Artículos habla concretamente de una norma que vincule al Estado "en el momento en que se produce el hecho". Este principio recogía lo que ya se venía aplicando por la práctica y la jurisprudencia, especialmente en la sentencia arbitral del *Asunto isla de Palma* de 1928⁹, donde se exponía que:

Asimismo, ambas Partes convienen en que un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz de la ley contemporánea a él, y no de la ley vigente en el momento en que surja o vaya a resolverse una controversia al respecto.

La segunda de las consideraciones que hay que tener en cuenta sobre el hecho ilícito internacional, una vez analizada la cuestión material u objetiva, es el elemento subjetivo o de atribución o imputación de dicho hecho al Estado. En efecto, para que exista responsabilidad internacional primero hay que comprobar que el comportamiento sea atribuible al Estado según las reglas del derecho internacional. Para imputar un comportamiento ilícito al Estado hay que determinar si las personas que efectivamente cometieron tal ilicitud pueden ser consideradas parte del Estado en tanto y cuanto actuaban en su nombre, independientemente se trate de órganos que realicen funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra naturaleza, siempre que goce de la categoría de órgano del Estado según su derecho interno. Así lo declaró el TPJI en el *asunto de Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*:

Desde el punto de vista del Derecho Internacional y de la Corte que es su órgano, las leyes internas son meros hechos que expresan la voluntad y constituyen la actividad de los Estados, al igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas¹⁰.

Esto no significa que se le pueda atribuir a un Estado todos los comportamientos ilícitos cometidos por los nacionales de dicho Estado; el derecho internacional reconoce esa autonomía de las personas y limita la

7 Así lo ha declarado la jurisprudencia, por ejemplo en el *asunto sobre la plataforma continental del Mar del Norte*, cuando señala que: "whereas this cannot be so in the case of general or customary law rules and obligations which, by their very nature, must have equal force for all members of the international community" (TIJ *Asunto sobre la plataforma continental del Mar del Norte*, Sentencia de 20 de febrero de 1969, *Reports* 1969, § 63).

8 TIJ, *Asunto sobre el personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, Sentencia de 24 de mayo de 1980, *Reports* 1980, § 59.

9 Laudo Arbitral de 4 de abril de 1928, *Asunto de la isla de Palma*, UNRIIAA, II, Naciones Unidas, p. 845.

10 TPJI, *Asunto sobre ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, Sentencia de 25 de mayo de 1926, Series A, n° 7, p. 19.

responsabilidad del Estado sólo para aquellos casos en los que esas personas formaban parte de la organización política (gobierno, o que hayan actuado bajo su dirección o control, o por instigación de estos órganos como agentes del Estado).

3. Creación y difusión de noticias falsas en el Derecho internacional

Como punto de partida hay que señalar que este fenómeno de la publicación y difusión de noticias falsas es más o menos reciente en el ámbito del derecho internacional y no se encuentra una norma en el ordenamiento internacional que se ajuste plenamente a los elementos de estas conductas ni tampoco desde la práctica internacional de los Estados. Ahora bien, eso no quiere decir que no se pueda abordar el fenómeno desde una interpretación de otras normas de derecho internacional. En este sentido, a la legalidad o no de las noticias falsas podría abordarse desde los principios internacionales de prohibición de injerencia en los asuntos internos de los Estados y de igualdad soberana de los Estados y también desde el Convenio Internacional sobre el uso de la Radiodifusión en Tiempos de Paz de 1936.

Respecto al principio de igualdad soberana de los Estados, la CNU consagra “el principio de igualdad soberana de todos sus miembros” en su art. 2.1. En concreto, este principio tiene como consecuencia lógica que todos los Estados son iguales en derechos y obligaciones. Asimismo, este principio fue desarrollado por la *Declaración de Principios* anexa a la Resolución 2625 (XXV), de la AGNU, en la cual se consagra y fortalece el concepto de soberanía con la siguiente declaración: “todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole”¹¹. Por tanto, el principio de igualdad soberana responde a un triple contenido: los Estados son libres para definir el sistema económico, social y político que les interese; tiene la obligación de cumplir plenamente con sus obligaciones internacionales y, lo que más nos interesa para nuestro caso, tiene el derecho a la inviolabilidad de su integridad territorial y su independencia política.

Ahora bien, junto con el concepto de soberanía estatal existe otro principio de derecho internacional muy unido, prácticamente inherente a aquél. Estamos haciendo referencia al principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. A pesar de que este principio es una consecuencia lógica del principio de igualdad soberana entre Estados, su consagración en el derecho internacional es mucho más reciente que aquél. Tampoco está claro cuál es el contenido concreto de este principio, ya que no existe unanimidad entre las distintas resoluciones de los órganos internacionales a este respecto. En el art. 2.7 de la CNU, se fija la postura sobre este principio: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este Principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”. El principio de no injerencia ha sido asimismo desarrollado por la AGNU en tres instrumentos: en primer término a la Resolución 2131 (XX) titulada *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía*, aprobada el 21 de diciembre de 1965¹²; en segundo lugar, la

¹¹ *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, Resolución 2625 (XXV), aprobada el 24 de octubre de 1970.

¹² Se condena no sólo la intervención militar y armada (quizás la forma más patente de intervención en los asuntos internos de otros Estados), sino también “cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen” (apartado 1 de la *Declaración*) y, por otra parte, estas actividades prohibidas quedan reflejadas en el apartado 2 de la misma declaración: “Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos u obtener de él ventajas de cualquier

mencionada Resolución 2625 (XXV)¹³; y, por último, la Declaración 36/103 de 1981 titulada *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados*.

Asimismo, el TIJ también consideró en el *Asunto de las Actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua* que este principio:

El principio de no intervención implica el derecho de todo Estado soberano a conducir sus asuntos sin injerencias externas; aunque los ejemplos de violación de este principio no son infrecuentes, la Corte considera que forma parte del derecho internacional consuetudinario¹⁴.

Respecto al contenido de este principio, fue precisamente en esa sentencia donde más se precisó el alcance y los elementos del mismo. Al respecto, el TIJ alegó que el principio de no intervención:

En cuanto al primer problema, el del contenido del principio de no intervención, el Tribunal de Justicia definirá únicamente aquellos aspectos del principio que parezcan relevantes para la resolución del litigio. A este respecto, toma nota de que, habida cuenta de las formulaciones generalmente aceptadas, el principio prohíbe a todos los Estados o grupos de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otros Estados. Por consiguiente, una intervención prohibida debe ser aquella que se refiera a materias en las que el principio de soberanía estatal permite a cada Estado decidir libremente.¹⁵

La jurisdicción interna de los Estados es definida como aquel espacio reservado de actividades estatales en donde la competencia del Estado no se encontraría vinculada o determinada por las normas de derecho internacional. Ahora bien, el elemento determinante en el principio de no injerencia es el de la coacción, tal y como ha venido determinado por la jurisprudencia. En el *Asunto de las Actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua*, el Tribunal señalaba que:

La intervención es ilícita cuando utiliza métodos de coerción con respecto a tales elecciones, que deben seguir siendo libres. El elemento de coacción, que define, y de hecho forma la esencia misma de la intervención prohibida, es particularmente obvio en el caso de una intervención que usa la fuerza, ya sea en la forma directa de acción militar, o en la forma indirecta de apoyo a subversivos o actividades terroristas armadas dentro de otro Estado¹⁶.

Entendiendo los términos de coacción o coerción en su sentido más estricto, significaría que alguien, usando la violencia o intimidación, impide a otro Estado hacer algo que la ley le ampara hacer libremente o no se lo prohíbe. El problema del fenómeno de las noticias falsas es precisamente encuadrarlo dentro de esa exigencia

orden. Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en una guerra civil de otro Estado”.

13 Se incluyó como principio de aplicación universal “el principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta”.

14 TIJ *Asunto de las Actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua*, Sentencia de 27 de junio de 1986, *Reports* 1986, § 202. Siguiendo la doctrina que ya había determinado en el *Asunto Estrecho de Corfú*, Sentencia de 9 de abril de 1949, *Reports* 1949, p. 35.

15 *Ibidem*, § 205.

16 TIJ *Asunto de las Actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua*, Sentencia de 27 de junio de 1986, *Reports* 1986, § 205.

de coerción que exige el derecho internacional. Pongamos por ejemplo una serie de noticias que se difundieron durante los fenómenos previos y posteriores al referéndum del 1 de octubre de 2017 en Cataluña¹⁷. Efectivamente, las noticias que publicaron los medios de comunicación rusos y que difundieron posteriormente a través de redes sociales falsas asociadas al gobierno o través de personalidades como Snowden o Assange eran totalmente falsas o estaban distorsionadas y parece que sólo buscaban influir en todo el proceso político que se estaba desarrollando.

Es cierto que la soberanía nacional se construye a través del ejercicio del sufragio de la población y que, actualmente y más que nunca, esa población está sometida e influenciada por los medios de comunicación y las redes sociales. Aunque la difusión de noticias falsas o distorsionadas puede influir negativamente en su decisión final, lo cierto es que no tienen la entidad suficiente para poder hablar de coacción al Estado. Los ciudadanos, como mucho, podrían verse condicionados por estas noticias, pero es difícil probar la existencia de un vínculo directo entre la influencia y la toma de decisión final por parte de los ciudadanos en el ejercicio del sufragio. Por otra parte, el mero hecho de enmarcar y presentar como verdaderos una serie de hechos que realmente están distorsionados no puede considerarse como coercitivo en el sentido requerido por el derecho internacional ya que, en esencia, el marco y la selección de noticias constituyen un argumento normativo que considera que la información seleccionada y el marco son apropiados a juicio de los editores. Dichos argumentos son generalmente, y con razón, considerados como legítimos y legales en el discurso internacional. Es decir, no existe una práctica internacional, hasta ahora, que nos lleve a pensar que la publicación y difusión de noticias falsas puedan ser consideradas como una intervención ilícita en los asuntos internos del Estado. En definitiva, la coacción tiene que tener tal entidad que por sí misma pueda determinar un hecho concreto, de tal forma que, sin que existiese ese elemento coactivo o coercitivo, tal hecho no se hubiese podido producir. Como se ha comprobado, en este caso no concurre ese elemento coercitivo.

Por otra parte, existiría la dificultad de atribuir esa publicación al Estado, faltando también el elemento subjetivo o de imputación necesario para que se pueda hablar de un ilícito internacional. La agencia de noticias rusa Rossiya Segodnya, propietaria de Spútnik y el canal Russia Today, fue creada según el Decreto presidencial de 9 de diciembre de 2013, revistiendo la forma jurídica de "entidad pública estatal", entiendo entidad en forma de lo que para nuestro derecho español podría considerarse empresa de capital público. Ahora bien, jurídicamente no se debería entender órgano del Estado en relación a que no está prevista en las normas básicas o constitucionales que ordenan la distribución y funciones de los distintos poderes del Estado, sino que en realidad podría considerarse como un órgano estratégico, creado en virtud de los poderes y atribuciones del Jefe del Estado y con unos objetivos y fines distintos a los que clásicamente podrían considerarse como poderes públicos.

El comportamiento de estas entidades sólo podría atribuírsele al Estado en virtud de la regla del art. 8 del Proyecto¹⁸, es decir, si se puede demostrar que el Estado controlaba, dirigía u ordenó que se publicasen esa

17 Entre el 29 de septiembre y el 5 de octubre, es decir, los días previos y posteriores a la celebración del referéndum, se publicaron más de cinco millones de mensajes en redes sociales sobre el tema catalán, de los cuales se comprobó que el 30% de los mismos eran perfiles falsos que únicamente se dedicaban a retuitear noticias de los medios RT y Spútnik, mientras que el 25 % proviene de *bots* y otro 10 % de las cuentas oficiales de las dos plataformas de comunicación. Paralelamente, las cuentas y perfiles en redes sociales asociadas al Gobierno ruso aumentaron su actividad respecto a los temas catalanes, desde el mes de septiembre, en un 2.000 %. Paralelamente y durante los meses siguientes y hasta la celebración de las elecciones autonómicas, Spútnik y RT y los canales de las televisiones estatales rusas, con la ayuda de las cuentas y los perfiles falsos creados en las redes sociales comenzaron a informar sobre los acontecimientos danto su punto de vista alternativo, remarcando por otra parte las debilidades y las crisis de España.

18 Art. 8: "Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento".

serie de noticias. Así se estableció jurisprudencialmente en el *asunto de las Actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua*, señalando el Tribunal que:

Lo que la Corte tiene que determinar en este punto es si la relación de los contras con el gobierno de los Estados Unidos era tanto de dependencia por un lado y control del otro que sería correcto equiparar a los contras, por razones legales, con un órgano del gobierno de los Estados Unidos, o que actuaban en nombre de ese gobierno¹⁹.

Todas las formas de participación de los Estados Unidos mencionadas anteriormente, e incluso el control general por parte del Estado demandado sobre una fuerza con un alto grado de dependencia de él, no significarían en sí mismos, sin más pruebas, que Estados Unidos dirigió o hizo cumplir la comisión de actos contrarios a los derechos humanos y al derecho humanitario alegados por el Estado requirente. Tales actos bien podrían ser cometidos por miembros de la contra sin el control de Estados Unidos. Para que esta conducta dé lugar a la responsabilidad jurídica de Estados Unidos, en principio tendría que probarse que ese Estado tenía el control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones.²⁰

El problema de este caso es que no tenemos elementos de juicio suficientes como para probar que las agencias de noticias rusas, a pesar de ser propiedad y estar fundadas por el propio Estado, actuaron en este caso concreto bajo las órdenes de aquél o bien que el propio Estado dirigía y controlaba sus acciones. Evidentemente, cualquiera de estas agencias rechazaría y se opondría ante cualquier acusación de estar controladas por el gobierno o cualquier otro órgano del Estado. Aunque el derecho internacional también acepta la atribución de la conducta de una entidad al Estado si éste posteriormente la reconoce como propia y la acepta²¹, y teniendo en cuenta que el editor en jefe de RT fue uno de los 300 periodistas que recibió una medalla de la "Orden de Servicio a la Patria" del presidente Putin por la cobertura del conflicto de Crimea, no parece que este hecho tenga la entidad suficiente como para probar una aceptación o reconocimiento del Estado de la conducta de dichas agencias como un acto propio.

Sin perjuicio de lo anterior, quedaría expedita una segunda vía, la aplicación para estos casos del Convenio Internacional sobre el uso de la Radiodifusión en Tiempos de Paz de 1936. El propósito del Convenio, tal como se expresa en su preámbulo y disposiciones operativas, es salvaguardar el "buen entendimiento internacional". Este interés común está protegido de ciertas transmisiones, sea cual sea el medio de comunicación que las difunde (prensa, radio, televisión y, en la actualidad, televisión). A los efectos de las noticias falsas, la disposición central es el art. 3.1, que según los trabajos preparatorios estaba explícitamente destinado a cubrir noticias: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen mutuamente a prohibir y, si surge la ocasión, a detener sin demora dentro de sus respectivos territorios cualquier transmisión que pueda dañar buen entendimiento internacional mediante declaraciones cuya incorrección es o debería ser conocido por los responsables de la emisión".

El Convenio aborda dos cuestiones que pueden facilitar el tratamiento legal internacional de las noticias falsas ante la inaplicación del principio de no intervención a noticias falsas: la atribución de la conducta de los actores privados y el umbral de coacción. En primer lugar, según su art. 6, los Estados Partes deben garantizar su aplicación contra las emisoras públicas y privadas. En segundo lugar, las transmisiones no tienen que pasar un umbral de coacción para violar la Convención. El artículo 4 de la Convención de radiodifusión incluso establece la obligación de "debida diligencia" para garantizar que los distintos medios de comunicación transmitan información sobre relaciones internacionales, especialmente en tiempos de crisis, cuya exactitud habría

19 TIJ *Asunto de las Actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua*, Sentencia de 27 de junio de 1986, *Reports* 1986, § 109.

20 *Ibidem*, § 115.

21 Art. 11 del Proyecto: "El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio".

sido verificada, y que por todos los medios dentro de su poder, por parte de las personas responsables de difusión de la información. Es decir, el Convenio garantiza que la "verificación de los hechos" antes de la transmisión. Como se puede comprobar, el hecho de dejar de lado la verificación de los hechos no puede, en sí mismo, considerarse una conducta coercitiva, pero sí sancionado en el marco de este Convenio. Por lo tanto, el tratado puede entenderse como un intento de llenar un vacío dejado por el principio de no intervención.

El problema de este Convenio es precisamente el escaso respaldo que cuenta por parte de los Estados de la sociedad internacional²². Según el CV (1969), en su art. 29, se establece, como regla principal sobre la aplicabilidad de los tratados, que "Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo". El carácter recíproco del derecho internacional también se manifiesta en el ámbito de la aplicación. Como señaló el TIJ en su opinión consultiva en el *asunto sobre la reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*: "The second is that only the party to whom an international obligation is due can bring a claim in respect of its breach"²³.

1- Se puede concluir, que en el derecho internacional, el principio de reciprocidad en el ámbito de la creación de las normas implica que los Estados están obligados por la norma sólo frente a los Estados que han dado también su consentimiento a dicha norma y sólo en la medida en que coincidan los consentimientos de ambos (Díez de Velasco, 2013, p. 86). Si bien el art. 38 del CV (1969)²⁴ establece la posibilidad de que un tratado, o alguna norma contenida en él, pueda dar lugar a un efecto constitutivo o generador de costumbre internacional, de acuerdo con la jurisprudencia internacional se tienen que dar una serie de requisitos que, en el presente caso, no se cumplen. Así pues, de acuerdo con el TIJ, la regla convencional que da origen tiene que tener carácter normativo, es decir, debe ser una regla general válida y aplicable para un número indeterminado de situaciones de hecho idénticas o análogas o, al menos, debe poseer la capacidad suficiente para constituirse como una norma general porque su contenido de conducta es claro, inequívoco y la propia naturaleza de la norma así lo permita. Por otra parte, la práctica posterior debe ser general, uniforme y constante en el mismo sentido de la disposición convencional invocada. El TIJ así lo estableció en el *asunto de la competencia en materia de pesquerías*:

La práctica contemporánea de los Estados lleva a la conclusión de que los derechos preferenciales del Estado ribereño en una situación especial deben ser implementados por acuerdo entre los Estados interesados, ya sea bilateral o multilateral, y, en caso de desacuerdo, a través de los medios para la solución pacífica de controversias prevista en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas²⁵.

Eventualmente, si se consiguiese probar esa "práctica frecuente y uniforme" de los Estados en aplicación de este Convenio al fenómeno de las noticias falsas. Lamentablemente, no parece que existan esa práctica y esa voluntad por parte de los Estados que permitan aplicar las reglas del Convenio a todos los casos que, con seguridad, irán apareciendo en relación a las noticias falsas.

22 Sólo lo han ratificado poco más de una veintena de Estados, según los datos de la ONU.

23 TIJ *Asunto sobre la reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas*, Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949, *Reports* 1949, pp. 181-182.

24 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 38. 23 de mayo de 1969: "Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal".

25 TIJ *Asunto sobre la competencia en materia de pesquerías*, Sentencia de 25 de julio de 1974, *Reports* 1974, § 57.

4. Conclusiones

La primera de las conclusiones es que no es posible construir y argumentar como un ilícito internacional la publicación y difusión de noticias falsas, al menos a día de hoy. En primer lugar, porque desde el punto de vista del elemento objetivo, la mayoría de estas “fake news” no tiene la suficiente entidad como para hablar de una vulneración del principio de no injerencia, al no cumplir con todos sus elementos.

Por otra parte, tampoco se puede utilizar el Convenio Internacional sobre el uso de la Radiodifusión en Tiempos de Paz de 1936, a no ser que se tratase de dos o más Estados que sí hubiesen firmado y ratificado el citado convenio. Independientemente, en aplicación de las normas de derecho internacional, no se puede concluir que el meritado Convenio haya cristalizado en costumbre internacional, por no concurrir ninguno de los dos elementos necesarios para poder hablar de la existencia de una costumbre: el elemento material o de repetición consistente en la práctica generalizada de un acto por parte de los Estados; y el elemento subjetivo u *opinio iuris*, es decir, la convicción por parte de los Estados que actúan de cumplir con ello un deber jurídico.

En último lugar, pretender calificar la creación y/o difusión como un posible ilícito internacional, nos topáramos con la dificultad de imputar dicha creación y difusión a un Estado de acuerdo con las normas de derecho internacional, tanto principales como subsidiarias. Faltando este elemento subjetivo, tampoco podría concluirse la existencia de un ilícito internacional.

En cualquier caso, lo que no podemos olvidar es que el análisis de las amenazas híbridas desde el punto de vista del derecho internacional y, particularmente, del principio de no intervención se desenvuelve sobre uno de los cimientos del Derecho internacional contemporáneo que la realidad cibernética y la evolución de las relaciones internacionales ha puesto a prueba. Se hace necesario para el iusinternacionalista un replanteamiento del alcance de los mencionados cimientos jurídico-internacionales: los principios estructurales del derecho internacional y, por razones muy claras, del principio de no intervención. Justamente la nueva realidad cibernética proporciona un presupuesto donde la comprensión del principio de no intervención, que se encontraba relativamente estancada desde hace tres décadas, puede despegar.

5. Referencias bibliográficas

a. Artículos, manuales, monografías

Buchan, R. (2012). Cyber Attacks: Unlawful uses of force or prohibited interventions? *Journal of Conflicts & Security Law*, Vol. 17, N° 2, 211-227.

Calvo Albero, J. L. (2009). La evolución de las insurgencias y el concepto de guerra híbrida. *Revista Ejército de Tierra Español*, n° 822, 6-13.

Díez de Velasco Vallejo, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, 18ª Edición.

Galán, C. (2018). *Amenazas híbridas: nuevas herramientas para viejas aspiraciones*. Documento de trabajo 20/2018. Real Instituto Elcano.

Tenenbaum, É. (2015). Hybrid Warfare in the Strategic Spectrum: an Historical Assessment. En Guillaume Lascojarias y Jeffrey A. Larsen (Eds.), *NATO's Response to Hybrid Threats* (pp. 95-112). Forum Paper 24. NATO Defence College.

b. Jurisprudencia

Corfu Channel case. Order of November 19th, 1949: I. C. J. Reports 1949, p. 237.

Laudo Arbitral de 4 de abril de 1928. Asunto de la isla de Palma. UNRIIAA, II, Naciones Unidas.

Tribunal Internacional de Justicia. Asunto sobre la reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas, Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949, Reports 1949.

TIJ Asunto sobre la plataforma continental del Mar del Norte, Sentencia de 20 de febrero de 1969, Reports 1969.

TIJ Asunto sobre la competencia en materia de pesquerías, Sentencia de 25 de julio de 1974, Reports 1974.

TIJ, Asunto sobre el personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán, Sentencia de 24 de mayo de 1980, Reports 1980.

TIJ Asunto de las Actividades militares y paramilitares de Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua, Sentencia de 27 de junio de 1986, Reports 1986.

Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Asunto sobre ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca, Sentencia de 25 de mayo de 1926, Series A, n° 7.

TPJI, Asunto Fábrica de Chorzów, Sentencia de 13 de septiembre de 1928, Series A, n° 17.

c. Legislación

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.

Convención internacional sobre el uso de la radiodifusión en la causa de la paz de 1936.

Declaración final de los Jefes de Estado y de Gobierno que participaron en la Reunión del Consejo del Atlántico Norte que tuvo lugar en Varsovia los días 8 y 9 de julio de 2019 (9 de julio de 2016).

Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía. Resolución 2131 (XX) aprobada el 21 de diciembre de 1965.

Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Resolución 2625 (XXV), aprobada el 24 de octubre de 1970.

Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, añadido como Anexo a la Resolución 56/83 de la AGNU de 28 de enero de 2002.

d. Otros documentos

Comisión Europea. (2018). A Europe that protects: Countering Hybrid Threats.

Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos. Legal challenges related to the hybrid war and human rights obligations, Doc. 14.523, 6 de abril de 2018.

e. Abreviaturas

Art.	Artículo
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CNU	Carta de Naciones Unidas
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPJI	Corte Permanente Internacional de Justicia
CSNU	Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

CV (1969)	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969
EE.UU.	Estados Unidos
OI	Organización Internacional
ONU	Naciones Unidas
SN	Sociedad de las Naciones
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNRIAA	United Nations Reports of International Arbitral Awards
UNTS	United Nations Treaty Series

La Luna, misiones, Derecho de propiedad y conflictos respecto a la explotación e investigación desarrollada en el satélite¹

The Moon, missions, property rights and conflicts regarding the exploitation and research carried out on the satellite

Mónica Paes Martí² Universitat Politècnica de València, España | mopaemar@gmail.com

 Francisca Ramón Fernández³ Universitat Politècnica de València, España | frarafer@urb.upv.es

Recibido: 27/10/2020

Aceptado: 23/11/2020

Resumen En el presente estudio se profundizará sobre la titularidad de la Luna, así como los diversos conflictos actuales que se pueden plantear en torno a la explotación e investigación de los recursos. Se partirá de las aportaciones doctrinales más relevantes sobre la materia, así como el empleo de la legislación referente al Derecho Espacial que se aplica a la Luna y los demás cuerpos celestes. Al tratarse de un estudio científico que se centra en las Ciencias jurídicas, utilizaremos una metodología de análisis sobre las fuentes aplicables, para obtener una respuesta válida a los diferentes problemas que se pueden plantear respecto a la propiedad lunar y la investigación y explotación en el satélite.

Palabras clave: Propiedad, Derecho, Luna, investigación y explotación, legislación espacial

Abstract: The study will delve into the ownership of the Moon as well as into the various current conflicts that may arise around resource exploitation and research. It will be based on the most relevant contributions made by legal scholars on the matter, as well as the use of the legislation relating to Space Law applicable to the Moon and other celestial bodies. As it is a scientific study focused on the legal sciences, we will use an analysis methodology on the applicable sources, in order to obtain a valid answer to the different problems that may arise regarding lunar property as well as research and exploitation on the satellite.

Keywords: Ownership, Law, Moon, research and exploitation, space legislation

Cómo citar este artículo: Paes Martí, M. y Ramón Fernández, F. (2020). La Luna, misiones, Derecho de propiedad y conflictos respecto a la explotación e investigación desarrollada en el satélite. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 81 - 94. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe004>

1 Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: RTI2018-097354-B-100 (2019-2022) y del Proyecto de I+D+i Retos de Investigación, MICINN, del Programa Estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022).

2 Máster Universitario en Ingeniería Aeronáutica. Universitat Politècnica de València.

3 Profesora titular de Derecho Civil. Universitat Politècnica de València.

6. El deseo del hombre de llegar a la Luna y la necesidad de establecer una regulación sobre dicho satélite: el nacimiento del Derecho Espacial

De momento, hemos llegado solamente hasta la Luna, pero se ha incrementado tremendamente el conocimiento que tenemos sobre los Planetas del Sistema Solar. Y, sobre todo, no nos atreveríamos a dudar sobre los desarrollos tecnológicos generados por la carrera espacial y la repercusión que han tenido sobre nuestro día a día, un gran ejemplo de ello serían las comunicaciones por satélite.

En resumen, hemos conseguido grandes inventos durante el progreso de la humanidad, pero el actual avance de innovaciones y las novedades en el ámbito comercial exigen una legislación internacional que no deje lugar a dudas ni cree lagunas (Prado, 2017). Precisamente de aquí, nace el Derecho Espacial, como consecuencia de la necesidad de regular condiciones surgidas de la evolución humana y del interés en el espacio, la carrera espacial y el desarrollo de las telecomunicaciones por satélite (Ferrer, 1994).

Siendo una rama especializada del Derecho, podemos definirlo tal que así: “El conjunto de principios y reglas que ordenan las condiciones en que deben desenvolverse la exploración, el uso y explotación del espacio y de los cuerpos celestes, los vehículos que por ellos circulan, el personal responsable de su tripulación y las relaciones jurídicas que surjan como consecuencia de tales actividades” (Ramón, 2017).

De forma más resumida y apoyándonos en los conceptos desarrollados por la doctrina (Ramón, 2017), podemos considerar este concepto con una definición que se pueda simplificar y que se centraría en el Derecho que legisla las actividades de los Estados y los Entes privados en el Espacio Ultraterrestre, la Luna y los Cuerpos Celestes (Ramón, 2017).

No se trata de un Derecho *ex novo*, sino de una rama especializada que, junto con el Derecho Marítimo y Aéreo, está integrado por principios y reglas que se aplican a situaciones jurídicas contempladas, como es el Derecho de Propiedad o la investigación y explotación que se realice en la Luna, es decir, una serie de derechos que se discute se puedan atribuir a los sujetos teniendo en cuenta las características del bien (Presto, 2009).

Partiendo del escenario de aplicación de este Derecho, el espacio, su definición no está exenta de complicaciones jurídicas, ya que nos estamos refiriendo al cielo atmosférico, con sus características de infinito, indefinido, ilimitado, incorpóreo, abstracto y no concreto. Rodea los cuerpos del universo, tanto naturales como artificiales (Von Rauchhaupt, 1972). La referencia a cuerpos celestes incluye los planetas, estrellas y satélites naturales (Ramón, 2017).

Respecto a los sujetos: el comportamiento del ser humano es distinto según el lugar en el que realice una actividad. Se discute si el sujeto del Derecho Espacial es la persona que ha podido actuar fuera de la gravitación terrestre; el que interactúa en el espacio exterior; el que modifica dicho lugar; o el que es modificado por aquél (Ramón, 2017). Estas distintas situaciones dependen de las condiciones en las que el ser humano se vea involucrado. Hasta la fecha, son pocos los ejemplos que tenemos de vuelos espaciales ejecutados por humanos, pero sí que conocemos las condiciones a las que se ve sometido el hombre durante el ascenso a través de la atmósfera.

La principal normativa aplicable en el ámbito del Derecho Espacial está constituida por la llamada “*Carta Magna del Espacio*” conocido por Tratado del Espacio de 1967 (Kopal, s/f, Süßmann, 2013), que no agota la regulación de las cuestiones que afectan al espacio ultraterrestre (Gadea, 2018), sino que forma el *Corpus Iuris Spatialis*, y que se complementa con otras normas posteriores como son las siguientes (Marchán, 1990):

-El Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (1968);

-El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972);

- El Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (1975);
- El Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (1979).

Por lo que respecta al objeto: el art. 4 del Registro Español de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1995 constata que el concepto de objeto espacial se extiende tanto a sus partes componentes como al vehículo propulsor.

El Tratado del Espacio de 1967 no aporta definición sobre lo que se puede considerar como objeto. En el art. VII de este cuerpo legal se habla de propiedad del objeto lanzado al espacio, y se amplía el concepto, pero sin acotarlo, al decir que además del objeto, se considerarán también comprendidos los objetos llevados o contruidos sobre un cuerpo celeste, así como sus elementos constitutivos, continuando completos mientras estos objetos o elementos se encuentren en el espacio extra-atmosférico o en un cuerpo celeste, y cuando regresen a la Tierra. El Tratado sobre la Responsabilidad por Daños de 1972 o el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1975, hablan de “objetos lanzados sobre una órbita terrestre o más allá de ella”.

La falta de definición del objeto espacial ha sido fuente de dudas y problemas en varios aspectos de la normativa. Ya que, si consideramos como objeto espacial el conjunto de elementos que hacen posible llegar al espacio exterior, nos genera la duda de si los componentes que se separan durante el ascenso formarían parte también de esta categoría. Y no solo eso, tampoco aporta claridad suficiente sobre el momento a partir del cual debe considerarse de tal modo. El Tratado sobre la Responsabilidad nos ofrece una solución parcial indicando que debe incluirse en el concepto de “lanzamiento” la tentativa del mismo.

En cuanto al término de vehículo espacial, se generan también conflictos de carácter jurídico. Esto es debido a su recorrido de vuelo, si estudiamos su trayectoria, podemos discernir que son frecuentes sus entradas y salidas del espacio exterior, así como del espacio aéreo. Se propone el término de vehículo aero-espacial. También se suele llamar avión espacial o space plane, y su singularidad radica en que puede despegar en posición horizontal y autónomo de la pista de un aeropuerto, evolucionar en el espacio aéreo y penetrar en el espacio extra-atmosférico para introducirse en la órbita terrestre y regresar posteriormente al espacio aéreo con el fin de aterrizar en un aeropuerto terrestre (Ramón, 2017). El avión espacial es un vehículo del futuro. Posee las características de un avión y de un objeto espacial, por lo cual, desde una perspectiva jurídica, cuando despegue, vuele por la atmósfera, o aterrice, podría ser considerado como una aeronave y, en cambio, cuando sale al espacio exterior y se desplaza en órbita, puede ser clasificado como un objeto espacial (Ramón, 2017).

Otro problema surge respecto de los desechos espaciales. Sabiendo de antemano, que son objetos inactivos que provienen de la intervención humana y no han de ser confundidos en ningún momento con meteoritos o cualquier otro objeto de procedencia natural. Se pueden catalogar como desechos espaciales aquellos satélites en órbita que han llegado al final de su misión o que han agotado sus baterías; objetos intencionalmente abandonados o perdidos durante las distintas operaciones de lanzamiento o de colocación en órbita; los restos provocados por una explosión o colisión, o los desechos producidos como consecuencia del desgaste de los objetos espaciales (Ramón, 2017).

7. Las Misiones Espaciales a la Luna

A mitad del siglo pasado se inicia la denominada carrera espacial entre dos grandes potencias: Unión Soviética (URSS) y Estados Unidos (EEUU). La primera vez que llega una nave desde la tierra a la superficie de la luna es el 12 de septiembre de 1959. Es la nave Luna 2 o también llamada Lunik 2, que se puso en órbita desde el Cosmódromo de Baikonur por parte de la Agencia Espacial Soviética (RosaviaCosmos). El Luna 2 impactó en la región de Palus Putredinis cercana al cráter Arquímedes (Gómez de Castro, 2018). Después, y durante los años 1966 y 1969, fueron varias las naves terrestres que llegaron a la superficie de la Luna (Luna

9 y Luna 13, del Programa Soviético Cosmos, y Surveyor 1, 3, 5, 6 y 7, por parte de la Agencia Espacial Estadounidense -NASA-). El alunizaje se realizó en el hemisferio norte de la cara visible de la Luna, en regiones con características distintas de la superficie de la Luna.

En la actualidad, la Luna es el único satélite al que ha llegado el hombre mediante un objeto tripulado, siendo Estados Unidos quien realizó dicha actividad con el Programa Apolo. Por su parte, la Unión Soviética, mediante su “Programa Luna” logró enviar a la Luna una nave espacial no tripulada.

El Programa Apolo, con el Apolo 8, en el año 1968, y los distintos alunizajes (1969 y 1972), a cargo del Apolo 11 y el Apolo 17. En las distintas misiones espaciales, se lograron extraer casi cuatrocientos kilos de roca de la Luna, que ha sido utilizado para la investigación geológica del satélite, pero nunca para la comercialización (Ferrer, 1988).

La Unión Soviética, en 1970, fue quien depositó sobre la superficie lunar un vehículo con control remoto desde la tierra, el llamado Lunojod 1. Se utilizó para obtener imágenes y vídeos de la superficie lunar, durante un año y habiendo recorrido una extensión aproximada de diez kilómetros (Comellas, 1996).

Posteriormente y también a principios de los años 1970, se enviaron sondas espaciales no tripuladas (el astromóvil soviético Lunojod 2), y desde el año 2004, distintos países (Japón, China, India, Estados Unidos junto con la Estación Espacial Europea) han enviado orbitadores. Desde la finalización de la carrera espacial, con el Programa Apollo de la NASA, con la última misión del Apolo XVII, los desplazamientos a la Luna se han detenido. Por parte de la agencia RosaviaCosmos, el programa que finalizó en el año 1976, con el lanzamiento del Luna 24, dio por finalizada la actividad en la luna. Posteriormente, los países se han orientado hacia la denominada exploración espacial a través de observación terrestre, actividad en la Estación Espacial Internacional.

En los últimos tiempos, ha empezado un inusitado interés por la Luna. Este interés se ha despertado en las nuevas agencias como la Agencia Espacial Japonesa (JAXA), la Agencia Espacial India (ISRO), lanzando distintas sondas (Chadrayaan-I), y la Agencia Espacial China (CNSA) a través de distintas misiones como la Chang'e 1, Chang'e 2, Chang'e 3, Chang'e 4 y 5.

También junto con las agencias espaciales más modernas, se une las actividades desempeñada por empresas y compañías impulsadas por Google y la actividad del grupo Xprize. Se realizó una competición, la denominada “*Google Lunar XPRIZE*”, que reunió a equipos con financiación privada que debían poner una nave en la Luna, recorrer con ella 500 metros y transmitir a la Tierra imágenes y videos de alta calidad, XPrice (2019). El premio estaba dotado con 20 millones de dólares. Se presentaron equipos de empresas tecnológicas y formados por científicos e ingenieros. No obstante, en el año 2018, y según precisa Foust (2018), al final ningún equipo hizo el intento de lanzamiento para llenar al satélite natural de la tierra antes de la fecha fijada. El premio no se adjudicó.

Como último dato a tener en cuenta, la Agencia Espacial Europea (ESA) lanzó en el año 2003 su misión SMART-1. Se demuestra el interés por retomar la actividad lunar, junto con la colaboración de RosaviaCosmos, entre cuyos proyectos futuros está la misión Selene2, para obtener muestras del terreno del polo sur de la Luna.

8. La Propiedad de la Luna y demás cuerpos celestes

La Luna ha pasado diversas vicisitudes respecto a tu titularidad y la adquisición de la propiedad. Vamos a remontarnos al caso tan conocido de Don Jenaro Gajardo Vera, originario de Chile, de profesión abogado, y creador de la “Sociedad Telescópica Interplanetaria”. En 1954 se declaró dueño de la Luna. Los hechos ocurrieron de la siguiente forma: se presentó ante un notario de una localidad vecina, y le solicitó dejar constancia de que se declaraba en posesión de nuestro satélite, describiendo a su vez, sus dimensiones. Con gran audacia

y conforme a las leyes nacionales, luego de la inscripción de la escritura, efectuó las correspondientes tres publicaciones en el Diario Oficial Chileno, dando la oportunidad a quien ya tuviera algún derecho sobre el terreno, pudiese impugnar la solicitud (Bowen, 2012). La escritura de propiedad rezaba así (Bowen, 2012):

“Jenaro Gajardo Vera, abogado, es dueño, desde antes del año 1857, uniendo su posesión a la de sus antecesores, del astro, satélite único de la Tierra, de un diámetro de 3.475 kilómetros, denominada Luna, y cuyos deslindes por ser esferoidal son: Norte, Sur, Oriente y Poniente, espacio sideral. Fija su domicilio en calle 1 oriente 1270 y su estado civil es soltero. Jenaro Gajardo Vera Carné 1.487.45-K Ñuñoa Talca, 25 de septiembre de 1954”.

Los objetivos de Gajardo eran muy diferentes: por un lado, realizar un acto de protesta; y por otro, la adquisición de un bien raíz para acceder al selecto Club Social de Talca, cuyos requisitos de acceso era ser propietario de un bien. Según indican fuentes no del todo fidedignas, en 1969, el agregado cultura de la Embajada de EE.UU. en Santiago de Chile remitió a Gajardo un mensaje del presidente Richard Nixon, en el que le solicitaba autorización para el descenso en el satélite de su pertenencia de los astronautas Aldrin, Collins y Armstrong. A lo que gustosamente accedió Gajardo. Tras el fallecimiento sin herederos, y tras haber otorgado testamento, Gajardo dejó la Luna a la Humanidad.

Este no es el único caso de “propietarios” de bienes del espacio exterior y de cuerpos celestes. La gallega Ángeles Durán se declaró propietaria legítima del Sol, o el caso de 35 ciudadanos de Ohio (EE.UU.) que el 12 de abril de 1966, se proclamaron dueños de la Luna. Otro caso nos lo encontramos con el norteamericano, Dennis Hope que, en 1980, volvió a reclamar para sí la Luna y comenzó a venderla en parcelas, montando un gran negocio, que ha extendido a otros planetas y que otros han pretendido imitar.

Es evidente que la legislación aplicable, como es el Tratado del Espacio de 1967 deja muy claro que el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrán ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera, tal y como indica el artículo 2 de dicho texto legal, y que luego se corrobora en el Acuerdo rector de las actividades de los Estados en la Luna, de 1979, en el que se indica que la Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la Humanidad, y que ha sido el motivo por el que algunos países no han ratificado dicho Acuerdo.

A pesar de esta normativa, Dennis Hope, alegando que en dichos textos legales no se refiere a personas particulares, o personas físicas, invocó la Ley de 1862, la denominada “*Homestead Act*” que permite a un sujeto la apropiación de parcelas sin dueño conocido siempre y cuando la registre a su nombre, y durante el transcurso de ocho años nadie reivindique su propiedad.

De esta forma, fundó la conocida “*Embajada Lunar*” y se dedicó a la venta de parcelas de la Luna, obteniendo sustanciosos beneficios. Mucha gente ha comprado por un precio de 37 dólares por cada 0,4 hectáreas parcelas lunares, a sabiendas de que es una venta que no tiene valor legal. En su web <https://lunarembassy.com/> se pueden ver frases de reclamo para vender las parcelas tales como:

“Os damos la Bienvenida desde el Centro de la Embajada Lunar, establecida en 1980 por Dennis Hope, el hombre que posee la luna. ¡Somos los líderes en bienes del estado extraterrestre y la ÚNICA compañía en el mundo en ser reconocida que posee una base legal para vender y registrar propiedades extraterrestres! Puedes comprar un pedazo de la Luna o tener tierras en Marte. Además de dar un regalo único de propiedad en el planeta Venus. De hecho, Dennis reclamó la propiedad de todos los planetas de nuestro Sistema Solar (excepto la Tierra) y sus lunas” (Hope, 2019).

“Si está buscando comprar tierra en la Luna, o comprar tierra en Marte, o en cualquier planeta de nuestro Sistema Solar, ¡ha venido al lugar correcto! ¡Este es realmente el inmueble más barato del universo!” (Hope, 2019).

A pesar de lo indicado en la legislación y que hemos referido anteriormente, esta página web sigue activa, y las personas pueden adquirir parcelas por el precio que se indica. Además, a pesar de la prohibición de adquisición de los recursos naturales, la NASA se ha declarado dueña del material recogido durante las expediciones realizadas (HistoryPlay, 2018).

Otro caso lo podemos encontrar en Laura Murray Cicco que ha iniciado un procedimiento legal para conservar un frasco con arena de la Luna, que le había regalado en su momento Neil Armstrong, ya que la agencia espacial se lo reclamaba. Laura recibió dicho regalo cuando tenía 11 años, con una nota manuscrita del astronauta que le indicaba “Para Laura Ann Murray. La mejor de las suertes, Neil Armstrong, Apollo XI” (BBC News, 2018). Inició un procedimiento judicial para evitar que la NASA le quitara la muestra, ya que la indicada agencia tiene un historial de apoderarse de material lunar que tienen en propiedad las personas privadas. No hay ninguna normativa que impida la propiedad de un particular de una muestra regalada de polvo lunar, ya que la legislación es bien clara en no permitirlo respecto a la explotación de los recursos naturales de la Luna (Gorove, 1969), lo cual no es éste el caso, evidentemente.

No obstante, la NASA parece discrepar de este argumento, a pesar de que la nota de regalo con la firma de Armstrong fue autenticada por un experto (BBC News, 2018), y que Laura es la dueña legítima del frasco con el polvo lunar, ya que considera la agencia espacial que “Las muestras lunares son propiedad del gobierno de Estados Unidos”, tal y como indica el manual de la NASA para la distribución de muestras lunares” (BBC News, 2018), añadiendo que “Es política de la NASA que el material lunar sea usado sólo para fines autorizados” (BBC News, 2018). La decisión que se adopte en este caso, podría sentar un precedente en casos similares, y obliga a la comunidad internacional a debatir sobre la propiedad privada o pública del material extraterrestre que proviene de misiones espaciales (HistoryPlay, 2018).

9. La investigación en la Luna y su legislación aplicable

Se plantea en este sentido, cuál es el futuro a corto y largo plazo del espacio, teniendo en cuenta que mientras existan las limitaciones legales actuales, la comercialización y/o la explotación de los recursos no es posible (Dodge, 2020), de ahí también el desinterés de los Estados por iniciar nuevas misiones espaciales (Añaños, 2014; Azcárraga, 2014).

Es imprescindible el adecuado conocimiento de la geología de la Luna -el único satélite natural de la Tierra- antes de establecer cualquier tipo de asentamiento en su superficie, sea cual sea la finalidad del mismo. Gracias a su cercanía, la Luna es el único cuerpo del sistema solar, aparte de la Tierra, del que se han obtenido muestras de distintas regiones (Fernández, 2005). Se trata de un cuerpo celeste rocoso sin anillos y sin lunas. Posee un diámetro ecuatorial de 3474 km y es el quinto satélite más grande del sistema solar, mientras que en cuanto al tamaño proporcional respecto a su planeta, es un cuarto del diámetro de la Tierra y 1/81 de su masa.

Pero, ¿qué conocemos sobre su origen? Hoy en día existen varias teorías para explicar su formación, pero la más aceptada sugiere que su origen tuvo lugar hace unos 4500 millones de años después de que un cuerpo de tamaño similar al de Marte chocara contra la Tierra. De los escombros desprendidos se formó la Luna, y después de 100 millones de años, el magma fundido se cristalizó y se formó la corteza lunar (GeoEnciclopedia, 2019).

La investigación en la Luna va unida a la explotación de los recursos. Uno de los más ansiados es el denominado regolito o polvo lunar, pero no es el único (Spataro, 2016). Su composición mineral y química nos indica que también se encuentran óxidos y otros elementos (Anderson, Christensen y LaManna, 2019). Recientemente, se ha abierto el debate sobre la explotación de los recursos naturales de la Luna (Actualidad aeroespacial, 2020). Como se precisa en Actualidad aeroespacial, 2020:

“La Directiva de Política Espacial del 11 de diciembre de 2017, revitalizando el Programa de Exploración Espacial Tripulada de EEUU, establece que los socios comerciales participarán en un ‘programa innovador y sostenible’ encabezado por EEUU para ‘liderar el regreso de los humanos a la Luna por mucho tiempo’ de exploración y utilización, seguido de misiones tripuladas a Marte y otros destinos. La exploración exitosa a largo plazo y el descubrimiento científico de la Luna, Marte y otros cuerpos celestes requerirán una asociación con entidades comerciales para recuperar y usar recursos, incluyendo agua y ciertos minerales, en el espacio exterior”.

Muchos de los recursos que se encuentran en la Luna son superiores a los terrestres, e incluso estos recursos que ni siquiera existen en la tierra podrían ser fuente de energía del futuro, por lo que el interés económico es evidente y resulta especialmente atractivo para las agencias espaciales. Se ha mostrado desde el inicio de la carrera espacial el interés en la explotación de los recursos, así como en su extracción, pero ello se enfrenta a las dificultades que conlleva dicho procedimiento y el coste que supondría.

También podríamos indicar como recurso el Helio-3 que se encuentra en la Luna, y que podría resultar muy interesante como energía alternativa, más allá de la energía solar y la energía derivada del petróleo. Pero se plantean los mismos problemas que con el regolito, aunque hay que indicar que el Helio-3 en la Tierra apenas está presente, mientras que en el satélite sí hay suficientes cantidades de dicho gas. Sería beneficioso al ser una energía limpia y con un gran potencial, ya que no se encuentra en cantidad suficiente en la Tierra.

La legislación actual constituida por el Tratado del Espacio y el Acuerdo Luna es muy restrictiva respecto a la investigación y explotación de los recursos. Junto con los principios del Derecho Espacial de no militarización del mismo, así como la realización de actos pacíficos, se establece la no comercialización de los recursos de la Luna y los demás cuerpos celestes. Ello se refleja en distintos instrumentos internacionales como son el Informe de la Comisión Espacial sobre la Utilización del Espacio Exterior con Fines Pacíficos, de 1959, y la Resolución 1472 (XIV), del mismo año, en el que se formó una Comisión de estudio.

En el año 1961 se adopta la Resolución 1721 (XVI) por parte de la Asamblea General de la Naciones Unidas sobre Cooperación Internacional para la utilización del Espacio Exterior con fines pacíficos, y un año después se aprueba la Resolución 1802 (XVII) sobre Cooperación Internacional para la Utilización del Espacio Exterior con fines pacíficos.

El Tratado del Espacio determina que las actividades espaciales se realizarán en beneficio de la Humanidad, independientemente de cuál sea el desarrollo económico y científico que hayan alcanzado los pueblos. No permite la apropiación o reivindicación de soberanía sobre el espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes, y se precisa que la utilización de estos se hará con fines pacíficos, de forma exclusiva.

Las reglas que se aplican a la Luna se contemplan en el artículo IX del Tratado del Espacio que precisa que debe ser guiado por el principio de cooperación y asistencia mutua la exploración y utilización del espacio ultraterrestre (Varela, 2018). Que las actividades que se realicen por parte de los Estados y los estudios, así como la exploración no produzca contaminación nociva ni cambios desfavorables medioambientales. En el caso de sospecha de que una actividad o experimento perjudicaría a otro Estado, deberá realizar las consultas oportunas antes del inicio de las mismas. El artículo 4 del Acuerdo Luna delimita que la exploración y utilización de la misma incumben a toda la Humanidad, y deberán realizarse en provecho e interés de todos los países, sin discriminación por razones de desarrollo económico y científico.

En todas las actividades que se realicen respecto a la exploración y utilización del satélite natural de la Tierra, se guiarán los Estados por los principios de cooperación y asistencia mutua. Se establece una cooperación internacional lo más amplia posible y podrá realizarse sobre una base multilateral o bilateral o por conducto de organizaciones internacionales intergubernamentales (Franco, 2014).

La investigación científica, según dispone el artículo 6 del Acuerdo Luna, será libre para todos, y los Estados Partes tendrán derecho a recoger muestras y extraerlas de los minerales allí existentes. Sólo las podrán utilizar con fines científicos, y deberán tener en cuenta la conveniencia de ponerlas a disposición de otros Estados Partes que estén interesados en ellas, así como del resto de la comunidad científica internacional con fines de investigación. También se permite la utilización de los minerales y otras sustancias lunares en cantidades adecuadas para apoyar a las misiones.

Cuando se realicen actividades de exploración y utilización de la Luna, se adoptarán por parte de los Estados Partes las medidas oportunas para evitar perturbar el equilibrio del medio. Además, deberán informar al Secretario General de Naciones Unidas de las medidas adoptadas con dicho fin. Del mismo modo, también informarán sobre las zonas de la Luna que tengan especial interés científico con la finalidad de que se puedan declarar como reservas científicas y concertar acuerdos de protección especial. Se podrán realizar actividades de exploración y utilización tanto en la superficie como debajo de ella. De esta forma, se permite las siguientes actuaciones:

- “a) Hacer aterrizar sus objetos espaciales en la Luna y proceder a su lanzamiento desde la Luna;
- b) Instalar su personal y colocar sus vehículos espaciales, su equipo, su material, sus estaciones y sus instalaciones en cualquier punto de la superficie o bajo la superficie de la Luna. El personal, los vehículos espaciales, el equipo, el material, las estaciones y las instalaciones podrán moverse o ser desplazadas libremente sobre o bajo la superficie de la Luna”.

Se permite el establecimiento por parte de los Estados Partes de estaciones habitadas o inhabitadas. Dichas estaciones deberán estar dispuestas de forma que no impidan el libre acceso a todas las zonas de la Luna del personal, los vehículos y el equipo de otros Estados Partes que desarrollan sus actividades en la Luna.

De especial interés resulta el artículo 11 del Acuerdo Luna, que por su importancia a efectos de este estudio, procedemos a reproducir. En él se establecen las claves sobre la explotación de los recursos y los derechos sobre los mismos, y ha sido el punto de conflicto para que muchos países no firmaran el Acuerdo Luna, por ejemplo, Estados Unidos.

- “1. La Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad conforme a lo enunciado en las disposiciones del presente Acuerdo y en particular en el párrafo 5 del presente artículo.
2. La Luna no puede ser objeto de apropiación nacional mediante reclamaciones de soberanía, por medio del uso o la ocupación, ni por ningún otro medio.
3. Ni la superficie ni la subsuperficie de la Luna, ni ninguna de sus partes o recursos naturales podrán ser propiedad de ningún Estado, organización internacional intergubernamental o no gubernamental, organización nacional o entidad no gubernamental ni de ninguna persona física. El emplazamiento de personal, vehículos espaciales, equipo, material, estaciones e instalaciones sobre o bajo la superficie de la Luna, incluidas las estructuras unidas a su superficie o la subsuperficie, no creará derechos de propiedad sobre la superficie o la subsuperficie de la Luna o parte alguna de ellas. Las disposiciones precedentes no afectan al régimen internacional a que se hace referencia en el párrafo 5 del presente artículo.
4. Los Estados Partes tienen derecho a explorar y utilizar la Luna sin discriminación de ninguna clase, sobre una base de igualdad y de conformidad con el derecho internacional y las condiciones estipuladas en el presente Acuerdo.
5. Los Estados Partes en el presente Acuerdo se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna, cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser viable. Esta disposición se aplicará de conformidad con el artículo 18 del presente Acuerdo.

6. A fin de facilitar el establecimiento del régimen internacional a que se hace referencia en el párrafo 5 del presente artículo, los Estados Partes informarán al Secretario General de las Naciones Unidas así como al público y a la comunidad científica internacional, en la forma más amplia posible y viable, sobre los recursos naturales que descubran en la Luna.
7. Entre las principales finalidades del régimen internacional que se ha de establecer figurarán: a) El desarrollo ordenado y seguro de los recursos naturales de la Luna; b) La ordenación racional de esos recursos; c) La ampliación de las oportunidades para el uso de esos recursos; d) Una participación equitativa de todos los Estados Partes en los beneficios obtenidos de esos recursos, teniéndose especialmente en cuenta los intereses y necesidades de los países en desarrollo, así como los esfuerzos de los países que hayan contribuido directa o indirectamente a la explotación de la Luna.
8. Todas las actividades referentes a los recursos naturales de la Luna se realizarán en forma compatible con las finalidades especificadas en el párrafo 7 del presente artículo y con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 6 del presente Acuerdo”.

La doctrina se ha pronunciado de forma expresa sobre la necesidad de modificar el Acuerdo Luna precisamente por lo que indica el precepto mencionado (Piñeros, 2014). De esta forma, indican que debería contemplarse la participación de entidades no gubernamentales en la extracción y explotación de los recursos naturales, ya que las empresas privadas han realizado actuaciones en dicho sentido. La responsabilidad que se deriva de tales actuales y que asumen los Estados, es motivo para contemplar un cambio legislativo, y que ya indicó la Resolución 59/115, de 10 de diciembre de 2004 la Asamblea General de Naciones Unidas (Piñeros, 2014), y que estableció de forma expresa que los Estados deben “promulgar y aplicar legislación nacional por la que se autorice y disponga la supervisión continua de las actividades que lleven a cabo en el espacio ultraterrestre las entidades no gubernamentales que se encuentren bajo su jurisdicción”.

También se apuesta por una regulación más flexible teniendo en cuenta que los recursos deberían utilizarse en beneficios de todos, no de unos pocos o privilegiados (Marinho y Reis, 2019). Sin embargo, ello contrasta con la permisividad de la comercialización de los recursos del espacio ultraterrestre en la legislación tal y como está concebida.

10. Perspectivas de futuro respecto a la regulación en relación con los conflictos planteados: el programa Artemisa

Hasta ahora, hemos tratado la tentativa de asentarse en la Luna teniendo en cuenta los recursos naturales del satélite, pero en ningún momento hemos considerado las implicaciones que ello podría acarrear en el ser humano (Hoffstadt, 1994). La creación de la primera base lunar nos plantea de qué manera afectaría a una persona el pasar un largo período de tiempo fuera de nuestro planeta.

Sí que es cierto, que hemos sido testigos de parte de estas consecuencias gracias a las misiones Apolo y a las largas estancias de algunos astronautas en la Estación Espacial Internacional. Se ha comprobado que la ausencia de atmósfera conlleva una gran dosis de radiación, así como la falta de aceleración gravitatoria produce un debilitamiento del sistema locomotor y dificulta el riego sanguíneo por todo el cuerpo.

No hemos mencionado la cuestión psicológica, que ha de sumarse a todos estos efectos. Dentro de la Psicología y la Psiquiatría se están realizando nuevos estudios para poder preparar mejor las futuras misiones y ser conocedores de los peligros a los que se exponen las personas al desempeñar este tipo de misiones de larga duración, esto es, aquellas de más de 100 días. Porque, a pesar de los rigurosos entrenamientos a los que se someten los astronautas una vez en órbita, el riesgo físico y psicológico es alto, y los expertos se temen, que poco conocido.

La convivencia en espacios reducidos, o situaciones extremas de presión, son ambientes en los que se pueden producir situaciones totalmente opuestas dependiendo del sujeto. Siendo los trastornos del sueño y la ansiedad los más repetidos a lo largo de diversos estudios. Gracias a los más de veinte años de duración de la carrera espacial, se han logrado grandes avances en el tratamiento de estos síntomas.

En cuanto al impacto ambiental, hay que tener en cuenta el ecosistema lunar, ya que el satélite ha estado inmutable durante muchos años. Cualquier actuación que se realice en su superficie o debajo de ella puede causar una alteración de los recursos, que debe ser considerado a efectos de minimizar los efectos negativos.

Respecto al programa Artemisa, la NASA se compromete a enviar astronautas estadounidenses a la Luna para 2024, incluida la primera mujer y el próximo hombre. Esta titánica misión de regreso, se realizará a través del programa de exploración lunar Artemis de la agencia estadounidense, donde utilizarán nuevas tecnologías y sistemas innovadores para explorar más que nunca los misterios que alberga la Luna.

Además, está previsto que colaboren con sus socios comerciales e internacionales para establecer nuevas misiones sostenibles para 2028. Y a posteriori, utilizar todos los conocimientos aprendidos en la Luna y sus alrededores para dar el siguiente salto gigantesco: enviar astronautas a Marte (NASA Science, S. S. E., 2019).

Recientemente se reveló el logotipo y los colores del programa Artemis, a raíz de la hermana gemela de Apolo en la mitología griega. La A está destinada a simbolizar una punta de flecha perteneciente al carcaj de flechas de la diosa Artemisa, a la vez que representa también, el lanzamiento. Otros factores del logo simbolizan la Tierra, la Luna y la trayectoria desde la Luna hasta Marte. Los colores incluyen azul tierra, rojo cohete y plata lunar. Los principales objetivos que persiguen son los siguientes:

- Demostrar nuevas tecnologías, capacidades y enfoques comerciales necesarios para la exploración futura, incluido Marte.
- Establecer un liderazgo estadounidense y una presencia estratégica en la Luna mientras se expande su impacto económico global en los EE. UU.
- Ampliar las alianzas comerciales e internacionales.
- Inspirar a una nueva generación y alentar carreras relacionadas con la ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas.

Los principales Acuerdos Artemisa son los siguientes (NASA, 2020):

- a) Propósitos pacíficos. Se establece una cooperación internacional para impulsar la exploración espacial y mejorar las relaciones pacíficas entre los países. Todas las actividades que se realicen en el espacio tendrán que ser con fines pacíficos según los principios que establece el Tratado del Espacio Ultraterrestre.
- b) Transparencia. La exploración espacial civil y responsable deberá ser transparencia de forma que se conozca públicamente la política y planes de los mismos. Las naciones que firmen los Acuerdos deberán ser transparentes de forma que publiquen las políticas y planes de manera transparente.
- c) Interoperabilidad. Para realizar una exploración espacial segura y sólida, los países utilizarán estándares internacionales abiertos. También deberán desarrollar nuevos estándares cuando sea necesario, y deberán apoyar la interoperabilidad siempre que sea posible.

Asistencia de emergencia. Se deberá brindar asistencia de emergencia a quienes la precisen y es la base de cualquier programa espacial civil responsable. Los Acuerdos de Artemisa confirman los compromisos de la NASA sobre el Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (1968). También esta ayuda se traduce en adoptar todas las medidas razonables que sean posibles para asistir a los astronautas que se encuentre en peligro.

- f) Registro de objetos espaciales. Para lograr un entorno seguro y sostenible en el espacio, y la realización de actividades públicas y privadas es preciso el registro de objetos espaciales. Resulta fundamental para evitar interferencias perjudiciales. Se insta por parte de los Acuerdos de Artemisa a que se unan en relación con el registro de objetos espaciales.
- g) Divulgación de datos científicos. Se fomenta el intercambio completo y abierto de datos científicos, con la finalidad de divulgación para garantizar que todos los países se puedan beneficiar.
- h) Protección del patrimonio. Se protegerán los sitios y artefactos históricos al igual que sucede en la Tierra. Se adquiere un compromiso de protección por parte de los países.
- i) Recursos espaciales. Se indica que la extracción y utilización de los recursos se realizará según lo contemplado en el Tratado del Espacio, especialmente lo indicado en los artículos II, VI y XI.
- j) Evitar los conflictos en las actividades. Se establece que deberán evitarse los conflictos tal y como se indica en el Tratado del Espacio. Se proporcionará información pública sobre la ubicación y la naturaleza de las operaciones que proporcionarán información sobre la escala y alcance de las “Zonas de seguridad”.
- k) Basura y naves orbitales. Se deberá preservar el medio ambiente para que sea seguro y sostenible en el espacio. La NASA y los países socios acordarán una planificación para mitigar la basura espacial, de forma que sea una eliminación segura y eficiente, también de las naves cuando hayan finalizado su misión.

Depositán sus esperanzas en el nuevo cohete de la NASA, el Space Launch System (SLS), que está previsto que envíe a los astronautas y grandes equipos, a bordo de la nave espacial Orion, a más de 400 000 Km de la Tierra a la órbita lunar. Y en el futuro, podría soportar misiones robóticas a Marte, Júpiter y Saturno. La nave espacial Orion puede transportar a cuatro miembros de la tripulación y apoyar misiones en el espacio profundo, a diferencia de las naves anteriores diseñadas para vuelos cortos. Orion atracará en la Puerta de Enlace (o “Gateway” en inglés), una nave espacial que entrará en órbita alrededor de la luna y se utilizará como puesto avanzado lunar donde los astronautas vivirán y trabajarán alrededor de la Luna. El Gateway permitirá un acceso más fácil a toda la superficie de la luna y la exploración potencial del espacio profundo (NASA, 2019). Finalmente, la tripulación regresará a la Tierra a bordo de Orion. Antes del retorno humano, se enviará un conjunto de instrumentos científicos y demostraciones tecnológicas a la superficie lunar a través de entregas comerciales a la Luna.

La agencia espacial lanzará dos misiones alrededor de la Luna para probar sus sistemas de exploración del espacio profundo. Actualmente, están trabajando en el lanzamiento de Artemis 1 para 2020, un vuelo sin tripulación para probar juntos la nave espacial SLS y Orion. Artemis 2, el primer vuelo de SLS y Orion con tripulación, se lanzará en 2022. La NASA aterrizará astronautas en la Luna para 2024 en la misión Artemis 3 y aproximadamente una vez al año a partir de entonces (NASA, 2019).

Si bien Marte sigue siendo el objetivo principal en el horizonte, se han decidido a explorar primero toda la superficie de la Luna con exploradores humanos y robóticos. Para posteriormente, en previsión de algún día enviar humanos a Marte, disponer del suficiente conocimiento sobre asentamientos extraterrestres para localizar ubicaciones de alto valor científico que brinden recursos para permitir a los exploradores humanos aterrizar, vivir y trabajar en Marte.

También interesa destacar las Vancouver Recommendations on Space Mining (Outer Space Institute, 2020), en el que se destaca la importancia de la minería dentro del desarrollo y utilización del Espacio, en el que refrendan el gran potencial económico. Estas Recomendaciones de Vancouver tienen como objetivo incidir en otras recomendaciones y directrices como los “Building Blocks” del Grupo de Trabajo Internacional sobre Gobernanza de los Recursos Espaciales de La Haya, de 2019. Se trata de ayudar a garantizar que la minería espacial se haga de forma segura y sostenible.

11. Conclusiones

La paralización del interés por volver a la Luna parece haber sido retomado recientemente a través de los denominados Acuerdos Artemisa de 2020, y subtitulados “Principios para la cooperación en la exploración civil y el uso de la Luna, Marte, cometas y asteroides con fines pacíficos” (Rasco, 2020). Han sido varios los países, en concreto ocho: Estados Unidos, Australia, Canadá, Japón, Luxemburgo, Italia, Reino Unido y Emiratos Árabes Unidos quienes han firmado los mismos orientados a la exploración lunar.

Este programa del mismo nombre, resulta de especial interés por incluir a la primera mujer, (previsto su alunizaje en 2024) y el interés en volver a pisar suelo lunar ya no se centra en la explotación de los recursos naturales, sino poderosas razones científicas, como instalación de laboratorios y bases con la finalización de realizar observación (Caputo, 2020-2011).

Desde el punto de vista jurídico, queda mucho por legislar (Véase las indicaciones que formula Cocca, 1965), ya que como hemos visto, la normativa vigente encabezada por el Tratado del Espacio y el Acuerdo Luna no contemplan la explotación, y limitan tanto la investigación como la explotación de los recursos. La necesidad de postular un órgano destinado a canalizar los conflictos que puedan surgir y mediar en la solución del mismo, como una herramienta alternativa, goza de viabilidad y podría resultar útil para aliviar la tensión legislativa que todavía no está resuelta, con una normativa que no ha experimentado ninguna evolución.

De hecho, como hemos visto en el presente estudio, el objetivo por la propiedad (Mann, 2019), por la titularidad de la Luna y los demás cuerpos celestes ha sido en eje sobre el que ha girado una normativa que no permite la adquisición de la propiedad por ningún medio admitido en Derecho, declarando a la Luna patrimonio de la Humanidad. No obstante, no podemos olvidar la naturaleza jurídica que tiene en el ámbito jurídico la Luna y el Espacio Ultraterrestre, ya que se considera como “res extra commercium” o “cosa fuera del comercio de los hombres” (Williams, 1990), y que en relación con el Acuerdo Luna se indica de forma expresa que la Luna y los demás cuerpos celestes son patrimonio de la Humanidad o “res communis humanitatis” (Williams, 1990). Esta naturaleza impide el comercio tanto de los satélites como de los recursos que en ellos se encuentran, así como cualquier forma de propiedad sobre los mismos, por lo que la posibilidad de disposición de los recursos y su comercialización pasaría por una reforma legislativa de gran calado tanto del Tratado del Espacio, y por ende del Acuerdo Luna, ya que es derivado de los principios que se contiene en aquél.

12. Referencias bibliográficas

- Anderson, S. W., Christensen, K. y LaManna, J. (2019). The development of natural resources in outer space. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 37, No. 2, 227-258.
- Actualidad Aeroespacial (2020). EEUU establece su derecho a apropiarse de los recursos de la Luna y Marte. Disponible en: <https://actualidadaeroespacial.com/eeuu-establece-su-derecho-a-apropiarse-de-los-recursos-de-la-luna-y-marte/>
- Añaños Meza, M. C. (2014). La idea de los bienes comunes en el sistema internacional: ¿renacimiento o extinción? *UNISCI Discussion Papers*, No. 34, 153-177. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/UNIS/article/view/44838/42248>
- Azcárraga, A. (2014). El (posible) futuro del espacio. *Cuadernos de estrategia*, No. 170, 189-192.
- BBC News, M. (2018). *¿De quién es la Luna? La mujer que demandó a la NASA para que no le quiten una muestra de polvo lunar que le regaló Neil Armstrong*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44473909>.

- Bowen, R. (2012). *La historia del excéntrico chileno que fue dueño de la Luna*. Disponible en: <https://www.guioteca.com/exploracion-espacial/la-historia-del-excentrico-chileno-que-fue-dueno-de-la-luna/>
- Caputo, A. (2010-2011). La expansión del Derecho Espacial y la teleobservación de yacimientos de sustancias minerales. *CIDA-E: Revista del Centro de Investigaciones y Difusión Aeronáutico-Espacial*, No. 35, 77-79.
- Cocca, A. (1965). Tres cuestiones en derecho espacial: Cosmonautas, vehículos y cuerpos celestes. *Aequitas*, Vol. 6, No. 6, 354-393. Disponible en: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1407/1786>
- Comellas, J. L. (1996). *Guía del Firmamento*. Editorial Rialp.
- Dodge, M. (2020). El derecho del espacio exterior y el futuro de la humanidad. *THEMIS: Revista de Derecho*, No. 58, 227-246.
- Fernández Abellán, J. L. (2005). Viabilidad de la explotación de los recursos naturales de la Luna. *Canteras y explotaciones*, No. 455, 8-16.
- Ferrer, M. A. (1988). Actividad comercial en el espacio. *Revista Latinoamericana de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, No. 1-2, 161-176.
- Ferrer, M. A. (1994). El Derecho Espacial en el orden del día del COPUOS. *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, No. 10, 1613-1628.
- Foust, J. (2018). *Google Lunar X Prize to end without winner*. Disponible en: <https://spacenews.com/google-lunar-x-prize-to-end-without-winner/>
- Franco Mogollón, I. M^a. (2014). Consenso, confianza y cooperación en el derecho del espacio ultraterrestre. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, No. 11, 1-29.
- GeoEnciclopedia (2019). *La Luna, el satélite de la Tierra*. Disponible en: <https://www.geoenciclopedia.com/luna/>
- Gómez de Castro, A. I. (2018). ¿Volvemos a la Luna? *Divulgación científica de científicos*. Disponible en: <http://divulgacioncientificadecientificos.blogspot.com/2018/11/volvemos-la-luna-ana-ines-gomez-de.html>
- Gorove, S. (1969). Apropiación nacional en el Tratado del espacio ultraterrestre. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. 13, No. 34-36, 465-471.
- Hoffstadt, B. M. (1994). Moving the heavens: Lunar mining and the common heritage of mankind in the Moon Treaty. *UCLA Law Review*, Vol. 42, No. 2, 575-621. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uclalr42&div=19&id=&page=>
- HistoryPlay (2018). *Batalla Legal por la Propiedad de la Luna*. Disponible en: <https://latam.historyplay.tv/noticias/batalla-legal-por-la-propiedad-de-la-luna>.
- Hope, D. (2019). *Lunar Embassy*. Disponible en: <https://lunarembassy.com/>
- Kopal, W. (s/f). *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*. Audiovisual Library of International Law. Disponible en: <http://legal.un.org/avl/ha/tos/tos.html>
- Mann, A. (2019). Pugna por la Luna. *Investigación y ciencia*, 514, 42-47.
- Marchán Romero, J. (1990). *Derecho internacional del espacio: teoría y política*. Civitas.

- Marinho Amorim, H. y Reis Rochael, C. H. (2019). Minerales espaciales: cosas de nadie en beneficio de todos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, No. 83, 89-131.
- Gadea, A.M. (2018). El Tratado de Derecho del Espacio Ultraterrestre. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, Vol. 1, No. 1, 60-64. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/Redic/article/view/9757>
- NASA (2019). *What is Artemis?* Disponible en: <https://www.nasa.gov/what-is-artemis>
- NASA Science, S. S. E. (2019). *Earth's Moon, in Depth*. Disponible en: <https://solarsystem.nasa.gov/moons/earths-moon/in-depth/>
- NASA (2020). *The Artemis Accords*. Disponible en: <https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/img/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf>
- Outer Space Intitute (2020). *Vancouver Recommendations on Space Mining*. Disponible en: http://www.outerspaceinstitute.ca/docs/Vancouver_Recommendations_on_Space_Mining.pdf
- Piñeros Torres, A. (2014). De la extracción y explotación de recursos naturales en el espacio ultraterrestre, la Luna y los cuerpos celestes. Una regulación jurídica. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, No. 12, 1-30.
- Prado Alegre, E. (2017). *Los estados de la unión europea frente a los grandes retos del derecho internacional del espacio*. Universidad Rey Juan Carlos.
- Presto, A. (2009). Tratamiento del tema de los derechos espaciales en las Naciones Unidas. *CIDA-E: Revista del Centro de Investigación y Difusión Aeronáutico-Espacial*, No. 34, 77-94.
- Ramón Fernández, F. (2017). *Derecho Espacial Teoría y Prácticas*. Tirant lo Blanch.
- Rasco (2020). *Canadá acaba de firmar un pacto de Luna nueva, ¿Es una buena idea?* Be one radio. Disponible en: <https://www.be1radio.com/canada-acaba-de-firmar-un-pacto-de-luna-nueva-es-una-buena-idea/>
- Süssmann Herrán, N. (2013). El Tratado de 1967: la extensión y garantía del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional en el espacio. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, No. 10, 1-27.
- Spataro Garcés, M. P. (2016). *El concepto de "Estado de explotación de los recursos naturales en la Luna y otros cuerpos celestes" -una propuesta de creación para el derecho del espacio ultraterrestre-*. Universidad de los Andes. Disponible en: <https://repositorio.unian-des.edu.co/handle/1992/18094>
- Varela Martínez, V. (2018). La importancia de fomentar la cooperación internacional en la utilización y exploración del espacio ultraterrestre. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, No. 10, 1-18.
- Von Rauchhaupt, F. W. (1972). El Derecho divino y el Derecho natural humano en el Derecho Espacial. *Revista de Estudios Políticos*, No. 182, 69-82.
- Williams, S. M. (1990). *Derecho Internacional contemporáneo: La utilización del espacio ultraterrestre*. Abeledo-Perrot.
- XPrice, G. L. (2019). *The New Space Race*. Disponible en: <https://www.xprize.org/prizes/google-lunar>

El Acuerdo de Escazú y su inserción en el derecho argentino. Una visión desde la provincia de San Juan

The Escazú Agreement: analysis of its insertion into Argentine Law. A view from the province of San Juan

Carlos Sánchez  Instituto de Derecho Ambiental del Foro de Abogados de San Juan, Argentina | carlossanchezmas@gmail.com

Geraldine Neris  Instituto de Derecho Ambiental del Foro de Abogados de San Juan, Argentina | gneris16@gmail.com

Recibido: 15/9/2020

Aceptado: 1/12/2020

Resumen En este trabajo se plantea el análisis general del Acuerdo de Escazú y su inserción en la escena jurídica argentina con especial mención a la provincia de San Juan. Se busca determinar, mediante método cualitativo y documental, su importancia, significado, características, fuentes, efectos esperados y la posible afectación de los datos personales ambientales. Se realiza una comparación con las leyes vigentes sobre la materia. También se hace énfasis en identificar cuál es el espíritu del acuerdo por medio de sus principios. Se propone un análisis de las principales obligaciones que deben ser implementadas por los estados parte. Escazú se presenta como un tratado novedoso y de importancia para la gestión de los problemas ambientales en la región de América Latina – Caribe. Su plena aplicación dependerá de la voluntad política de los Estados en su incorporación al derecho de cada estado parte. Se estima que el avance obtenido con este tratado ambiental y de derechos humanos es trascendental.

Palabras clave: Ambiente- información- justicia- participación.

Abstract: In this work, we aim at analyzing the Escazú Agreement and its insertion into the Argentine legal scene, especially focusing on the province of San Juan. By means of a qualitative and documentary method, we attempt to determine its importance, meaning, characteristics, sources, expected effects and the possible effects on environmental personal data. We make a comparison with the relevant laws in force. Emphasis is also placed on identifying the spirit of the agreement through its principles. An analysis of the main obligations to be fulfilled by States parties is proposed as well. Escazú is a novel and important treaty for the management of environmental problems in the Latin American - Caribbean region. Its full implementation will depend on the political will of the States to incorporate it into the law of each State party. The progress achieved with this environmental and human rights agreement is considered to be momentous.

Key words Environment- information-justice- participation

Cómo citar este artículo: Sánchez, C. y Neris, G. (2020). El Acuerdo de Escazú y su inserción en el derecho argentino. Una visión desde la provincia de San Juan. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 95 - 111. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe005>

1. Introducción

Las exigencias actuales que surgen del paradigma del desarrollo sostenible, los graves problemas ambientales y sociales en la región de América Latina y el Caribe y los conflictos internacionales producto de un mundo globalizado, sumado a la gran cantidad de recursos naturales que posee esta región, hace necesaria la existencia de una legislación internacional específica sobre la materia. El Acuerdo de Escazú celebrado en Costa Rica en el año 2018 es una posible respuesta a ello.

Este Acuerdo nace como resultado de una urgente necesidad expresada de la Cumbre de Río de Janeiro en 2012, concretando el principio diez de la Declaración de Río de Janeiro de 1992¹. Allí se establece que los temas ambientales son manejados de una mejor manera con la participación de todos los ciudadanos involucrados. Su fuente normativa inmediata es el Acuerdo de Aarhus, para los países de la Comisión Económica para Europa, suscripto en Dinamarca en el año 1998, resultando una influencia en cuanto a su método, su espíritu y, *mutatis mutandis*, la doctrina generada en torno a él.

El acuerdo tiene por finalidad principal el fortalecimiento de las capacidades institucionales de los Estados en la gestión del ambiente y, correlativamente, la mayor protección y libertad de acción de la población frente a las problemáticas ambientales, reflejado en sus tres pilares: acceso a la información ambiental, acceso a la justicia en cuestiones ambientales y acceso a la participación ciudadana en la toma de decisiones en asuntos ambientales. Se refuerza así que toda gestión ambiental debe basarse en una coordinada información multidisciplinaria y la participación ciudadana. Coincidimos en esto con Conesa, citado por Mantulak (2005, p.21), que incluye en el diseño de las políticas ambientales el conjunto de procedimientos y actuaciones de los grupos sociales y de las empresas.

El Acuerdo de Escazú prevé su entrada en vigencia a partir del noagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el undécimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, según expresamente dispone el artículo 22. Su ratificación se realiza por ante el Secretario General de Naciones Unidas (art. 21), siendo también depositario del Acuerdo. En tanto que la Secretaría Ejecutiva de la Conferencia Económica para América Latina y el Caribe (CELAM) actuará como Secretaría de Acuerdo (art. 17). Actualmente, el Acuerdo de Escazú ha obtenido las ratificaciones necesarias, incluso de la República Argentina, por lo que es derecho vigente. El undécimo país en ratificarlo fue los Estados Unidos Mexicanos.

Aunque no corresponde al objeto principal del presente trabajo conviene mencionar un caso especial de no ratificación: la República de Chile. Esta Nación fue promotora de la elaboración y firma del Acuerdo, pero una vez abierto a la firma de los estados manifestó su intención de no firmarlo. El motivo debe buscarse en la suspicacia que genera el conflicto de límites entre este país y el Estado Plurinacional de Bolivia. Existe desconfianza acerca del eventual uso del Acuerdo de Escazú por parte de este último para intentar componer disputas territoriales entre ambos Estados por ante la Corte Internacional de Justicia. Y debido a que el Acuerdo de Escazú impide expresamente a los Estados realizar reservas, Chile no podría reservar la norma que establece la resolución de conflictos por ante la Corte de La Haya, concluyendo así que de acceder al tratado vería comprometida su posición internacional ante un eventual reclamo boliviano². Ante ello se ha planteado la opción de realizar declaraciones interpretativas que dejen a salvo reclamos que pudieran afectar sus intereses.

¹ Consultar en: <https://www.cepal.org/es/infografias/principio-10-la-declaracion-rio-medio-ambiente-desarrollo>

² Oficialmente se expresó que se realizaría un análisis más profundo. Puede verse en: <https://minrel.gob.cl/comunicado-de-prensa/minrel/2018-10-04/194500.html>

La República Argentina participó activamente en el proceso de elaboración y su ratificación ha sido concretada, contando con un amplio consenso social. Así, durante la firma del mismo la Cancillería argentina expresó que refleja la voluntad regional de avanzar de manera efectiva en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, al generar un círculo virtuoso que permite garantizar el derecho humano a un ambiente sano (García Moritan, 2018). El presidente de la Comisión de Asuntos Exteriores del Senado, Jorge Taiana y el Ministro de Ambiente de la Nación, Juan Cabandié fueron instados a avanzar en la ratificación del Acuerdo de Escazú³.

Pretendemos presentar el Acuerdo de Escazú, explicar su significado, características, su importancia regional y las razones que, a nuestro criterio, lo diferencian de su fuente inmediata. Incluimos una especial atención a la provincia de San Juan, ámbito de nuestro trabajo profesional y académico. Dada la novedad del Acuerdo y su reciente ratificación, estamos lejos abarcar todos sus aspectos y pormenores.

2. Conceptualización e importancia

El Acuerdo de Escazú es un tratado internacional de Derechos Humanos con un enfoque típicamente ambiental. Con él se pretende generar un instrumento jurídico que, reflejando el principio 10 de la Convención de Río de 1992, comprometa a los Estados de América Latina y el Caribe a asegurar políticas que posibiliten el pleno acceso a la información ambiental, la participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales y el acceso a la administración de justicia en relación a temas ambientales, siendo estos los tres pilares en los que se fundamenta. En este sentido no hay antecedentes del reconocimiento sistematizado y con vinculación jurídica de derechos humanos ambientales.

La acción en América Latina - Caribe de grandes empresas ha traído, junto con sus valiosas inversiones, conflictos ambientales cuyo pasivo excede el beneficio. Ha expresado Moscoso (2012, p. 2) que las empresas con expansión internacional o transnacional pueden constituir una amenaza para la principal ventaja comparativa y competitiva que posee la región latinoamericana en relación con otras regiones, es decir, sus recursos naturales. En este sentido Escazú debería servir como un valioso recurso jurídico para la gestión sustentable del ambiente en la región.

Los pilares del acuerdo, expresados en el primer párrafo, están regulados en un conjunto orgánico de 26 artículos. En ellos se incorpora normativa relacionada a la protección de las personas que de cualquier manera llevan a cabo una participación activa en la defensa y promoción de los derechos humanos en asuntos ambientales, los llamados “defensores del ambiente”. Ello merece especial atención pues la región de Latinoamérica ha sufrido hostigamiento permanente incluidos arrestos, incautación de tierras, desplazamientos forzados, daños físicos, amenazas y asesinatos de activistas ambientales como ninguna otra región en el mundo⁴.

Escazú otorga a los ciudadanos de los Estados parte respaldo convencional para acceder sin impedimento irrazonable a la información ambiental, como la que proporcionan Informes y Declaraciones de Impacto

³ Más de 40 organizaciones según consta en: <https://farn.org.ar/archives/27536>

⁴ Pueden citarse, según el país y fecha de asesinato, los siguientes casos: Homero Gómez (México, 2020) defensor ambiental de la mariposa monarca; Celestino Ruíz (México, 2019) periodista difusor de problemáticas ambientales; Adán Vez Lira (México, 2020) dedicado a la conservación de territorios; Berta Cáceres (Honduras, 2016) activista ambiental y defensora de los derechos humanos; Dilma Ferreira Da Silva (Brasil, 2019) defensora de las tierras indígenas contra el desplazamiento forzado; José Napoleón Carrillo (Perú, 2018) defensor de la reserva ecológica Chaparrí; Edwin Chota, Jorge Ríos, Leoncio Quintisima y Francisco Pinedo (Perú, 2014) defensores de comunidades indígenas amazónicas; Carlos Castello (Argentina, 2008), ambientalista defensor de la laguna de Lobos; Carlos Aldairo Arena Salinas, (Colombia, 2019), defensor del agua, del cóndor andino y del Parque Nacional de Los Nevados. La lista continúa extensamente.

Ambiental, a la participación ciudadana y el irrestricto acceso a la tutela judicial efectiva en asuntos ambientales. Nuestro país tiende al fortalecimiento de las leyes que componen el conjunto de normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, porque Escazú es transversal a todas ellas. Sus tres pilares atañen, v.gr., a la protección de glaciares y ambiente periglacial, cuanto a las actividades de quema, cambio climático o eliminación de PCBs, etc. e influiría positivamente en el cumplimiento de las, hasta ahora, doce leyes de presupuestos mínimos⁵.

3. Clasificación

La doctrina ha elaborado distintos tipos de clasificación de los tratados internacionales. A los fines de simplificar esta parte de la exposición y no incurrir en una inoportuna digresión, optamos por la clasificación utilizada por Hernández Villalobos (2004, p.7). Así el Acuerdo de Escazú puede clasificarse de la siguiente manera:

A) Es un acuerdo **normativo**, pues “establece reglas de derecho objetivamente válidas, y se caracterizan porque todos los signatarios tienen idéntico contenido, es decir, persiguen objetivos comunes”.

B) Es un tratado **multilateral** y **abierto** aunque **restringido**. Lo primero porque está dirigido a una generalidad de Estados, lo segundo porque solo a los que forman parte de la región de América Latina y Caribe.

C) Es un tratado de **cooperación**. No podría ser de otro modo pues los ecosistemas no reconocen fronteras políticas. La efectividad de Escazú estaría seriamente comprometida sin una gestión de cooperación interestatal que incorpore criterios homogéneos de protección ambiental hacia adentro y hacia afuera de las fronteras nacionales.

D) Es un tratado **formal y permanente**. Regirá una vez transitados satisfactoriamente los estamentos gubernamentales para su aprobación y entrada en vigencia⁶. Por otro lado ha sido pensado con miras a su extensión en el tiempo y enmarcado en un proceso de mejoramiento continuo.

E) Es un tratado de **alianza**, en cuanto los Estados parte se comprometen a obrar conjuntamente para el cumplimiento de un fin dado. En el caso concreto: la plena implementación de los derechos de acceso (acceso a la información ambiental, a la participación ciudadana en la toma de decisiones de asuntos ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales).

4. Características

El Acuerdo de Escazú presenta las siguientes características:

⁵ Ley 25.612 Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio; Ley 25.670 Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de PCBs; Ley 25.675 Presupuestos Mínimos para la Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente; Ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas; Ley 25.831 Información Pública Ambiental; Ley 25.916 Gestión de Residuos Domiciliarios; Ley 26.331 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos; Ley 26.562 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Control de las Actividades de Quema; Ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial; Ley 26.815 Presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales; Ley 27.279 Presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los envases vacíos de fitosanitarios; Ley 27.520 Presupuestos mínimos para la adaptación y mitigación del cambio climático.

⁶ En nuestro derecho un tratado es un “acto federal complejo” según ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho”, considerando 17.

- No dispone la creación de instituciones administrativas de control. Tan solo se ha previsto un “Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento” (art. 18.1) de carácter consultivo, sin carácter judicial, punitivo y/o contencioso (art. 18.2).
- No dispone la creación de instancias jurisdiccionales. Esto debe entenderse relacionado con punto anterior. Se dispuso que las controversias serán dirimidas por ante la Corte Internacional de Justicia o Tribunales arbitrales, en este último caso según las normas que disponga la Conferencia de Partes (art. 19).
- No permite a los Estados efectuar reservas (art. 23). Pero permite realizar “declaraciones interpretativas”, que pueden ser útiles ante conflictos de límites, tal como lo exponemos en otra parte del trabajo.
- Es un tratado de Derechos Humanos.
- Es un tratado de Derecho Ambiental.
- Es un acuerdo regional (Médici Colombo, 2018, p. 3).

5. Fuentes: Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 y Convención de Aarhus

El Principio 10 de la *Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible* postuló, ya en 1992, la necesidad de avanzar en la implementación de los derechos humanos relacionados con el ambiente. Este principio, sin ser derecho positivo, es fuente necesaria a los fines de su interpretación. El Principio 10 declaró, “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”. Con ello se sienta una regla: en caso de duda debe proveerse siempre a favor de la información y participación ciudadana. Sigue el principio 10, “En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones”. Escazú promueve la actuación de los Estados en cuanto a la generación de información: ellos mismos deben producirla en el caso de que no exista, y así mismo deberá ser proporcionada de modo accesible en cuanto a los medios y a su formato. Finalmente, “Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

La influencia de la Convención de Aarhus (1998) para los Estados miembros de la Comisión Económica para Europa en el Acuerdo de Escazú es notable: su objeto y métodos son similares⁷ y su método es el mismo, en lo esencial. Además ambos representan materializaciones legislativas del Principio 10 de Río. No es extraño pues que el modelo de protección ambiental que plantea Escazú sea muy similar al del Convenio de Aarhus⁸. Ambos tratados, han sido patrocinados y promovidos por la Comisión Económica para Europa (CEE) y la Comisión Económica para América Latina y Caribe (CEPAL).

⁷ **Convención de Aarhus, art.1. Objetivo:** “A fin de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, cada Parte garantizará los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental de conformidad con las disposiciones del presente Convenio”. **Acuerdo de Escazú, art. 1: Objetivo:** “El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”.

⁸ <https://www.cepal.org/es/noticias/cepal-participo-reuniones-convenio-aarhus-protocolo-kiev-paises-bajos>

El disímil contexto económico y social entre los bloques regionales ha dado a Escazú sus particularidades respecto a Aarhus. Entre estas encontramos la regulación concreta de los “defensores del ambiente” (art. 9º, Acuerdo de Escazú), figura jurídica cuya existencia constituye una propuesta de solución y un compromiso de las partes en el aporte de soluciones contra la criminalidad en perjuicio de los activistas de los derechos humanos en cuestiones ambientales. No obstante la falta de un apartado particularizado al respecto, Aarhus contiene una previsión atinente a la protección de quienes ejerzan sus derechos de conformidad al convenio en el art. 3º, inc 8. El mismo establece la obligación de las partes de velar para evitar penalizaciones, persecuciones o la aplicación de medidas vejatorias en contra cualquier persona que ejerza los derechos que el Convenio reconoce. América Latina, a diferencia de los países signatarios de Aarhus, padece un problema de seguridad contra los activistas de derechos humanos ambientales, muchos de los cuales han perdido la vida, según se muestra en otra parte de este trabajo.

A diferencia de Escazú, la Convención de Aarhus se abrió a la firma, no solo de Estados, sino también de Organizaciones de Integración Económica Regional. Por este motivo la Unión Europea es parte del Convenio. Ello plantea una diferencia fundamental entre ambos tratados: la Convención de Aarhus cuenta con el respaldo, a los fines de su vigilancia, cumplimiento, desarrollo, estudio y análisis, del trabajo de los órganos de Unión Europea como la Comisión Europea (CE), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), etc., lo que hace a su fortaleza institucional y mayor y mejor perfeccionamiento continuo⁹. A modo de ejemplo, en un fallo sobre la interpretación del art.3 inc. 8 del Convenio de Aarhus y en relación a las Directivas 85/337/CEE; 2003/35/CE, art.10 bis y 96/61/CE, art.15 bis, sobre el concepto de “coste no prohibitivo” de los procedimientos judiciales, el TJUE dijo que:

Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, debe recordarse en primer lugar que la exigencia de que los procedimientos judiciales no sean excesivamente onerosos, establecida en el artículo 10 bis, párrafo quinto, de la Directiva 85/337 y en el artículo 15 bis, párrafo quinto, de la Directiva 96/61, no prohíbe que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan dictar una condena en costas (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2009, Comisión/Irlanda, C-427/07, Rec. p. I-6277, apartado 92). Ello se desprende explícitamente del Convenio de Aarhus sobre el cual debe «ajustarse en consecuencia» la legislación de la Unión, como resulta del considerando 5 de la Directiva 2003/35, que modificó las Directivas 85/337 y 96/61, precisando el artículo 3, apartado 8, de dicho Convenio que en modo alguno afecta al poder de los tribunales nacionales de imponer costas en una cuantía razonable al término de un procedimiento judicial¹⁰.

La jurisprudencia citada, emanada de un Tribunal comunitario, posee la virtud de hacer llegar su influencia a una gran cantidad de jurisdicciones estatales y fortalecer la aplicación de los derechos reconocidos por la Convención de Aarhus. La experiencia del Convenio de Aarhus debe tenerse presente en la interpretación y aplicación del Acuerdo de Escazú. El Sistema de Solución de Controversias es similar en ambos tratados: se recurre al arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, como se mencionó, Aarhus cuenta con la producción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁹ Europa, tanto a nivel regional como a nivel individual ha estado a la vanguardia de la protección del derecho de acceso a la información ambiental, aun antes del Convenio de Aarhus: v.gr: la Ley de Información Ambiental de la República Federal Alemana (UIG) del 8 de julio de 1994; Directiva N° 90/313 CEE; la ley española 38/1995 (transposición de la Directiva citada).

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de abril de 2013 *The Queen*, a instancias de David Edwards y Lilian Pallikaropoulos contra Environment Agency y otros Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom. Asunto C-260/11 Extraído de: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-260/11&td=ALL>

6. Los defensores del ambiente en el Acuerdo de Escazú

Escazú innova al incorporar un apartado que atiende especialmente a las obligaciones de las Partes en relación a la protección de aquellas personas o grupos de personas que realizan activismo social en el ámbito de la promoción y protección de los derechos ambientales. La actividad del defensor del ambiente procura dar impulso al desarrollo de aquellos derechos humanos ambientales, y en forma conjunta o alternada, abogar por su protección. Los tres pilares del Acuerdo: acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental (los “derechos de acceso” en el vocabulario de Escazú), se frustrarían inevitablemente si no se acordara seguridad a quienes actúan socialmente en cuestiones ambientales.

Existe una gran vulnerabilidad de este grupo social. Cada semana del año 2018 fueron asesinados tres defensores ambientales en el mundo, totalizando en ese año 164 personas, más de la mitad de ese total se produjo en América Latina (Global Witness, 2018). Este reconocimiento ha dado mayor visibilidad a un grupo social, seriamente perjudicado en el ejercicio de su integridad moral y física. La protección dispensada es forzosa en vista de la emergencia ambiental que padece la región latinoamericana. Los desastres ambientales o riesgos de desastre y las persecuciones a quienes los denuncian suceden en esta región con mayor frecuencia que en cualquier otro lugar del mundo. La censura de la denuncia ambiental ha pretendido soslayar problemas con consecuencias, a veces, catastróficas¹¹.

Aun cuando el acuerdo prevé en su artículo 2° un glosario de conceptos para la mejor interpretación de todo su cuerpo normativo, no figura allí la noción de “defensores del ambiente”. Consideramos que es en dicho artículo en donde debió incorporarse el concepto de “defensores del ambiente”. Siendo esta una incorporación original de Escazú su desarrollo conceptual desde el art. 2° hubiera ido en sintonía con su novedosa legislación. De todos modos el art. 9.1 consagra expresamente la garantía de un entorno seguro y propicio a las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales.

En el apartado citado se introduce una interpretación amplia que incluye a cualquier persona sin distinción de edad, condición social o afiliación política, o grupo de personas con o sin reconocimiento estatal, cuya actuación social principal o secundaria, permanente o esporádica sea la promoción y/o defensa de los derechos humanos ambientales. Por lo tanto, la actividad del defensor del ambiente en defensa y promoción del medio puede ser principal o accesorio, permanente o esporádica porque: a) “si *lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”; y b) es consecuente con la necesidad responder urgentemente a la emergencia de seguridad contra activistas ambientales.

7. El Acuerdo de Escazú entendido como un tratado de DDHH

El derecho a gozar de un ambiente sano tiene relación directa con los derechos humanos.

El Acuerdo de Escazú, es un tratado de derechos humanos, tanto porque así lo refiere su preámbulo, como porque los derechos ambientales están incluidos dentro de los derechos fundamentales que el hombre necesita para el desarrollo íntegro de su vida. Ya sea que se trate de su bienestar personal (buena calidad de vida, paz, gozo pleno de salud, etc.), como del desarrollo económico los adecuados parámetros de calidad ambiental son necesarios para cumplimentar satisfactoriamente las exigencias fundamentales de las diferentes comunidades humanas. En palabras de la Secretaria General de la CEPAL (Barcena, 2019):

¹¹ Además de los casos citados en la nota N° 4, dimos cuenta de otros en la conferencia “*Acuerdo de Escazú, Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales*”, que los autores brindamos en el Foro de Abogados de San Juan el 22 de noviembre de 2019. Quizás el desastre ambiental más importante en los últimos tiempos allí relatado haya sido el colapso de los diques de la Minera *Vale* en la República Federativa de Brasil.

Este Acuerdo Regional es un instrumento jurídico pionero en materia de protección ambiental, pero también es un tratado de derechos humanos. Sus principales beneficiarios son la población de nuestra región, en particular los grupos y comunidades más vulnerables. Su objetivo es garantizar el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de manera oportuna y adecuada, a participar de manera significativa en las decisiones que afectan sus vidas y su entorno y a acceder a la justicia cuando estos derechos hayan sido vulnerados.

La vinculación del cuidado del ambiente y el paradigma del desarrollo sostenible, por un lado, y el respeto y promoción de los derechos humanos, por otro, atiende especialmente al origen común de Escazú y su sucedáneo europeo, Aarhus. Este origen común plasmó en ellos su impronta como tratados de derechos humanos ambientales. Al respecto Pereira Nocera et al. (2018, p.4), han expresado que:

en este sentido, es imposible analizar los pilares de la Convención de Aarhus disociables de los Derechos Humanos y un Estado democrático de derecho, ya que la información y la participación pública son elementos clave en el discurso político de este momento, en un contexto general de un nuevo modelo de gobierno caracterizado por la transparencia, responsabilidad y la participación de los ciudadanos.

El Acuerdo de Escazú es el reconocimiento regional de los derechos humanos ambientales como inherentes al ser humano. Una respuesta a la necesidad imperiosa de resolver problemas concretos de la región Latinoamericana y del Caribe, como son la vida, el cuidado de los recursos naturales, su uso sustentable, el afianzamiento de la democracia participativa, la lucha contra la pobreza extrema, el acceso a la salud, la solidaridad económica, la dignidad natural del hombre y su sana relación con su entorno, entre otros.

8. Inserción del Acuerdo de Escazú en el derecho argentino

En el derecho argentino las normas ambientales han logrado un desarrollo aceptable con incumbencia en los temas de mayor preocupación ambiental. Ello es observable en las doce leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental que cubren varios aspectos, aunque no todos, de las cuestiones ambientales. Desde la sanción del art. 41 de la Constitución Nacional en 1994 nuestro país ha logrado en buena medida, dotarse de instituciones jurídicas aptas para la gestión sustentable del ambiente¹² (su efectivo cumplimiento o el compromiso oficial es una cuestión distinta).

La legislación argentina prevé un régimen de participación ciudadana en cuestiones ambientales en la ley 25.675, arts. 19, 20 y 21 y de acceso a la información ambiental por medio de la ley 25.675, art. 2 inc. i) y, específicamente, en la ley 25.831. Dichas leyes quedan sujetas a su adecuación al Acuerdo de Escazú. No obstante entendemos que los estándares de acceso a la información ambiental dispuestos en Escazú no se oponen con los previstos por dichas normas. Antes bien tienen la finalidad de complementarlos y fortalecer toda la legislación vigente, desalentando interpretaciones restrictivas de los derechos de acceso. Esto último se observa en el lenguaje vehemente de Escazú que alienta su interpretación amplia, a diferencia de nuestra legislación. Así, el art. 3 de la ley 25.831 expresa que “el acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física y jurídica”, mientras que Escazú va más allá al establecer en su art. 6 que “Cada parte garantizará que las autoridades competentes generen recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible, y que actualicen periódicamente esta información y alienten la desagregación y descentralización de la información ambiental”.

El régimen de excepciones al derecho de acceso a la información ambiental regulado en el art. 5 inc. 5 y 6 de Escazú, mantiene vigente el actual régimen de excepciones contemplado en el art. 7 de la ley 25.831. Ello así

¹² Aunque el sistema debe aún superarse, no compartimos las críticas de Eduardo Pigretti (2007) a la ley general del ambiente N° 25.675.

porque en aquella norma se establece que se podrá denegar el acceso a la información ambiental en base a las excepciones ya estipuladas en la legislación nacional. Ello será así en tanto no se configure una denegación irrazonable del derecho en cuestión.

La concertación de la política ambiental argentina ha sido confiada al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)¹³. Por ello la implementación de Escazú deberá enmarcarse en el Federalismo de Concertación mediante este organismo, persona jurídica de derecho público, compuesta por el Estado Nacional y las Provincias. Esto no será un detalle menor para implementar los derechos de acceso de Escazú y su coordinación con la legislación nacional que venimos comentando.

El mecanismo de competencias compartidas en cuanto a leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental del art. 41 de la Constitución Nacional ha sido una novedad de la reforma constitucional de 1994. El correcto funcionamiento del sistema constitucional depende del dictado de las normas de presupuestos mínimos por parte del Congreso de la Nación y las pertinentes normas complementarias por parte de las provincias.

En cuanto al derecho de acceso a la justicia por cuestiones ambientales el art. 9 de la ley 25.831, establece que “en dichos supuestos (infracciones a la ley) quedará habilitada una vía judicial directa, de carácter sumarísima ante los tribunales competentes”. Su falta de reglamentación procesal produce el riesgo de quedar tan solo como un postulado bien intencionado. No obstante, otorga una valiosa herramienta procedimental que apuntala el derecho de acceso a la justicia en cuestiones ambientales. Mientras esta vía no esté concebida de modo específico debe interpretarse que se refiere al procedimiento más expedito que legislen los códigos procesales de las provincias y el nacional.

Debe mencionarse también la ley 27.275 aunque no es una ley de presupuestos mínimos en el sentido del art. 41 de C.N. y tampoco refiere precisamente a la información ambiental. Sin embargo, por los objetivos declarados en su art. 1 (efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública), su aplicación a los casos de marras es jurídicamente factible.

Finalmente es menester agregar que el espíritu que anima hoy a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es terreno fecundo para la aplicación amplia y efectiva del Acuerdo de Escazú. Destacaremos tan solo el fallo “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano' y otros s/ acción de amparo ambiental”. El Tribunal, luego de un razonable examen de la normativa implicada, estableció que las controversias ambientales deben ser siempre resueltas por los tribunales del modo más favorable a la protección y conservación de los ecosistemas. Lo contrario conspira contra la defensa del ambiente.

9. Inserción del Acuerdo de Escazú en la legislación de la provincia de San Juan

San Juan cuenta con un sistema que, al menos en lo formal (Constitución provincial, arts. 9, 27 y 58), protege el derecho de acceso a la información ambiental, pero no cuenta con ley específica (Sánchez Mas y Neris, 2018, p. 2 y ss.). Existe la Ordenanza Municipal 12.308/18 del Municipio Capital sobre acceso a la información pública, participación ciudadana y transparencia pero sujeta a un ámbito de aplicación restringido.

El art. 27 de la Constitución provincial declara que la información, en todos los aspectos, es considerada como de interés público y además que todo habitante tiene el derecho que se le informe sin distorsiones de ningún tipo. Al encuadrarse el mandato en el texto constitucional implica su aplicación a la información de índole ambiental. La ley provincial 504-L sobre Evaluación de Impacto Ambiental impone al obligado de

¹³ Véase la Ley 25.675, art. 9 y su Anexo I y la Ley 25.831, art. 5

realizar un estudio de impacto ambiental, convocar a audiencia pública bajo sanción de nulidad a los afectados o interesados en la preservación de los valores ambientales (arts. 6 y 9); además otorga la posibilidad de recurrir a la justicia para exigir el cumplimiento de los postulados de la ley a fin de prevenir daños potenciales (art. 10); finalmente califica el contenido del informe de impacto ambiental como información pública y posibilita así su acceso amplio a la comunidad afectada y/o interesada (art. 8, 13 y Decreto Reglamentario 2067/1997, art 13). El sistema provincial debe complementarse con art. 268 del Código de Minería de la Nación (remisión del art. 34 de la ley provincial 688-M), en tanto establece que la autoridad de aplicación proporcionará información ambiental a quien la solicitare.

En cuanto a la participación ciudadana, la ley 513-L asegura su cumplimiento en el art. 3 inc. f) 1), g) e i) y en el art. 10 inc. c). Ello debe interpretarse en el marco del art. 47 de la Constitución provincial como un derecho político con atingencia ambiental. La acción de amparo ambiental está garantizada por el art. 58 de la Constitución provincial, en tanto establece que toda persona puede pedir por acción de amparo la cesación de la causa de la violación de los derechos ambientales.

La actividad minera posee un régimen ambiental circunscripto al Título XIII, Sección Segunda del Código de Minería de la Nación, y al art. 41 de la Constitución Nacional (art. 233 Código de Minería de la Nación). Por ello, como se expresó más arriba, la implicancia de Escazú en este ámbito no adolecerá de incongruencias sino que servirá de complemento y refuerzo adecuados.

10. El control de Convencionalidad en la provincia de San Juan

El Acuerdo de Escazú aporta importantes elementos jurídicos para el mejor manejo, desarrollo y progresión de la sustentabilidad ambiental, conservación de hábitats y reconocimiento y aplicación de los derechos humanos ambientales. Pero ello requerirá una acción proactiva de la judicatura de cada estado parte mediante el control de convencionalidad, es decir, la actividad del juez nacional que evalúa la coincidencia de la norma interna (sea constitucional o infraconstitucional) y los Tratados de Derecho Humanos con el objeto de identificar las contradicciones entre uno y otro, que pudiera generar responsabilidad internacional del Estado (Miolano et al, 2008). El control de convencionalidad puede entenderse “como corolario del principio pro homine que viene de la mano del art. 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el que incluso permite la aplicación de normativa nacional o criterios interpretativos nacionales cuando sean superiores a los estándares internacionales” (Miolano et al., 2011, p. 179). Ello es coincidente con el art. 2 k) del Acuerdo de Escazú en cuanto establece que el principio pro persona guiará a las partes en la implementación del acuerdo.

Las normas que de algún modo menoscaben, restrinjan, alteren o amenacen los derechos que mediante el Acuerdo de Escazú se pretenden crear o fortalecer en el caso que ya existan, deberán derogarse indefectiblemente, tal es el caso, según entendemos, de la regresiva ley 1366-L de la provincia de San Juan¹⁴.

¹⁴ Esta ley establece: Art. 1° Los proyectos de obras o actividades con destino a viviendas, establecimientos educativos, centros de salud o de seguridad, cuyo comitente sea el Estado Nacional, Provincial o Municipal, se encuentran excluidos de la Ley N° 504-L y, por ende, de la Evaluación y Declaración de Impacto Ambiental (DIA), Art. 2° Lo establecido en el artículo precedente, incluye a las obras construidas o que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley se encuentren en **construcción** y que, por diversas razones, no hubieren obtenido la Declaración de Impacto Ambiental. Art. 3° Comuníquese, etc. Es inconstitucional porque vulnera la garantía de acceder a información ambiental: art. 41 Const. Nac.: “Las autoridades proveerán (...) a la información y educación ambientales”; así también art. 27 y 58 Constitución de San Juan. Además conculca el mismo art. de la Const. Nac. en cuanto contraviene los art. 3; 4 y 7 de la ley 25.831 (Presupuestos mínimos de libre acceso a la información ambiental), y art. 2, 4, 11 y 12 de la ley 25.675 (Presupuestos mínimos para la gestión sustentable y adecuada del Ambiente), en cuanto “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”. Es también inconvencional por violación de los art. 1; art. 2 k); art. 3 h); art. 4 inc. 3 y 8 y art. 6 inc. 1, 2, 3 del Acuerdo de Escazú.

La autoridad encargada de realizar el control de convencionalidad en la provincia de San Juan es la Corte de Justicia provincial a través del “control concentrado” del art. 208, inc. 2, Constitución Provincial; y los Tribunales inferiores, mediante el “control difuso” contemplado en el art. 11, Constitución Provincial. En el primer caso la iniciativa es privativa del Fiscal de Estado (art. 265 Constitución Provincial; ley 319-E, art. 4.A) y del Fiscal General de la Corte (ley 633-E, art. 11 inc. 19) (De La Torre et al, 2017, p. 72).

Es objeto de discusión la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial nacida en “Cabrera García Montiel Flores” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto establece que “Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana todos sus órganos incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”. Al respecto Miolano et al. (2011, p. 187) interpretan que

La referencia a los ‘órganos’ del Estado parte implica ampliar el plexo de sujetos obligados a llevar adelante el control de convencionalidad, lo que queda definitivamente dilucidado en el caso “Gelman” en la medida en que la CIDH expresó que el control de convencionalidad es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.

Consideramos que el Acuerdo de Escazú, en caso particular de San Juan, solo correspondería el ejercicio del control de convencionalidad al Poder Judicial en razón de la interpretación mayoritaria de la constitución provincial y la legislación complementaria citadas.

11. Datos Personales Ambientales

Se ha planteado la existencia de datos personales ambientales, que ponen en conflicto al derecho ambiental con el derecho a la protección de los datos personales y la intimidad. Escazú no ha incluido en su recomendado régimen de excepciones al derecho de acceso a la información ambiental la afectación de la intimidad y de los datos personales. De todos modos podría interpretarse contemplado si tenemos en cuenta que el art. 5 inc. 7 establece que “En los regímenes de excepciones se tendrá en cuenta las obligaciones de cada Parte en materia de derechos humanos.” En este sentido la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su art. 11 sobre “protección de la honra y la dignidad” que “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Pigretti (2007, p. 27) manifestó su postura en el sentido de la existencia de datos personales ambientales con derecho a una intimidad ambiental, circunscripto, eso sí, a áreas específicas. Así expresó que:

La calidad sanitaria de un grupo social permanecerá también ‘reservada’ en el banco de datos. No por razón ninguna deberá condenarse a un grupo social a vivir en forma anormal. Mientras no existan problemas de salud pública o de policía de la salud, nadie tendrá derecho a intervenir en los datos que la ciencia requiera para su evolución, mediante bancos de datos reservados ambientales.

La ley 25.831 dispone que la información ambiental podrá ser denegada cuando pudiera afectarse la confidencialidad de datos personales. Con ello, el derecho a la protección de los mismos puede participar sin mayor conflicto en la dinámica del Acuerdo de Escazú.

12. Principios guía para la implementación del Acuerdo de Escazú

Lorenzetti y Lorenzetti (2018, p. 107) sostienen que “Los principios en materia ambiental han tenido una profusa recepción en tratados internacionales, constituciones, leyes nacionales, declaraciones académicas y sentencias judiciales”. En línea con la afirmación precedente la ley general del ambiente N° 25.675 prevé 10 principios a los que debe sujetarse la interpretación y aplicación de toda norma mediante la cual se ejecute la política ambiental nacional. También el Acuerdo de Escazú ha hecho lo propio legislando 11 principios que deben servir como guía en la implementación del acuerdo. Los principios contemplados en el Acuerdo de Escazú son:

1) **Principio de igualdad y principio de no discriminación**¹⁵: Los derechos concedidos por el Acuerdo de Escazú son derechos individuales, aplicables sin distinción a toda persona. El acuerdo exige a las Partes la creación de medidas que faciliten el ejercicio de estos derechos, especialmente para quienes se encuentren en situaciones de vulnerabilidad, como son por ejemplo algunas comunidades de pueblos originarios. Se entiende, por ejemplo, que las excepciones al acceso a la información ambiental se entienden en razón de la cualidad de la información misma y no de la persona en sí propia considerada.

2) **Principio de transparencia y principio de rendición de cuentas**¹⁶: El acuerdo de Escazú exige la creación de un órgano o institución que sirva para revisar la información brindada, dicho ente deberá actuar con independencia de quién emita la información, garantizando de esta manera el debido control o rendición de cuentas.

3) **Principio de no regresión y principio de progresividad**¹⁷: Los derechos concedidos por el acuerdo sólo podrán mejorar, pero nunca retrotraer. En relación a su estipulación en la ley general del ambiente, Pigretti (2007, p.75) lo consideraba como un “principio teórico” y de escasa aplicación práctica. No regresión y progresividad son dos caras de la misma moneda: se trata de no disminuir la protección ambiental y mejorar continuamente los mecanismos de protección, respectivamente (Lorenzetti, R. y Lorenzetti, 2018, p.122).

3) **Principio de buena fe**: Contenido en el art. 3, inc. d) de Escazú, significa que las Partes deberán actuar e interpretar de buena fe las disposiciones del derecho ambiental internacional, cumpliendo con actuaciones razonables, maduras, y alineadas con los preceptos y valores de dicho tratado. Este es el sentido que le da a la buena fe la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹⁸, y el que debe tenerse presente para interpretar las disposiciones de Escazú.

4) **Principio preventivo**¹⁹: Es aquel que parte de conocer con certeza de que ha de ocurrir un daño o de que existe una gran probabilidad de que el mismo suceda, una vez que se dé el elemento determinante. Habrá una relación de causalidad conocida, en que se buscará interrumpir el curso causal para prevenir la consumación del daño. Tiene por finalidad evitar conflictos locales entre los estados parte y posibles daños en la región. El derecho a conocer sobre todas aquellas decisiones, medidas, actos o disposiciones que puedan lesionar el derecho al ambiente sano y equilibrado, permite actuar en consecuencia, creando la posibilidad de disminuirlo o en el mejor de los casos frenarlo, cuando el daño es conocido.

5) **Principio precautorio**²⁰: El Acuerdo de Escazú, en su art. 3, lo menciona sin definirlo. La ley 25.675 da una noción de él, estableciendo que ante un hecho o situación dada ninguna medida de protección ambiental

¹⁵ Art. 3, inc. a), Acuerdo de Escazú.

¹⁶ Art. 3, inc. b), Acuerdo de Escazú.

¹⁷ Acuerdo de Escazú: Art. 3, inc. c). Ley 25.675: Art. 4, 6to párr.

¹⁸ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (aprobada por ley -de facto- 19.865), art. 26, 31, 46 y preámbulo.

¹⁹ Acuerdo de Escazú: Art. 3, inc. e). Ley 25.675: Art. 4, 3er. párr.

²⁰ Acuerdo de Escazú: Art. 3, inc. f). Ley 25.675; Art. 4 4to. párr.

debe obviarse o evitarse por faltar información o certidumbre científica, siempre que aparezca la amenaza, riesgo o peligro de un perjuicio grave o irrecuperable. Esta noción es expresada en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del año 1992 (Cafferatta, 2007, p.222). Como señalan Lorenzetti R. y Lorenzetti P. (2018, p. 152), en coincidencia con Cafferatta (2007, p. 242) posee un valor normativo, obligatorio, que excede la mera exhortación. En aplicación de este principio la vía del proceso judicial debe servir para limitar o prohibir actividades que puedan generar daños a la salud humana o al ambiente natural aun cuando la duda científica no permita determinar el riesgo de tales daños con certeza absoluta. En este sentido toda la información ambiental que se encuentre disponible, aunque los estudios pertinentes no hubieran concluido, debe ser facilitada. Es también expresión del principio precautorio la promoción de participación ciudadana abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones en todas aquellas actividades que, sin certeza científica, entrañen posibilidad de daño ambiental.

6) **Principio de equidad intergeneracional**²¹: Este principio hace referencia a la idea de un desarrollo sustentable que se debe realizar con la finalidad de que generaciones futuras puedan gozar de la misma manera del derecho a un ambiente sano y que sus conquistas de derechos se lleven a cabo sin discriminación de raza, color, nivel socioeconómico, edad, etc.

7) **Principio de máxima publicidad**²²: La información ambiental se caracteriza por ser pública, completa, oportuna y accesible. Ella solo podría ser denegada en ciertas excepciones. La información deberá ser brindada por medio de datos abiertos al público, en diferentes idiomas para el respeto de la diversidad cultural existente en la región. Cada parte interviniente deberá interpretar el acuerdo de la manera más favorable para el goce y el respeto del derecho de acceso a la información.

8) **Principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales**²³: Representa uno de los elementos fundamentales de la relación pacífica entre los Estados en el marco del Derecho Internacional. Ha sido reconocido por la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 1803 (XVII), de 14 de diciembre de 1962. Es un derecho inalienable, por el que cada Estado podrá decidir su forma de gobierno, modelo de desarrollo, decisiones políticas y gestión de sus recursos naturales, sin perjudicar a otro Estado.

La aplicación de este principio presenta para la República Argentina un importante escollo en una amplia zona de su territorio por la controversia de soberanía pendiente de resolución con el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte por las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur y sus espacios marítimos circundantes. La persistencia del enclave colonial británico en la zona objeto del reclamo, distorsiona la plena aplicación del acuerdo de Escazú porque impide a nuestro país la correcta gestión de los recursos naturales allí existentes, como así también su protección, producción y difusión de información ambiental. Dado que Argentina mantiene incólume su continuo y casi bicentenario reclamo de soberanía sobre tales espacios marítimos e insulares en el Atlántico Sur, hubiera sido conducente a él establecer una declaración especial al ratificar el Acuerdo de Escazú alusivo a la Cuestión Malvinas. Consideramos que ello aún puede hacerse. Asimismo, otros conflictos de límites pendientes podrán tener entendimiento similar²⁴.

²¹ Acuerdo de Escazú: Art. 3, inc. g). Ley 25.675, Art. 4, 5to. párr. Para Eduardo Pigretti, en su comentario a esta ley “es un principio emotivo y no un principio sustantivo” PIGRETTI, Eduardo A. “Derecho Ambiental Profundizado”, ob. cit. Pensamos, sin embargo, que puede ser de utilidad para interpretar y dilucidar problemas concretos del derecho ambiental.

²² Acuerdo de Escazú: Art. 3, inc. h). Ley 25.675, Arts. 16, 17 y 18.

²³ Acuerdo de Escazú: Art. 3, inc. i).

²⁴ Por ejemplo, Conflicto entre Bolivia y Chile por la zona de Atacama; conflicto entre Venezuela y Guyana por El Esequibo; conflicto entre Uruguay y Brasil por la zona del Rincón de Artigas e Isla Brasilera, conflicto de límites entre Guatemala y Belice, etc.

9) **Principio de igualdad soberana de los Estados**²⁵: Parte de considerar que los diferentes Estados que integran la comunidad del Derecho Internacional son jurídicamente iguales y que van a gozar de los mismos derechos y capacidades para poder ejercerlos, y por ello tienen iguales deberes. El artículo 10 de la Carta de la Organización de Estados Americanos manifiesta que los derechos de cada uno de estos Estados poseen, no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del hecho de su existencia como persona de derecho internacional. A su vez, cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados, su integridad territorial y la independencia política de los mismos. Cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural y cada Estado tendrá el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales.

10) **Principio pro persona**²⁶: El acuerdo de Escazú ante un eventual conflicto de derechos propone como solución que dirimiría toda contienda, tener en cuenta este principio.

Bajo la mirada del mismo, se debe elegir siempre la norma más favorable hacia el ser humano y la naturaleza como elemento que ha de zanjar cualquier conflicto.

13. Principales obligaciones

Las principales obligaciones que impone Escazú a la Partes refieren a los pilares del acuerdo: los tres derechos de acceso. Junto a ellos existen otros que les son consustanciales y las complementan. No mencionaremos todas sino las que, a nuestro entender, son más importantes. Así:

Derecho de acceso a la información ambiental:

- Pleno y libre acceso a la información ambiental, según el principio de la máxima publicidad. “Art. 5: Cada Parte deberá garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad”.
- Asistencia, especialmente a grupos vulnerables, en cuanto a los procedimientos que posibiliten acceder a la información ambiental (Art. 5, inc. 3 y 4).
- Información precisa y fundadamente acerca de la imposibilidad de brindar información ambiental. El acuerdo brinda una serie de pautas guía a los Estados que no contemplen en su legislación interna causas de denegación de información ambiental. No es el caso de Argentina (Art. 5, inc. 5 y 6).
- Plazo de 30 días como máximo, bajo el formato que sea requerido por el solicitante y al costo exclusivamente de producción. (Art. 5 inc. 11, 12 y 17)
- Creación de entes con potestad de control y vigilancia: Art. 5, inc. 18: “Cada Parte establecerá o designará uno o más órganos o instituciones imparciales y con autonomía e independencia, con el objeto de promover la transparencia en el acceso a la información ambiental, fiscalizar el cumplimiento de las normas, así como vigilar, evaluar y garantizar el derecho de acceso a la información”.
- Generación, recopilación y divulgación de información ambiental, con el objeto de instar a las Partes a asumir una actitud activa respecto de la misma. (Art. 6, inc. 1).
- Establecimiento de sistemas de información ambiental que contengan textos de tratados y acuerdos internacionales, leyes, reglamentos y actos administrativos sobre el ambiente; informes sobre el estado

²⁵ Acuerdo de Escazú: Art.3, inc. j).

²⁶ Acuerdo de Escazú, Art. 3, inc. k)

del ambiente; listado de entidades públicas con competencia en materia ambiental; listado de zonas contaminadas, etc. (Art. 6, inc. 3)

Derecho de participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales.

- Participación pública asegurada en los procesos de toma de decisiones ambientales. Art. 7: “Cada Parte deberá asegurar el derecho de participación del público y, para ello, se compromete a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional”. -
- Implementación de mecanismos inclusivos que permitan la participación del público en procesos de decisión, re examinación, revisión o actualización a proyectos y actividades con incumbencia ambiental. (Art. 7, inc. 2).
- Promoción activa de la participación ciudadana (no solo que “pueda participar”). Deberán establecerse tiempos prudentes que permitan informarse, participando desde las etapas iniciales, y garantizando que las opiniones serán consideradas. Es el Estado quién debe “salir a buscar” a las comunidades interesadas, afectadas o vulneradas por asuntos con atingencia ambiental. (art. 7, inc. 3, 4, 5).

Derecho de Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales.

- Garantizar el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo con las garantías del debido proceso (Art. 8).
- Legislar normas procesales amplias en cuanto al acceso a decisiones judiciales como el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita (Art. 8, inc. 5).
- Garantía de formalidad escrita en las decisiones administrativas y judiciales, así como su fundamentación (Art. 8 inc. 6);
- Promoción de mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales (art. 8 inc. 7).

Obligaciones de colaboración, defensa y fortalecimiento de capacidades.

- Art. 10, inc. 1: “Las Partes cooperarán para el fortalecimiento de sus capacidades nacionales con el fin de implementar el presente Acuerdo de manera efectiva”.
- Art. 11, inc. 2: “Las Partes prestarán especial consideración a los países menos adelantados, los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo de América Latina y el Caribe”. -
- Garantía del entorno seguro a los defensores del ambiente Art. 9, inc. 1).
- Instrumentación de todas las medidas que posibiliten llevar adelante las obligaciones asumidas (Art. 13).

14. Conclusiones

El Acuerdo de Escazú es una iniciativa novedosa para América Latina y el Caribe. Constituye un avance en el proceso legislativo de democratización, transparencia y búsqueda del paradigma del desarrollo sostenible. La protección especial de activistas ambientales y otras minorías (v. gr. pueblos originarios y poblaciones vulnerables) y la implementación consultas previas es un paso legislativo concreto hacia la apertura y participación democráticas.

La provincia de San Juan posee legislación ambiental que garantiza los derechos de acceso y permitiría su adecuada adaptación a Escazú. No obstante, será necesaria una revisión integral de la legislación ambiental provincial para reforzar en ella los postulados de Escazú. Entendemos que será necesario un esfuerzo denodado de las autoridades políticas para que Escazú pueda ser un instrumento de solución de la problemática ambiental en la región de América Latina y Caribe. El resultado deseado es el pleno cumplimiento del paradigma del desarrollo sustentable y el respeto por la calidad de vida de las generaciones actuales y venideras.

15. Referencias bibliográficas

- Bidart Campos, G. (2003). *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Ediar.
- Cafferatta, N. (2007). *Principio Precautorio (con especial referencia a la doctrina y legislación de Argentina y Brasil)*. Lex, Vol. 5, Núm. 4.
- CEPAL (2019). *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. Disponible en:
- De La Torre Yanzón, E., Pastor, C., Riveros, E. y Tripolone, G. (2017). *El control de constitucionalidad en la provincia de San Juan. Análisis y Jurisprudencia*. Editorial Universidad Nacional de San Juan.
- Deutsche Welle (2020). *Denuncian asesinato de otro ambientalista en México*. Disponible en <https://www.dw.com/es/denuncian-asesinato-de-otro-ambientalista-en-m%C3%A9xico/a-53083636> [Consultado el 16/4/2020]
- García Moritán, E. M. (2018). *ONU: Argentina suscribe Acuerdo Regional sobre información en asuntos ambientales*. Disponible en <https://www.cancilleria.gob.ar/es/actualidad/noticias/onu-argentina-suscribe-acuerdo-regional-sobre-informacion-en-asuntos-ambientales> consultado el 27/9/2018
- Global Witness (2018). *2017 Es el año con más muertes registradas de personas defensoras de la tierra y el medio ambiente (disponible en <https://www.globalwitness.org/en/press-releases/2017-es-el-%C3%B1o-con-m%C3%A1s-muertes-registradas-de-personas-defensoras-de-la-tierra-y-el-medio-ambiente/>, consultado el 24/7/2018)*.
- Hernández Villalobos, L. L. (2004). *Los Tratados Internacionales como base de la Diplomacia Mundial*. Disponible en <file:///C:/Users/Romina/Downloads/Dialnet-LosTratadosInternacionalesComoBaseDeLaDiplomaciaMu-2347402.pdf>
- https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf
- Ley 25.831(2004). *Sancionada por el Congreso de la Nación Argentina 26 de noviembre de 2003. Promulgada de Hecho: enero 6 de 2004 (disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/91548/norma.htm>)*
- Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P. (2018). *Derecho Ambiental*. Rubinzal Culzoni.
- Mantulak, M. (2005). *La revisión ambiental inicial en la industria de la madera*. Editorial Universitaria de Misiones.
- Médici Colombo, G. (2018). *El Acuerdo de Escazú: la implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe*. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX Núm. 1.
- Miolano, J. Conca, M., Inojosa, D. y Suarez Jofre, C. (2011). *Introducción al Derecho Internacional Público*. Editorial Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de San Juan.

- Moscoso Restovik, P. (2011). Principios de Competencia Judicial Internacional y de Protección del Medio Ambiente. *Revista Ius et Praxis*, 17 (2), 283 – 304. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200010>
- Moscoso Restovik, P. (2012). Distinciones conceptuales para determinar el Foro competente para un daño ambiental internacional. Estudio de derecho comparado con base en el artículo 5.3 del Reglamento (CE) Bruselas I. *Revista de Derecho*, (38), 1-35.
- Nonna, S., Dentone, J. M., Waitzman, N. y Fonseca Ripani, E. (2011). *Ambiente y Residuos Peligrosos*. Editorial Estudio.
- Pereira Nocera, R., Jiménez Rodríguez, N., Herrera Meza, E. A., Velázquez Barrio, S. W. y Estrada Mejía, A. M. (2018). Del convenio Aarhus y sus efectos para el derecho internacional del medio ambiente: un análisis del pilar de la participación del público Disponible en <https://www.revistaespacios.com/a18v39n11/a18v39n11p03.pdf>
- Pigretti, E. (2007). *Derecho Ambiental Profundizado*. Editorial La Ley.
- Sánchez Mas, C. A. y Neris, G. (2018). El sistema normativo en la Provincia de San Juan en torno al derecho de acceso a la información pública ambiental y su incidencia en el debido proceso administrativo, Presentado en el III Congreso Nacional de Comisiones e Institutos de Derecho Ambiental, Mendoza. Disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=1>
- Sanchez Más, C. A. y Neris, G. (2019). Conferencia: Acuerdo de Escazú, Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en asuntos ambientales. Foro de Abogados de San Juan.

Entrevista a Fabián Salvioli

Justicia transicional: lidiar con el pasado, una cosa del presente para construir el futuro

Realizada por videoconferencia el 9/10/2020



Fabián Salvioli es un jurista argentino, abogado y doctor en ciencias jurídicas por la Universidad Nacional de La Plata; en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de dicha universidad fue profesor titular (catedrático) de la cátedra de Derecho Internacional Público durante veinte años. Actualmente, es titular de la cátedra de Derechos Humanos, dirige el Instituto de Derechos Humanos, y es fundador y director de la Maestría en Derechos Humanos; posee más de ciento cincuenta publicaciones, entre ellas seis libros y artículos científicos sobre derecho internacional, derechos humanos y educación; ha dictado cursos de posgrado, de doctorado y conferencias en más de treinta países de los cinco continentes. Integra las asambleas generales del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo, Francia) y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José de Costa Rica); co dirige Berg Institute de Relaciones Internacionales (Madrid).

Posee una experiencia práctica de tres décadas en el derecho internacional de los derechos humanos; en el sistema interamericano, litigó y asesoró casos ante la Comisión y la Corte Interamericana, y presidió tribunales ad hoc de reparaciones en el marco de soluciones amistosas; en la Organización de Naciones Unidas integró el Comité de Derechos Humanos entre 2009 y 2016, órgano que también presidió en 2015-2016; asimismo, en el año 2018, el Consejo de Derechos Humanos lo designó Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, las reparaciones y las garantías de no repetición, cargo que ejerce en la actualidad.

Por su trayectoria ha recibido diversos premios y condecoraciones; entre ellas, fue designado ciudadano ilustre de La Plata, personalidad destacada de la Provincia de Buenos Aires, Graduado Ilustre por la Universidad Nacional de La Plata, profesor honorario en la Universidad de Buenos Aires, profesor honorario en la Universidad Nacional de La Pampa; es miembro honorario de la Academia Mexicana de Derecho, y Doctor Honoris Causa por el Instituto Universitario Puebla, en México.

Esteban Beltrán Verdes

Desde junio de 1997 es Director de la Sección Española de Amnistía Internacional. Esta organización de derechos humanos cuenta con más de 92.000 miembros en España, más de 100 grupos de trabajo y es su responsabilidad directa dirigir su Oficina Central en la que trabajan más de 60 personas contratadas y más de 200 voluntarios. Ha sido hasta hace poco Asesor del Secretario General para proyectos globales de Amnistía Internacional en todo el mundo. En la actualidad forma parte del Equipo Global de Gestión de Amnistía Internacional.

Es Diplomado en Estudios de Desarrollo por el Birbeck College de la Universidad de Londres, estudios que realizó del año 1993 al 1995. Es profesor universitario invitado, además, en los Master de Derechos Humanos y Cooperación de las Universidades de Granada y del País Vasco, profesor de investigación de violación de derechos humanos en el Master de Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid y profesor del Instituto de Derechos Humanos en el Master de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata. Es autor de varios libros y publicaciones sobre derechos humanos, el más reciente “Derechos Torcidos; Tópicos, mentiras y medias verdades sobre pobreza, política y derechos humanos” (Editorial Debate).

Cómo citar este artículo: Beltrán, E. (2020). Entrevista a Fabián Salvioli. La justicia internacional: el poder de la gente en todo el mundo. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 112 - 120. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe006>

Esteban Beltrán: - Verdad, justicia y reparación. ¿Es realista pensar que los tres puntos o los tres objetivos deben impulsarse por los gobiernos de forma simultánea? ¿Tienen los tres el mismo valor en tu opinión?

■ Fabián Salvioli: - Los tres forman parte de una misma cuestión: el cumplimiento de los estándares en materia de Derechos Humanos, yo agrego lo relativo a las garantías de no repetición y el componente de memoria, que creo que es el quinto pilar de la justicia transicional y así lo hice saber en mi último informe al Consejo de Derechos Humanos. Las experiencias muestran que cuando uno de estos componentes falla, el proceso no es exitoso y los problemas subsisten. Dos ejemplos claros, antagónicos: el de España, donde no hubo avances prácticamente y donde tenemos décadas de reclamos y la cuestión encima de la mesa y sin resolver; o el de la ex Yugoslavia, en donde se hicieron fuertes esfuerzos en accountability, porque ha habido sentencias y juzgamientos, un tribunal internacional, cortes nacionales y, sin embargo, el déficit en el componente de memoria nos lleva a la situación de que hoy algunas de las personas que fueron condenadas por crímenes contra la humanidad, terminan sus condenas y son considerados héroes por parte de la población, lo cual es muy, muy serio. Los Estados no tienen la posibilidad de elegir entre estos cinco bloques de los procesos de justicia transicional, son todos componentes que deben cumplir, es como una fórmula química en la cual no puede fallar ningún elemento.

Esteban Beltrán: - ¿Hay algún ejemplo en que los tres se puedan impulsar simultáneamente? ¿Es realista pensar en la misma intensidad de verdad, la misma intensidad de justicia, reparación o garantías de no repetición y de memoria? ¿Es realista pensar que se pueden impulsar simultáneamente?

■ Fabián Salvioli: - Depende de las circunstancias por las que atraviesen los Estados, el proceso de justicia transicional nunca es rápido. No se pueden solucionar problemas que han tenido décadas de desarrollo en dos meses, o en cuatro o en cinco. Lo que no es realista es pensar que se puede pasar la página en cinco meses de atrocidades que se cometieron durante años. Tomando esto como política de estado y a largo plazo es realista pensar que es factible, luego se va avanzando en medida de lo posible. Nunca hay que resignar la posibilidad de avanzar porque son obligaciones a cumplir por los Estados.

Esteban Beltrán: - Cuando estabas hablando de justicia transicional ¿por qué poner adjetivos a la justicia? ¿No es un poco el concepto de justicia transicional una especie de justicia light? ¿Por qué hay que agregar transicional a la justicia? ¿No será justicia de lo que hay que hablar?

■ Fabián Salvioli: - Por supuesto, estoy plenamente de acuerdo y fue el término que se utilizó y se utilizó mal, lo que está en transición no es la justicia, lo que está en transición es el país. Es justicia a la transición por la que vive el país, pero justicia. Los intereses políticos han intentado a lo largo de los tiempos utilizar esta terminología a los efectos de establecer mecanismos que de justicia tienen poco. Es un poco paradójico, yo ahora soy el Relator de Justicia Transicional de Naciones Unidas, pero cuando comencé mi trabajo en Derechos Humanos lo último que quería escuchar hablar era de la justicia transicional porque la justicia transicional era a la justicia, lo que la música militar es a la música. Pero bueno, 25 años después soy el Relator de justicia transicional, aunque yo no cambie, lo que cambió es la justicia transicional.

Esteban Beltrán: - Y hablando de buenos ejemplos ¿Hay algún ejemplo, llamémosle transicional, para no quitarle el apellido a tu relatoría, hay algún modelo de justicia transicional, sea en América

Latina o en otra región, que te parezca especialmente interesante para destacar en el sentido positivo y cuál es esa cuestión que lo hace en tu opinión destacable? Si es que hay alguno que te parezca destacable.

■ Fabián Salvioli: - Yo creo que en materia de rendición de cuentas y de accountability el ejemplo en América Latina que mejor funciona es el de Argentina, que cumple bastante con los estándares establecidos hoy por el Derecho internacional penal contemporáneo. En relación a que ciertos crímenes no pueden quedar en la impunidad en ningún caso, con sus dificultades porque las causas de crímenes de lesa humanidad a veces avanzan más, a veces avanzan menos, siempre hay circunstancias centrífugas internas que hacen que la cosa pueda ir un poco más despacio, pero bueno, avanza. Los ejemplos de las comisiones de la verdad en Perú y en Brasil, han sido muy buenos, son dos comisiones de la verdad que han funcionado efectivamente muy bien. La comisión de la verdad de Perú ha tenido, por ejemplo, un valioso enfoque de género; es una de las primeras comisiones de la verdad que ha tenido un enfoque de género y eso es algo realmente destacable. Y por ejemplo Chile, que tiene un serio déficit de accountability, de todas maneras ha establecido muy buenos programas nacionales de reparación en lo que tiene que ver con rehabilitación médica, psicológica y psiquiátrica. Todos sabemos que este tipo de crímenes dejan secuelas muy fuertes a nivel físico, psíquico y psiquiátrico. En otros lados, a pesar de los esfuerzos hechos por la comunidad internacional, que han sido muchos y grandes tanto de órganos oficiales como Naciones Unidas o de organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional, por ejemplo, Guatemala ha sido caracterizado por la falta de voluntad política de avanzar en la dirección en la que hay que avanzar. El Salvador es un ejemplo doloroso, más de treinta años después se constatan aún muchos déficit, lo he podido comprobar en mi último viaje al país, lo que se refleja en el informe oficial que presenté hace unos días al Consejo de Derechos Humanos.

Esteban Beltrán: - Dos preguntas concretas. Primero en relación al concepto de rendición de cuentas: para que realmente la accountability tenga sentido y aquellos que cometieron crímenes de Derecho internacional comparezcan ante los tribunales, entiendo que es clave que se acometa inmediatamente la investigación según terminen la dictadura o termine el conflicto armado, la rendición de cuentas pierde su sentido si se tarda mucho tiempo entre los hechos acaecidos y la investigación ¿porque cómo puede ser esa rendición de cuentas cuando pasan mucho tiempo? Y lo mismo en garantías de no repetición, por ejemplo, lo que mencionabas de El Salvador. En El Salvador quizás en los informes de verdad no se mencionara los responsables directos ¿pudo influir en que ahora sean están repitiendo alguno de los errores de han sucedido en el pasado?

■ Fabián Salvioli: - A la primera de las preguntas, sí por supuesto, coincido plenamente en que el proceso de accountability tiene que ser lo antes posible, y se debe llevar adelante porque a medida que el tiempo pasa es más compleja la producción de prueba, y además de que es más compleja la prueba se genera una fuerte sensación de frustración en las víctimas. En general se observa que en algunas comunidades las víctimas terminan conviviendo con sus perpetradores a pocos metros, lo cual es escalofriante y a mi juicio revictimizante. Entonces un proceso de justicia transicional en esas condiciones, tiene cualquier cosa menos justicia. Ahora, cuando no ha habido posibilidades de hacerlo antes porque los Estados han establecido leyes de impunidad, etcétera, trabas de distinto tipo, bueno, más vale tarde que nunca, la justicia debe ser perseguida, aunque hayan pasado muchas décadas.

En relación a la segunda pregunta, mi respuesta es: no lo sé. No estoy tan seguro de que las cuestiones de repetición de hechos tengan que ver con una causa-efecto con lo que vos mencionabas directamente. Si me parece fundamental el restablecimiento de la confianza de la sociedad en el Estado. Hay un término que se

utiliza muy perversamente en la justicia transicional que “reconciliación” pretendiendo que las víctimas se reconcilien con los verdugos, lo cual es una barbaridad, es una absoluta barbaridad. La reconciliación se tiene que dar entre las víctimas y el Estado, es decir las víctimas que perdieron la confianza en el Estado, que en lugar de ser una máquina de garantizar derechos, que es lo que debe ser porque esa es la función del Estado, se convirtió en una máquina de matar; esas víctimas han perdido la confianza en el Estado y necesitan reconciliarse con él. La reconciliación sí sucede después de que el Estado tomó todas las medidas de garantía de no repetición, reformas institucionales y lo que se conoce como el proceso de vetting, pero con el Estado, no con los perpetradores que deben ser juzgados y condenados. En conflictos entre grupos o guerras internas, igualmente la reconciliación se da entre las facciones, no con las personas que dentro de las facciones han cometido crímenes que el derecho internacional no acepta e impone condenar.

Esteban Beltrán: - Vamos a pasar otro concepto de la parte de rendir cuentas a la parte de la comisión de la verdad. La comisión de la verdad ¿Cómo se compara con un proceso judicial que busque a los responsables, cuál es esa tensión que ha habido en algunos lugares, entre una comisión de la verdad que busca la verdad absoluta pero que no nombra a los responsables? O como en Sudáfrica pues si eras responsable y si lo declarabas responsable te librabas, ¿cómo se compara respecto a los procesos judiciales que hace investigaciones penales y busca responsabilidades penales? ¿Hay alguna tensión? ¿Hay algo que veas que pueda ayudar a que no exista esa tensión?

■ Fabián Salvioli: - Es un gran planteo que obedece a que en los inicios de los procesos de justicia transicional se ha planteado una falsa dicotomía entre verdad y justicia, y para mí son absoluta y necesariamente complementarias, no contradictorias. La comisión por la verdad tiene objetivos diferentes, es una verdad general, es una verdad que no abarca a todos y cada uno de los casos, es una verdad que documenta un determinado proceso histórico para que la sociedad lo conozca y es una verdad que puede servir como elementos de prueba a los efectos de los procesos judiciales, de ninguna manera sustituirlos. Son mecanismos completamente distintos y los dos son imprescindibles. Sin verdad no hay justicia, pero sin justicia no se cumplen las expectativas de las víctimas y en ese sentido entonces podemos decir que no es factible la paz. La justicia sin la paz de las víctimas no es justicia. Sino ¿de qué tipo de paz estamos hablando?

Esteban Beltrán: - ¿En tu opinión pueden convivir lo que es la verdad judicial con la verdad administrativa o del Estado en reconocer lo que ocurrió? ¿Hay tensión o deberían coincidir?

■ Fabián Salvioli: - Deben, deben convivir por supuesto; hay que entender que el proceso judicial tiene otras cosas que son importantes como las garantías a respetar para las personas imputadas. O sea, el hecho de que una persona no haya podido ser encontrada culpable de la comisión de un genocidio, no quita el hecho de que se haya cometido un genocidio, entonces, son dos cosas que deben ir conjuntamente. Como señalaba: verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición y memoria, son cinco elementos indispensables, no pueden faltar componente de ninguno en un proceso de justicia transicional. En torno a las comisiones de la verdad y también el resto, es muy importante que las víctimas no sean actores pasivos. Las víctimas deben participar en el proceso de justicia transicional desde el inicio y no como convidadas de piedra para legitimar procesos que diseñan otros. Desde el diseño a la implementación, la voz de las víctimas no sólo tiene que estar, debe ser prioritaria y debe ser atendida, eso es imprescindible. Los procesos de justicia transicional que se llevan a cabo en nombre de víctimas, sin que las mismas hayan tenido la posibilidad de participar ampliamente y decidir qué cosa sí y qué cosas no, no son válidos.

Esteban Beltrán: - Te quería preguntar por algo que ha quedado como una situación de limbo de verdad, justicia y reparación: el caso de Colombia. Limbo en el que no se sabe muy bien cómo está la situación, si hay proceso de paz, si se termina el proceso de paz o si sigue el proceso de paz. En tu opinión, ¿cuál es la situación en Colombia desde el punto de vista de la verdad, justicia y reparación en un conflicto armado de 50 años? ¿Cuáles serían tus valoraciones en la situación de Colombia?

■ Fabián Salvioli: - Puedo hacer valoraciones muy preliminares porque naturalmente es un país que estoy estudiando, estoy examinando y de ninguna manera puedo adelantar conclusiones. Colombia es el laboratorio de justicia transicional que hay en el mundo. Yo he pedido visita oficial al Estado, el Estado me la ha negado, lo cual es bastante paradójico que el Estado que tiene el mecanismo de justicia transicional sobre el que están los ojos del mundo no acepte la visita oficial del Relator sobre justicia transicional; eso quiere decir algo naturalmente, imagino que el Estado va a revertir esta posición, espero, en breve. Yo creo que se han hecho esfuerzos importantes, y que los acuerdos de paz fueron un buen esfuerzo. El problema es, que la realidad que estamos viviendo no se compadece, y esto no significa violar ninguna regla de mi mandato, basta con ver los informes y las preocupaciones de otras relatorías de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales de líderes campesinos y otros problemas muy serios; pareciera que hay sectores que claramente se resisten a entender y a aceptar que el conflicto armado ha finalizado. Es evidente, hoy tenemos un número elevado de ejecuciones extrajudiciales y de actos en contra determinados grupos y personas. La comisión de la verdad de Colombia está haciendo un gran trabajo. Incluye, por ejemplo, como otro factor valioso y, esto podemos lo hilar con la primera pregunta sobre las comisiones de verdad, la situación que atraviesan los colombianos en la diáspora -que se encuentran en otros países-; en ese sentido, funciona muy bien.

Luego, a nivel de reforma institucional el Estado ha tomado medidas también que me parecen importantes y valiosas. Hay un gran tema que quedó abierto en el proceso de paz, y ese será un serio problema, que es cómo implementar las cuestiones relativas a las restituciones de tierras. Colombia es uno de los países en los que mayor desplazamiento forzado ha habido, en buena medida de poblaciones indígenas, dejando lugares que han terminado siendo usurpados por paramilitares, y que no quieren devolverlos, y eso ha quedado en una nebulosa en relación a la implementación, es un punto álgido y creo que va a traer muchos problemas. Y luego, el accountability es sobre lo que no debo expedirme claramente, porque está en funcionamiento la justicia especial de paz, y a mí me interesa ver los resultados para poder compararlos con los estándares internacionales a los efectos de decir si es compatible o no con las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

Esteban Beltrán: - La parte de Colombia que parece muy relevante que mencionas del conflicto de tierras es efectivamente una de las razones del conflicto armado en ese país y efectivamente toda la estructura que se creó dentro de Colombia para solventar el regreso de gente sin temor a tierras que prácticamente no se ha cumplido en un 90%. Entonces toda esa conquista de paramilitares, y de las mejores tierras, donde la gente se quedó desplazada, pues es una asignatura pendiente muy seria y todo el programa de restitución de tierras de los antiguos gobiernos colombianos, también en mi opinión no ha logrado el efecto de reparación, de reconocimiento y garantías de no repetición.

Un aspecto que quería también que analizaras Fabián, es la relación entre procesos de justicia transicional, entre la justicia de un país, la justicia de otros países y la justicia del Tribunal Penal Internacional y su impacto. Y también la justicia universal, ese concepto extraordinario de justicia que frente a afrontas contra todos nosotros o nosotras que cualquier juez debe investigar en cualquier lugar del mundo ¿Cómo eso se comparece en un tema de justicia transicional o la investigación que hacen los propios tribunales o la falta

de investigación que hacen los propios tribunales en un país o cuándo, eventualmente, debe actuar el Tribunal Penal Internacional? Es decir, esa combinación, para garantizar la justicia y la rendición de cuentas, ¿cuándo debe ser nacional y cuándo debe ser internacional? Esa tensión, me gustaría que la analizaras brevemente.

■ Fabián Salvioli: - Es un tema extraordinario, a mí me ha tocado trabajarlo muy de cerca. Hay que comprender que el sistema internacional siempre debe ser visto de manera complementaria, siempre es complementario y que el peso más fuerte, el peso en realidad recae fundamentalmente sobre los Estados nacionales. Entonces, el Estado nacional no puede decir que tiene dificultades para juzgar e iniciar las acciones pertinentes utilizando como excusa que a nivel internacional se juzga muy poco, porque el plano internacional es para “juzgar muy poco”. El plano internacional no se puede colapsar con todos los casos de todos los países, es imposible que un tribunal internacional absorba todo eso, explota. El espacio efectivo de la justicia es el campo nacional. El campo nacional debe llevar a cabo la justicia conforme a los estándares y los estándares son que los más graves crímenes no pueden quedar impunes y deben ser perseguidos. Deben ser perseguidos por el sistema penal. Si el lugar de la comisión de los hechos, es decir allí donde rige la territorialidad, donde se han cometido efectivamente los hechos, no funciona, el Estatuto de Roma tiene una previsión extraordinaria en el preámbulo que dice que: es deber de todo Estado Parte, juzgar a los responsables de los más graves crímenes; no dice a los responsables de los más graves crímenes cometidos en su territorio. A mi juicio, el preámbulo del Estatuto de Roma establece una obligación para los Estados de tipificar la jurisdicción universal, y esa debe ser una campaña de las organizaciones no gubernamentales, señalando que todos los Estados Partes deben establecer jurisdicción universal para complementar aquella jurisdicción territorial que no haya cumplido con los objetivos de condenar estos crímenes. Porque como bien vos decís, toda la humanidad es afectada por esta situación. Y allí, cuando a nivel interno ni por el país, ni por otros países del Estatuto de Roma se puede hacer justicia, es dónde la Corte Penal Internacional tiene, a mi juicio, la obligación de actuar. Cuando digo la obligación de actuar también me quiero referir a una cuestión, quiénes puedes iniciar un asunto ante la Corte Penal Internacional son la Fiscalía de la Corte, un Estado Parte en el Estatuto, o el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Ahora, se da una situación, a mí me tocó participar en la Conferencia de Roma en ese momento representando al Secretariado internacional de Amnesty, que las ONG planteamos en aquella oportunidad como el “veto del Pol Pot”, es decir, qué pasaba si los crímenes se cometían en un país contra nacionales de ese país y ese país no había ratificado el Estatuto de Roma. Allí, el asunto no podía llegar ni por la vía de la Fiscalía, ni por la vía del Estado Parte, entonces ahí yo creo que, la facultad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas se convierte en obligación. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tiene la obligación, a mi juicio, de mandar el asunto a la Corte para cumplir con el objetivo del Tratado de Roma y, el objetivo del Tratado de Roma, es que los crímenes más atroces no queden impunes. El Consejo de Seguridad no debería tomar esa atribución que tiene como una facultad, sino como una obligación de actuar cuando no se dan las circunstancias establecidas para el ejercicio de la competencia de la Corte.

Esteban Beltrán: - Es interesante, porque más o menos, se estima que un 70 u 80 % que tienen en sus legislaciones los países, la posibilidad de actuar en materia de justicia universal, sin embargo, se cuentan con los dedos de una mano los países que toman acciones en ese sentido. Pareciera que existe la posibilidad de la justicia universal en muchos países del mundo, pero no se hace en la práctica. Es excepcional lo que Alemania está haciendo ahora con algunos casos de Siria, o Francia en el pasado incluso con algunos casos de Argentina, etc. ¿Llegará un momento que la legislación se convertirá en práctica en tu opinión? Porque ya es un avance importante que esté la legislación, pero no existe esa práctica.

■ Fabián Salvioli: - Sí, yo creo que tampoco hay que ser naif, hay que entender que detrás de ese tipo de causas casi siempre hay muchos movimientos políticos turbulentos dentro de los Estados. A ningún Estado le gusta tener problemas con otro. Entonces cuando quienes administran justicia en un Estado, llaman a personas relevantes de otro Estado a rendir cuentas, casi siempre hay una pequeña electricidad diplomática, y eso se amplía mucho más cuando el Estado en cuestión es un Estado poderoso o un Estado que tiene un interés económico muy grande o muy alto, allí es muy difícil que la propia justicia se anime a avanzar en esa dirección. El ejemplo de España ha sido claro, la justicia universal ha funcionado de maravillas con el caso argentino, ha funcionado de maravillas con el caso guatemalteco y cuando se quiso avanzar en un asunto relativo a un caso chino, se reformó la ley de justicia universal, porque eso le generaba un serio problema diplomático a España con China, que sabe presionar muy bien, digamos, que sabe hacer su trabajo muy bien. De todas maneras, este camino siempre ha sido difícil, siempre ha sido lento, el de la accountability, pero se han dado progresos extraordinarios. Quienes trabajábamos en Derecho Humanos hace 25 o 30 años, allí cuando vos y yo nos conocimos, quizás pensábamos esto como una cosa inviable, absolutamente inviable, y hoy al menos estamos discutiendo sobre si hay dificultades para la implementación o no. Lo cual muestra que el camino de la militancia y el trabajo en Derechos Humanos vale la pena.

Esteban Beltrán: - Absolutamente, yo creo que cuando tú y yo nos conocimos el Derecho internacional era fundamentalmente una materia de la Universidad (risas) y hoy es en la práctica un elemento de Justicia, entonces, es un cambio sustancial. Dos últimas preguntas, Fabián. Una tiene que ver las amnistías, ¿hay alguna amnistía que se pueda aceptar por crímenes de Derecho internacional? ¿Por alguna razón?

■ Fabián Salvioli: - La única amnistía que se puede aceptar es Amnistía Internacional que es una ONG maravillosa que trabaja por los Derechos Humanos en todo el mundo y que nació para liberar a los presos de conciencia que estaban encarcelados por sus opiniones. No son factibles ni amnistías, ni mecanismos de impunidad, indultos, o perdones para crímenes contra la humanidad o para crímenes de guerra, los efectos de esas leyes son nulos. Ya hay suficiente establecimiento jurisprudencial sobre ello: la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha dejado sentado desde el caso Barrios Altos en adelante. Las amnistías han caído por su propio peso, lo único que genera una amnistía es diferir el problema para más adelante, los Estados no deben recurrir en esos mecanismos. Esto ya ha sido consagrado a nivel mundial en el propio Estatuto de Roma. A mí me pasa mucho cuando entiendo a Estados de distintos lugares del mundo en el ejercicio de la Relatoría que te dicen: sí, sí iniciamos un proceso de justicia transicional vamos a hacer esto, esto otro y vamos a establecer una amnistía, como si quisieran negarse a entender que ya hace 25 años que eso no es aceptable, que se podía pensar en eso a inicios de los '80, pero eso ya no es aceptable. La comunidad internacional ha tomado otra decisión, y es que esos hechos lo único que generan es que nunca se pueda terminar de dar vuelta a la página y, otra vez el ejemplo de España, es evidente, allí están las víctimas pidiendo justicia, con toda razón y cuando las víctimas se mueran, quienes pedirán justicia serán sus hijos y cuando se mueran sus hijos, serán sus nietos, pero algún día esa justicia va a llegar. Un Estado sano, democrático, valiente, lo que debe hacer es abordar esa cuestión como corresponde, hacer justicia de una buena vez a las víctimas, no re victimizarlas y entonces sí avanzar en una sociedad efectivamente integrada en una cultura de paz.

Esteban Beltrán: - Última pregunta sobre España, has mencionado varias veces a España. En mi país en 85 años, primero por una dictadura y, luego pues la democracia, prácticamente no ha habido verdad y justicia ni reparación oficial, a ninguna víctima, por todo lo que se sufrió durante la guerra civil y la dictadura. Sin embargo, es una reivindicación que continúa por una parte de la

sociedad, no mayoritaria. Ahora hay pasos que se están dando para la posibilidad de que haya un tipo de avances en ese sentido, pero todavía un poco indefinidos ¿Cuál es en tu opinión lo que deberían hacer primero las autoridades españolas para avanzar en verdad, justicia y reparación? ¿Cuál sería la secuencia más correcta para avanzar en verdad, justicia y reparación en tu opinión en España?

■ Fabián Salvioli: - Es una pregunta muy difícil por qué me haces elegir entre cosas que son imprescindibles, pero en término de elegir, hay una cuestión que a mí me parece de un tremendo dolor y que ya no debe ser aceptable. Que el esfuerzo por localizar y sacar a las víctimas de ejecuciones extrajudiciales de fosas comunes, ha quedado en manos de las propias víctimas. Esto es realmente escandaloso, es realmente escandaloso que el Estado no se ponga al frente de esa actividad. Es escandaloso tener que aclarar que una cuneta no es un cementerio y que hay personas de una edad muy avanzada que lo único que quieren es recuperar los huesos de sus familiares para poder darles una sepultura conforme a sus creencias y hacer el duelo. ¿Quién puede oponerse a eso? ¡¿Quién?! Ya no estamos hablando de juzgar a tal persona, estamos hablando de darle los huesos de su padre a una persona que ya está por morir y que te dice, cómo me han dicho personas que yo he entrevistado, quiero hacer esto para morir en paz. Por supuesto que hay que hacer todo, pero en términos de urgencia eso me parece que no hay que hacerlo hoy, hay que hacerlo ayer. Ahora, el Estado no debería, si se encarga de eso, decir: - “No, no fíjense que estamos haciendo esto”. Tiene que hacer todo lo otro también, y mucho más un Estado con recursos, desarrollado, que tiene todos los elementos para llevar adelante esta cuestión. Y debe ser una política de Estado. Debe ser una política de Estado, independientemente de los gobiernos. Yo sé que esto es difícil que es realmente difícil. Recuerdo cuando presidí el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y nos tocó examinar a España y yo quedé francamente alucinado de la respuesta de la Jefa de delegación y su comitiva; en un momento, uno de los responsables de la cartera de Justicia del Estado, diciendo públicamente: “nosotros hemos decidido la amnesia”. La amnesia no se decide, ¿la amnesia de quién? No se decide la amnesia, de nadie se decide la amnesia. Cuando conversas con las víctimas hoy, el dolor es actual, es actual y me atrevería a decir que el dolor es mayor. Porque en ese tipo de situaciones el paso del tiempo genera más dolor. Entonces, esa es una medida, pero ya se han perdido 80 años, así que no hay excusas, hay que poner todos los elementos del Estado, para hacer lo que hay que hacer y, si no, nunca se va pasar la página. Lo que hoy sucede todavía, por ejemplo, con Armenia: ahí están reclamando en relación al genocidio de armenios que pasó hace un siglo y así será por generaciones. La paz no se impone, la paz se construye y la paz construye con memoria, verdad, justicia, reparaciones, garantías de no repetición y cultura de paz.

Esteban Beltrán:- Ahora sí, la última pregunta Fabián, saliendo de esta reflexión me ayuda pensar que mucha gente piensa que verdad, justicia y reparación tiene que ver con lidiar con el pasado, con lo que ocurrió en tu país, en tu región, pero tiene un importante componente de futuro, que tú has apuntado. Me gustaría que como parte final de esta conversación apuntaras cuáles son las partes del futuro que ganamos tratando con el pasado, tratando bien al pasado. ¿Cuál es la parte de futuro que ganamos?

■ Fabián Salvioli: - Mucha, muchísima. A eso le dediqué mi último informe en el Consejo de Derechos Humanos. Mi informe fue sobre memoria. Hay una conexión directa entre la impunidad, y la falta de avance en materia de justicia transicional y los procesos de memoria. Todo el déficit en esa materia se refleja en algunos lugares en violaciones contemporáneas de derechos. El ejemplo de El Salvador es evidente: hay elementos muy claros de vínculos de violencia entre hechos del pasado no abordados debidamente y lo que pasa actualmente. Lo mismo sucede en Guatemala. Hay que abordar adecuadamente el pasado porque hay que hacer justicia a las víctimas. A mí me parece absolutamente inaceptable que todo el mundo entienda que

si una persona te choca el coche tiene la obligación de reparar, y que por otro lado tengamos que estar explicando que, si te han torturado, masacrado, etc., tienen que reparar esos daños. Parece mentira que una sociedad que se ha construido sobre la idea de que quién generó un daño debe reparar, tenga una resistencia tan enorme a que los daños más tremendos sean efectivamente reparados. Hay que hacerlo porque hay que hacerlo, pero además, es un ejemplo para el futuro de esa comunidad. La comunidad le dice a todo el mundo “esto no es aceptable, esto no es tolerable, nosotros nos ponemos del lado de que hay límites, de que un Estado o grupos de oposición, no pueden hacer cualquier cosa en relación a las personas, y entonces cuando eso sucede lo abordamos correctamente. Y lo abordamos correctamente y así construimos una cultura de paz”. Eso hace al comportamiento cotidiano en materia de Derechos Humanos. Es lo único que efectivamente que va a llevar a tener un mundo en paz y seguridad, que no se puede decretar por el solo hecho de que el artículo 1 de la Carta de Naciones Unidas lo diga. Eso se construye, no aparece mágicamente y se construye de la base de los Derechos Humanos, que es el concepto más poderoso que el Derecho le ha dado a la humanidad en el siglo XX, y es la herramienta imprescindible para que la paz no sea sólo la ausencia de guerra, sino el marco en el cual cada persona pueda diseñar y llevar adelante sus proyectos de vida.

Esteban Beltrán:- ¡Muchas gracias Fabián!

Sobre el desplazamiento por cambio climático y su regulación en el Derecho Internacional

Climate change displacement and its regulation in International Law

- Beatriz Felipe Pérez Universidad Rovira i Virgili, España
Recibido: 20/7/2020
Aceptado: 17/9/2020
- Matthew Scott Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Lund, Suecia
Recibido: 1/9/2020
Aceptado: 18/9/2020
- Sumudu Atapattu University of Wisconsin Law School, Estados Unidos
Recibido: 9/9/2020
Aceptado: 18/9/2020
- Ignacio Odriozola Universidad de Buenos Aires, Argentina
Recibido: 1/9/2020
Aceptado: 17/9/2020

“Conversar” es la acción de hablar con una o varias personas. En esta sección nos proponemos que especialistas dialoguen por escrito sobre uno de los temas actuales del Derecho internacional: el desplazamiento por cambio climático que afecta a miles de personas en todo el mundo y el vacío normativo en el reconocimiento de la protección de estos desplazados, lo que a su vez genera un debate sobre si considerarlos como migrantes o refugiados. En esta oportunidad invitamos a Josefina Buscetti* quien planteó a los especialistas el siguiente interrogante: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a principios del año 2020, en su opinión al caso sobre la deportación a la República de Kiribati de Ioane Teitiota quien había solicitado asilo bajo los términos de “refugiado” o “persona protegida” en Nueva Zelanda, concluyó que los desplazados como consecuencia del cambio climático no deben ser devueltos a su país de origen si sus derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida, se encuentran en riesgo a causa de este retorno, marcando de esta manera un precedente a nivel global, por lo tanto, ¿cómo considera que debe plantearse la normativa internacional para que en su aplicación los Estados tengan la obligación de reconocer y proteger a los desplazados transfronterizos por cambio climático que solicitan asilo? A continuación compartimos las opiniones de los especialistas sobre la cuestión planteada.

Palabras clave: cambio climático, desplazamiento, principio de non refoulement

Cómo citar este artículo: Atapattu, S., Felipe Pérez, B., Odriozola, I. y Scott, M. (2020). Sobre el desplazamiento por cambio climático y su regulación en el Derecho Internacional. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 121 - 126. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe007>

* Miembro del Departamento de Derecho Internacional del Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata.
Correo electrónico:
josefinabuscetti@gmail.com

1. Beatriz Felipe Pérez

Investigadora asociada al Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT) de la Universidad Rovira i Virgili (URV, Tarragona). Licenciada de Ciencias Ambientales (Universidad de Granada) y Máster en Derecho Ambiental, Postgrado en Cooperación Internacional y Desarrollo y Doctora en Derecho por la URV. Se ha especializado en temas de migraciones climáticas, cambio climático y educación para la justicia global. Socia co-fundadora de CICrA Justicia Ambiental.

No cabe duda de que, aunque el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) rechazó la petición del Sr. Teitiota, el Dictamen I supone un paso adelante en el reconocimiento y la protección jurídica de las personas que huyen de los impactos climáticos cruzando fronteras internacionales (entre otras). El fallo del CDH establece un precedente sobre cómo abordar futuras solicitudes de protección internacional basadas en impactos climáticos. Uno de los aspectos más importantes del Dictamen es que abre la puerta a la aplicación del principio de no devolución (*non-refoulement*) para ciertos casos de migraciones climáticas internacionales. Es decir, sienta las bases para que los Estados no puedan devolver a su país de origen a las personas cuyo derecho a la vida se vea amenazado por las condiciones climáticas nefastas (párr. 9.11).

Sin embargo, debemos tomarlo con cautela. Para que se llegue a considerar que los impactos climáticos suponen una amenaza al derecho a la vida y así activar el principio de no devolución no basta con que existan condiciones adversas. Pensemos en el caso del Sr. Teitiota, una persona que huyó de Kiribati, entre otros motivos, por la ya evidente escasez de territorio y de agua. En este caso, el CDH entendió que la situación no era tan grave como para considerar que su derecho a la vida se estaba viendo afectado.

Cabe reflexionar sobre el umbral que se debe sobrepasar para que se accione este principio, es decir, cuál deber ser la gravedad de la situación en la que se encuentre una persona para que se entienda que su derecho a la vida se está viendo vulnerado en el contexto de la emergencia climática. El propio CDH reconoce que es probable que el aumento del nivel del mar convierta Kiribati en inhabitable en unos 10-15 años (párr. 9.12), sobre lo que cabe preguntarse si los habitantes de Kiribati -y de otros Estados en situaciones similares- han de permanecer en las islas en condiciones ya peligrosas hasta que la situación sea tan grave como para que puedan ser considerados receptores de protección internacional.

Si bien resulta imprescindible que los Estados adapten su normativa interna relativa al asilo a esta nueva realidad mediante la incorporación de un análisis exhaustivo de las condiciones ambientales y climáticas en la región de la que proviene la persona solicitante, también lo es avanzar en políticas y prácticas jurídicas que protejan a quienes han de abandonar sus hogares en el contexto de la emergencia climática antes de que el daño sea tan grave como para que se llegue a considerar una vulneración del derecho a la vida.

En base a lo anterior, considero que, además de adaptar la normativa internacional para que en su aplicación los Estados tengan la obligación de reconocer y proteger a los desplazados transfronterizos por cambio climático que solicitan asilo es importante, a corto plazo, (1) que los Estados realicen verdaderos esfuerzos para paliar las consecuencias de la crisis climática y (2) avanzar en otro tipo de medidas jurídicas y políticas que sean aplicables cuanto antes y que no requieran que se llegue a una situación tan grave en la que se vulnera el derecho a la vida, ya que las migraciones climáticas están ocurriendo hoy en día en todo el planeta. Un ejemplo sería la adopción de acuerdos migratorios, bilaterales o regionales, o visados que permitan que las personas se trasladen desde los Estados más afectados por los impactos del cambio climático a los que más han contaminado.

1 <https://ohrh.law.ox.ac.uk/teitiota-v-new-zealand-a-step-forward-in-the-protection-of-climate-refugees-under-international-human-rights-law/>

2. Matthew Scott

Matthew Scott leads the People on the Move thematic area at the Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law. Academically, he focuses in particular on the integration of displacement into disaster risk reduction and climate change adaptation law, policy and practice, and currently leads two projects in the Asia-Pacific region focusing on these issues. He also coordinates the Institute's activities relating to refugees and other displaced persons across Africa, Asia-Pacific, Europe and MENA regions, working across research, education, direct engagement and human rights forum modalities. He defended his doctoral thesis in 2018, entitled *Refugee Status Determination in the Context of 'Natural' Disasters and Climate Change: A Human Rights-Based Approach*.

Although the decision of the Human Rights Committee provides important and progressive clarification of the scope of the non-refoulement obligation under Article 6 ICCPR in cases where the risk on return relates to disasters and other adverse impacts of climate change, it does not guarantee that states will extend international protection to people displaced across borders in this context, even where eligibility could be established according to the interpretation set out in *Teitiota v New Zealand*.

The progressive aspect of the decision of the HRC relates to the recognition that the non-refoulement obligation applies not only where a person faces an imminent risk of arbitrary deprivation of life on return to the country of origin or habitual residence. It also applies where return entails a foreseeable deprivation of the right to life with dignity, which significantly integrates economic and social rights into the Article 6 assessment. The decision also focuses attention on the conduct of the state seeking to implement an expulsion decision, rather than on whether the conduct of the authorities in the receiving state could be considered in breach of their human rights obligations. Thus, the decision certainly opens a space for legal argument, and it is likely that some individuals will benefit from the decision by securing international protection in the near future. There is certainly scope for promoting engagement with this decision by lawyers as well as authorities responsible for determining claims for international protection. Implementation will be affected by the same politico-economic factors that currently prevent people in need of international protection from receiving it.

As the climate emergency intensifies and the prospect of entire regions becoming uninhabitable loses the veneer of fantasy or mere speculation, it is likely that states will take further steps to avoid international legal obligations through externalization initiatives, together with legal maneuvering to avoid responsibility for people who enter their territory. Indeed, notwithstanding the fact that the international protection system clearly does prevent refoulement in individual cases, the willingness of states to breach either the letter or the spirit of international law relating to non-citizens has been demonstrated time and again in places like Manus Island, the Mediterranean Sea, and the border between Mexico and the USA. This hostile environment is unlikely to disappear and may very well intensify, as a consequence of climate emergency combined with other shocks, including, for instance, pandemics.

The approach promoted in the Nansen Initiative's Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change, emphasizing national, bilateral and regional approaches based on the voluntary adoption of 'effective practices' from amongst a broad 'toolkit' of potential measures, is certainly a relevant feature of the landscape, and should be promoted, including through the links established under the Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration. This frame obviously depends on the willingness of states to establish schemes to address cross-border human mobility, although numerous examples do exist.

The agenda reflected in the Global Compacts is heavily focused on states, and there is good reason to look towards alternative responses to human mobility in the 21st century. In particular, sub-national approaches, including the human rights cities movement and municipal initiatives such as sanctuary cities, warrant closer attention. .

3. Sumudu Atapattu

Sumudu Anopama Atapattu is the Director of Research Centers and Senior Lecturer at UW Law School. She teaches in the area of International Environmental law and climate change and human rights. She holds an LL.M. (Public International Law) and a Ph.D. (International Environmental Law) from the University of Cambridge, U.K., and is an Attorney-at-Law of the Supreme Court of Sri Lanka.

*Teitiota v. New Zealand*¹ is the first time that a UN human rights body was confronted with the issue of climate refugees.² In his communication, the author, a citizen of the Republic of Kiribati, claimed that New Zealand violated his right to life under the ICCPR by rejecting his application for refugee status and removing him to Kiribati in September 2015.³ He claimed that the consequences of climate change including sea level rise forced him to migrate from his home island to New Zealand due to lack of fresh water, land erosion, a housing crisis and violent disputes.⁴

This decision is an important step towards recognizing “climate refugees.” However, its application is limited and the decision to admit such refugees rests on individual states. The Committee’s decision to reject the communication rested on two main grounds: (a) the threat to the author’s right to life was not imminent; and (b) the Republic of Kiribati was actively pursuing adaptation measures. The Immigration and Protection Tribunal of New Zealand laid down an additional ground that Mr. Teitiot failed to establish personal injury. Given the pervasive nature of climate consequences, it is arguable whether it is even possible to establish personal injury above and beyond injury suffered by the rest of the community.⁵

Even though the author’s communication was unsuccessful and the threshold to establish a violation was very high,⁶ this decision breaks new ground for several reasons: (a) the Committee recognized that both sudden events and slow onset events can trigger the movement of people, essentially accepting the notion of “climate refugees;” (b) it accepted that climate change could, *in extreme situations*, affect the right to life, triggering the application of the principle of non-refoulement;⁷ (c) the Committee also recognized that sea level rise could render the Republic of Kiribati (and, by implication, other small island states) uninhabitable; and (d) it indirectly referred to the obligation of the international community to assist these countries to take affirmative action, including relocating the populations.⁸

States cannot be “forced” to accept any refugees, climate or otherwise. States have established their own laws and procedures in relation to political refugees but a protection gap exists with regard to climate refugees.⁹ Despite the fact that the Committee’s views are not binding on states, it is hoped that this decision as well as the work of the Task Force on Climate Displacement, will encourage states to include irreparable harm caused by climate change as a ground for seeking refugee status.

1 *Ioane Teitiota v. New Zealand (advance unedited version)*, CCPR/C/127/D/2728/2016, UN Human Rights Committee (HRC), 7 January 2020, para 8.5, available at: http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200107_CCPRC127D27282016_opinion.pdf

2 See Adaena Sinclair-Blakemore, “Teitiota v New Zealand: A Step Forward in the Protection of Climate Refugees under International Human Rights Law?”, 28 January 2020, Oxford Human Rights Hub <https://ohrh.law.ox.ac.uk/teitiota-v-new-zealand-a-step-forward-in-the-protection-of-climate-refugees-under-international-human-rights-law/>

3 *Supra* note 1

4 *Ibid*, para 2.1

5 In his individual (dissenting) opinion, Committee Member Duncan Laki Muhumuza stated that the State Party placed an unreasonable burden of proof on the author to establish a real risk and danger of arbitrary deprivation of life under Article 6 of the ICCPR.

6 See Sinclair-Blakemore, *supra* note 2

7 See Jne McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (2007, OUP), and UNHCR, Advisory Opinion, on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 26 January 2007, available at: <https://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>

8 *Ibid*.

9 See Kent and Berhman, *Facilitating the Resettlement and Rights of Climate Refugees* (Routledge, 2018)

4. Ignacio Odriozola

MSc Migration and Mobility Studies (University of Bristol). Abogado (Universidad de Buenos Aires). Miembro e investigador de la Red Sudamericana para las Migraciones Ambientales (RE-SAMA). Becario Chevening 2019/2020 (Foreign, Commonwealth and Development Office, Government of the United Kingdom). Se desempeña como abogado en la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación (Argentina).

No existe un instrumento global que obligue a los Estados a reconocer y proteger a aquellas personas que solicitan asilo por los efectos del cambio climático. Los motivos son diversos: desde la dificultad de determinar al medioambiente como ‘factor de persecución’ hasta el repliegue del multilateralismo.¹ Por ello, bajo las condiciones propuestas en la pregunta formulada (especialmente considerando la ‘obligación’ que tendrían los Estados), me voy a referir primero a una eventual normativa internacional y luego a los mecanismos existentes pasibles de ser vinculantes.

La potencial normativa internacional que aborde este asunto debería plantearse de modo pragmático y concreto, para proteger a las personas merecedoras de protección internacional como así también para salvaguardar la integridad del instituto del asilo.

Mi propuesta normativa, acompañando aquella de Lister (2014), en vez de ideal busca en lo inmediato ser práctica y facilitar el fin que persigue. Por eso, de manera prioritaria y urgente, debería brindar asilo a aquellas personas que se desplazan de modo *permanente* por los *efectos de evolución lenta e irreversibles* del cambio climático y que, debido a la inhabilitación del territorio, *no cuenten con la posibilidad de desplazarse internamente*. Un ejemplo identificable sería aquél de las personas procedentes de pequeños Estados insulares, tales como Kiribati, Tuvalu o Islas Marshall, quienes se ve(rá)n obligadas a desplazarse cruzando una frontera internacional debido al aumento del nivel de los mares y la salinización del agua potable *-inter alia-*.²

La normativa en cuestión, además de intangible, debería garantizar principios elementales con carácter absoluto, como el *non-refoulement*,³ y asegurar una serie de derechos que las personas desplazadas perderán por el hecho de abandonar el territorio inhabitable: pueden mencionarse, por caso, el derecho a elegir donde residir (Eckersley, 2015), a la nacionalidad y la autodeterminación de la comunidad desplazada (Ödalen,

1 Otros factores que impiden alcanzar un consenso respecto de una normativa internacional en la materia son la multi-causalidad de los procesos migratorios, la variación en la intensidad y en la temporalidad de los factores climáticos y la insuficiencia de información empírica en la materia. Asimismo, debe agregarse que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) rechaza la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 a los efectos de proteger a quienes solicitan asilo como consecuencia del cambio climático. El ACNUR entiende que los motivos de persecución que determinan quién puede ser considerada una persona ‘refugiada’, según la definición clásica, no incluyen factores medioambientales. De todos modos, es importante aclarar que el posicionamiento del ACNUR no impidió que distintos sistemas judiciales (Australia, Nueva Zelanda, Canadá, entre otros), según revela el interesante trabajo de Matthew Scott, hayan desdoblado la interpretación de la Convención de Ginebra 1951 para considerar que, como consecuencia de factores medioambientales, pueden activarse alguno de los motivos de persecución de la definición clásica. Para más detalles ver:

2 En la obra de Dryzek et. al, Doyle y Chatuverdi señalan que esta medida de adaptación es inevitable dado que se ha demostrado que, aun logrando estabilizar las emisiones de gases de efecto invernadero, el nivel del mar continuará aumentando durante los próximos mil años.

3 El principio de *non-refoulement* (por su expresión en francés) o ‘no devolución’, representa una prohibición impuesta a los Estados por el Derecho Internacional de expulsar o devolver a una persona al territorio de cualquier país en el que su vida o su libertad se encuentren amenazadas, o en el que pudiera sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes u otras graves transgresiones de sus derechos humanos fundamentales. El principio representa la piedra angular del Derecho Internacional de los Refugiados, y es está previsto en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951. También se aplica en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -ver nota v-.

2014), a la cultura (Wewerinke, 2014) e incluso derechos económicos sobre el territorio abandonado (Yamamoto et. al, 2010), entre otros.

Por otra parte, hoy día existen mecanismos de protección respecto de las personas desplazadas transfronterizas por efectos climáticos *repentinos y/o temporarios* -inundaciones, terremotos, etc-, es decir, buenas prácticas estatales o regionales como la extensión de visas humanitarias o la activación de planes de emergencia. Estas prácticas han sido endorsadas en documentos ‘soft law’ por diferentes instituciones que inciden en la gobernanza global de las migraciones⁴ e incluso fueron incluidas en el Objetivo 2 del Pacto Global sobre Migraciones (2018). Sin embargo, carecen de fuerza vinculante y no tienen por objetivo garantizar asilo sino brindar asistencia temporal ante la inminencia del daño que pudiera causar el efecto climático. Por ello, el verdadero reto normativo es extender estas prácticas a nivel internacional, alentando la conciencia de obligatoriedad, y asegurando la posibilidad de que aquellas personas que soliciten asilo puedan acceder a la protección complementaria⁵ que garantiza el derecho internacional de los derechos humanos, tal como sugiere el caso *Ioane Teitiota*.

Sea de una u otra forma, el asunto bajo estudio está en pleno desarrollo y para ‘no dejar a nadie atrás’ el Derecho internacional deberá acompañar este proceso.

Referencias

- Doyle, T. & Chaturvedi, S. (2018). Climate Refugees and Security: Conceptualizations, Categories, and Contestations. En J.S. Dryzek, R.B. Norgaard, and D. Schlosberg (eds), *The Oxford Handbook of Climate Change and Security* (pp. 279-292) Oxford University Press.
- Eckersley, R. (2015). The common but differentiated responsibilities of states to assist and receive ‘climate refugees.’ *European Journal of Political Theory* 14(4) pp. 481-500.
- Lister, M. (2014). Climate change refugees. *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 17(5) pp. 618-634.
- Ödalen, J. (2014). Underwater Self-determination: Sea-level Rise and Deterritorialized Small Island States. *Ethics, Policy & Environment*, 17(2) pp. 225-237.
- Scott, M. (2020). *Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wewerinke, M. (2013). A Right to Enjoy Culture in Face of Climate Change: Implications for Climate Migrants. *CGHR Working Paper 6 | 4CMR Working Paper 7*. Cambridge: University of Cambridge Centre of Governance and Human Rights, pp. 3-15.
- Yamamoto, L & Esteban, M. (2010). Vanishing Island States and sovereignty. *Ocean and Coastal Management*, 53 (1) pp. 1-9.

4 En este sentido, y por mencionar algunas, pueden consultarse en el idioma español el informe presentado en la XVI Conferencia Suramericana sobre Migraciones, titulado ‘Migración, medio ambiente y cambio climático: agenda 2030, buenas prácticas y desafíos para la región suramericana’, o bien el informe ‘Protección de personas que se desplazan a través de fronteras en el contexto de desastres’ presentado en la Conferencia Regional de Migraciones, entre otros.

5 Se denomina protección complementaria o subsidiaria a los medios que permiten regularizar la permanencia de personas que no son reconocidas como refugiadas pero cuyo retorno sería contrario a obligaciones generales sobre la no devolución, contenidas en diferentes instrumentos de derechos humanos (por ejemplo, artículos 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura...).

A Constitution for Peace: Federalism and Consociationalism in Bosnia and Herzegovina

Una constitución para la paz: federalismo y consociativismo en Bosnia y Herzegovina

Francisco Ignacio Aras  Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina | arasfrancisco@gmail.com

Recibido: 15/10/2020

Aceptado: 9/12/2020

Abstract The present paper draws on the Constitution of Bosnia and Herzegovina, resulted from the Dayton Peace Agreement, in order to explain how the elements of federalism and consociationalism can become important tools in the field of transitional justice. By combining federalism and consociationalism, it will be demonstrated how shared-rule and self-rule can be useful in addressing the demands of territorially concentrated ethnic groups for more autonomy and self-government, while at the same time preserving the territorial integrity of the state. It also explains the role of post-conflict constitutional design processes on their ability to reconcile groups, to address intolerable grievances and to prevent further polarization by providing a common vision of the future of a state.

Key words Bosnia and Herzegovina, transitional justice, federalism, consociationalism

Resumen El presente artículo analiza la Constitución de Bosnia y Herzegovina, producto del Acuerdo de Paz de Dayton, con el objeto de explicar cómo los elementos del federalismo y el consociativismo pueden convertirse en herramientas fundamentales en el ámbito de la justicia transicional. Al combinar el federalismo y el consociativismo, se tratará de mostrar cómo el gobierno compartido y el autogobierno pueden ser útiles para abordar las demandas de más autonomía y autogobierno por parte de los grupos étnicos concentrados territorialmente, al tiempo que preservan la integridad territorial del estado. También explica el rol que ocupan los procesos de diseño constitucional posconflicto para reconciliar diferentes grupos, abordar agravios intolerables y prevenir una mayor polarización al proporcionar una visión común de futuro para un estado.

Palabras clave Bosnia y Herzegovina, justicia transicional, federalismo, consociativismo

Cómo citar este artículo: Aras, F. I. (2020). A Constitution for Peace: Federalism and Consociationalism in Bosnia and Herzegovina. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 127 - 134. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe008>

1. Introduction

In societies scarred by ethnic animosity, one goal of transitional justice is to help reshape identities. In particular, the aim is to weaken aspects of identities that were the source of violence and conflict and replace those with a strengthened sense of shared identity related to common membership in the national political community. This is often described as the “nation-building” dimension of transitional justice.

Minority nationalist movements are characterized precisely by their claims to peoplehood or nationhood, and the adoption of multination federalism reflects an acknowledgement of the need to accommodate this nationalist identity. Territorial autonomy both acknowledges this sense of minority nationhood and provides the institutional means to reproduce it (for example, by enhancing regional control over education, public symbols, public media) (Kymlicka, 2009).

In this sense, federalism has become an important tool of conflict-resolution in the past two decades. In countries that face violence between different territorially concentrated groups, federalism has been used to ensure autonomy for the different groups on one side and their inclusion through power-sharing mechanisms in central government (consociationalism), on the other (Keil, 2012, p. 205). Examples include Bosnia, Nigeria, Iraq and Nepal.

This article, by studying the case of Bosnia and Herzegovina, which became federal as a result of the Dayton Peace Agreement in 1995, argues that federalism and consociationalism might be successful in addressing some needs of different opposing groups. Both are characterized, though in varying degrees, by inclusiveness and contestation and have provided working constitutional models for divided plural societies (Boulle, 1981, p. 237). Because of this, the paper will also draw the importance of constitution making in post-conflict settings.

By combining federalism and consociationalism, it will be demonstrated how shared-rule and self-rule can be useful in addressing the demands of territorially concentrated ethnic groups for more autonomy and self-government, while at the same time preserving the territorial integrity of the state.

2. Background

The Republic of Bosnia and Herzegovina, having been one of the six republics of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, was a Yugoslavia “in miniature” with three peoples: the Muslims, Serbs, and Croats—none of them in an absolute majority position—and 15 national minorities living intermingled on the entire territory until 1991. Bosnia and Herzegovina was seen, therefore, by many both in the West and the East as a model of a multiethnic society with peaceful interethnic co-existence.

This changed with the proclamation of an independent Republika Srpska on the territory of Bosnia in the process of the dissolution of communist Yugoslavia in the beginning of 1992. During the war, from 1992 to 1995, massive ethnic cleansing and the creation of contiguous, ethnically homogenous territories went hand in hand.

In April 1994, the Federation of Bosnia and Herzegovina was also created on the territory held by the army of the Republic of Bosnia and Herzegovina to stop the war between Muslims and Croats which had broken out in 1993 to adjust the military situation on the ground with newly drawn borderlines on maps after the “cantonization” of Bosnia had been proposed by international mediators. Unlike the Republika Srpska, which was established and still is a central state, the Federation became territorially subdivided into ten cantons: five with a majority Muslim population, three with a majority Croat population and two so-called “mixed” cantons (Marko, 2005).

3. The road to the Constitution of Bosnia and Herzegovina

The road to a Constitution of Bosnia and Herzegovina began when the United States, after building some consensus (including a cease-fire), moved to proximity talks to clear the ground for a peace conference at an air force base in Dayton, Ohio. The peace conference was held between November 1 and November 21, 1995. The United Nations and the European Union were major participants. The conference in Dayton allowed the United States to control public participation and the agenda and it appointed the leader of Serbia as the negotiator for the Bosnian Serbs and the leader of the Croatian government for the Bosnian Croats. The consequence of having only political groups in Dayton, with their investment in ethnicity, meant that the state was structured on the basis of ethnicity (Brandt, Cottrell, Ghai and Regan, 2011).

Negotiations were “successful”, resulting in the General Framework for Peace in Bosnia and Herzegovina (also known as the Dayton Accords). It consisted of eleven appendices addressing a number of issues, some interconnected (including human rights, peacekeeping, return of refugees, and elections). Appendix 4 contained the Constitution, which is composed by twelve articles and two annexes (Constitution of Bosnia and Herzegovina, 2009).

The Constitution came into effect upon the signing of the agreement by the Republic of Croatia, the Federal Republic of Yugoslavia (basically Serbia), and the Republic of Bosnia and Herzegovina (then dominated by Muslims). No further approval was necessary, although it was taken to the assemblies of the two federal entities, the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska, for endorsement.

The process was rushed and there was no input from the people of Bosnia; their leaders were completely sidelined. This procedure was more appropriate to war-ending than to constitution-making: it was neither participatory nor representative, and left no time for reasoned deliberation. However, the results are probably more democratic and durable than Bosnians could have produced themselves by the end of the war (Brandt, Cottrell, Ghai and Regan, 2011).

4. Constitution-making in Transitional Justice

Fundamentally, a constitution is the basis for the organization of the state. The state is the mechanism through which a society provides for the exercise of political, administrative, and judicial powers so as to ensure law and order, the protection of the rights of the people, and the promotion and regulation of the economy. As the notion of the sovereignty of people has superseded other beliefs about the source of ultimate authority, the constitution has come to be regarded as a contract among people on how they would like to be governed (Brandt, Cottrell, Ghai and Regan, 2011, p. 15).

The design of a constitution and constitution-making process are an integral part of the political and governance transition in peace-building. The benefits of constitutions designed for deeply divided societies hinge on their ability to reconcile groups, to address intolerable grievances and to prevent further polarization. Similarly, it has been argued that the constitution should protect ethnic or religious minorities from oppression by majorities that are subject to permanent passions and prejudice (Elster, 1995, p. 383).

Constitution-making after conflict is an opportunity to create a common vision of the future of a state and a roadmap on how to get there. The constitution can be partly a peace agreement and partly a framework setting up the rules by which the new democracy will operate (Samuels, 2006a, p. 664).

When considering how to provide a constitutional framework for a pluralist state, constitution-makers first turn to the system of government and the structure of the state. In many cases, constitution-making takes place before the actual conflict is settled, and the constitution is then treated as part of the process of conflict

resolution. In such cases, a power-sharing model is often the only option that will bring the parties to the table and stop the violence (Samuels, 2006b, p. 8).

Current discussions about these choices in ethnically divided societies are framed by a debate between scholars Arend Lijphart and Donald Horowitz. Lijphart argues that majority rule in divided plural societies results in majority dictatorship. This means that no system that depends on a majority form of government is appropriate. Instead, what he refers to as “consociational democracy”, which strives to share, divide and distribute power, to draw many groups into decision-making and to emphasize consensus, is the way to go (Lijphart, 1977, in Murray, 2018, p. 3). Horowitz is unpersuaded, particularly because he sees no incentives for groups to cooperate in decision-making in the way that Lijphart envisages. Rather, Horowitz rejects the idea of “ethnic guarantees” and proposes hardware (mainly through the design of the electoral system) that provides incentives for groups to build alliances with each other (Horowitz, 1985).

This paper will address how consociational democracy elements were inserted into the Constitution of Bosnia and Herzegovina, but first it will consider the federal structure that was given to the newly born State.

5. Federalism

About 40 percent of world’s population live in countries that can be considered as, or claim to be, federal. Federal systems have demonstrated a high level of stability; almost no federation has failed within the European Union or among post-WWII industrial democracies (Loizides, Kovras and Ireton, 2011).

This does not imply that federalism lacks problems, as suggested by several cases of collapse in the former Soviet bloc or in developing countries, not to mention Belgium, a situation which is problematic but relatively stable. Societies that have experienced a collapse in power-sharing agreements tend to hesitate before re-adopting federal or consociational arrangements. But as we argue here, federalism and power-sharing are often the only possible choices for deeply divided societies. In general, peace processes require difficult trade-offs between undesirable but unequal alternatives. Federalism and power-sharing might appear problematic, but partition and de facto stalemates are even more so (Loizides, Kovras and Ireton, 2011, p. 2).

First, we must define federalism. K.C. Wheare provided this influential definition of the “federal principle”: for a state to be federal, “the general and regional governments must be coordinate and independent in their respective spheres”. The constitutional implications of this federal principle included a written constitution expressly conferring powers on the central and regional governments, a system of direct elections for both levels of government, the power of each level of government to act (or not act) independently of the other, and the existence of an independent high court to serve as the “umpire” of federalism (See Choudhry, 2014, p. 165).

Federalism promotes not public accountability or state efficiency but rather peace and territorial integrity (Choudhry, 2014, p. 164). It provides space for regional or cultural differences under a unified national identity and common set of national interests (Williams, Sommadossi y Mujais, 2017). Federalism allows groups that have a history of self-government or a distinct culture or economy to preserve some measure of autonomy. By definition, it offers the benefits of unity without the costs of imposing uniformity on a diverse population (Choudhry, 2014, p. 169).

The core design feature of post-conflict federalism is the drawing of internal borders to ensure that a national minority constitutes a majority in a region. The allocation of jurisdiction between different levels of government ensures that the national minority is not outvoted by the majority and has sufficient powers to protect itself from economic and political disadvantage.

Post-conflict federalism acknowledges that the state contains more than one constituent nation and structures its institutions in such a way as to recognize and empower each of them. Post-conflict federalism halts the

clamor for secession without dismembering the state, because it satisfies the demand for self-determination with powers of self-government that fall short of independent statehood (Choudhry, 2014, p. 177).

6. Federalism in the Bosnia and Herzegovina Constitution

The Dayton Agreement spelled out the new Constitution of Bosnia and Herzegovina, which provided that the two entities, Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina, are to be regarded as members of a federal state, the Republic of Bosnia and Herzegovina.

In the Bosnian constitution, the basic principles of the federally structured state are present. There is supremacy of the state over the entities, but the entities have a high level of autonomy and participate in the realization of the state competences (Meskic y Pivic, 2011, p. 606).

In this case, federalism is a way of dealing with the nationality matters in multi-ethnic states, a way for the ethnic communities to achieve their interests, their autonomy and to participate in the political life. The internal territorial-political borders determined by the Constitution match the so-called 'ethnic borders' that are the result of the war more than the social circumstances developed through social interaction (Meskic y Pivic, 2011: 606). Furthermore, the three Bosnian constituent peoples –Bosniaks, Serbs and Croats– play a key role in the political institutions at all levels. This is why Bosnia and Herzegovina can be qualified as a multinational federation. The federal system aims at ensuring a fair division and share of powers among the three constituent peoples and the provision of autonomy for these nations in their territorial units (Keil, 2012, p. 207).

7. Consociationalism

Traditionally, the focus of political thought has been on how to attain stability in a culturally homogeneous society. The conventional wisdom in political thinking has been, for centuries, the belief that people of different cultures cannot live together peacefully in the same state. This thinking is based upon the assumption that their traditions, languages and laws create differences that are so great as to make these peoples incompatible with one another (Kettley, 2001).

Nevertheless, incentives in the form of power-sharing structures and electoral rules have long been used to shape democracy in order to address division and to encourage moderation. These structures and rules generally take the form of variations on the consociational power-sharing model. Consociational power-sharing involves power-sharing between cooperative but autonomous groups (Samuels, 2006a, p. 673). Essentially, it refers to a political system that is characterized by close elite co-operation between the leaders of the various segments in a divided plural society. What is understood by plural society is one which is divided into two or more communities which are distinct in many respects –culture, race, class, religion, language– and in which political divisions follow these lines of social differentiation. The destructive conflict inherent in such a society is avoided when rival elites realize that more can be gained through co-operation and negotiation at the leadership level and in accommodating, formally or informally, existing sub-cultural differences (Boule, 1981, p. 241).

Lijphart defines consociationalism in terms of four characteristics: the participation by all significant political leaders in a grand coalition, the availability of a mutual veto for all segments represented in the grand coalition, proportionality as the basis of representation in decision-making bodies and as a method of allocating resources and making public appointments, and autonomy for each sub-cultural segment on all matters within the segment's exclusive concern (Lijphart, 1977).

In all of the cases, where a power-sharing agreement was successfully implemented, it indeed provided an alternative to violent conflict (Lebanon, Northern Ireland, Bosnia and Herzegovina, and South Africa). However, implementation has been a key difficulty. Such agreements generally represent none of the parties' preferred outcomes (Samuels, 2006a, p. 674). Moreover, there is a large trust deficit. In relation to Bosnia and Herzegovina, there is a "deep sense of injury, betrayal and distrust that continues to dominate mutual perceptions and relations between the Bosnian communities in the post-war phase" (Samuels, 2006a).

8. Consociation in the Bosnia and Herzegovina Constitution

Pursuant to the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the state and the entities share a set of central state institutions in order to guarantee a state-level decision-making process. These are: the three-member Presidency and the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina as the executive authority, the bicameral Parliamentary Assembly as the legislative authority, and the Constitutional Court, as the judicial authority (Trlin, 2017, p. 82).

Each of these bodies, just like all other state institutions, is designed in strict accordance with the principles of consociational power-sharing and the tangible resources of strict ethnic lines providing proportional representation of the "constituent peoples" at all levels and positions. In addition, representatives of the "constituent peoples" have the ability to veto a vital national interest that allows them to block the proposals of laws or policies that they consider harmful to their people.

This set of institutional checks and balances, grounded in the theory of consociation, was created in order to "guarantee the political representation of each ethnic group at the institutional level, in order to protect the right of groups to self-government, and to promote inter-ethnic accommodation and compromise". The structure established by the General Framework Agreement covers all four classical consociation criteria: a grand coalition through the participation of representatives of all major groups in the political decision-making; the autonomy of segments by giving the three ethnic groups the right to perform certain duties determined by the constitution; proportionality through equal representation of ethnic groups; and the veto power enabling these groups to protect their "vital interest" (Trlin, 2017, p. 82).

9. Conclusion

The process of constitution-building can provide a forum for the negotiation of solutions to the divisive or contested issues that led to violence. It can also lead to the democratic education of the population, begin a process of healing and reconciliation through societal dialogue, and forge a new consensus vision of the future of the state (Samuels, 2006a, p. 667).

It is clear from the brief descriptions of consociationalism and federalism presented in this paper that the two models coincide in many respects and, most evidently, in that they both involve the sharing out of governmental power among a number of authorities in the country.

The empirical evidence shows that where conflicts have been successfully regulated in divided societies, one or more of the conflict-regulating practices characteristic of consociationalism and federalism have been employed (Boule, 1981, p. 253). It must be said, though, that from a mediator's point of view, the consociational model is a measure of last resort, adopted when communities can only live 'back to back' without integration (Samuels, 2006b, p. 9) and this was the case for Bosnia and Herzegovina.

Decentralization along ethnic lines can play an important role in reducing tensions by devolving decision-making authority and providing ethnic or sectarian groupings with a sense of local security. The potential negative side effects of such an approach, such as ethnic apartheid and the creation of new minorities, must be weighed against the potential for such a system to prevent a return to violent conflict. Even though the

ethnically-based geographic divisions in Bosnia-Herzegovina have created new minorities within the entities and have encouraged ethnic flight in some areas, it is difficult to envision what option, other than outright partition, would have brought the conflict to an end (Samuels, 2006b, p.11).

The question underlying this paper, therefore, is to what extent federalism can help not only to end the violence in a conflict but also to address to root causes of this conflict and transform the relationships between the former enemies into more constructive and cooperative forms of interactions.

Federalism as a theory refers to the ideology of shared-rule and self-rule, to the connection of territorial autonomy and joined decision-making in central institutions at the same time. Its values focus on the celebration of diversity, mutual respect, reciprocity and a general will to cooperate and live together. Federalism can offer a solution to conflicts in which territorially concentrated minority nations demand recognition, autonomy and representation in central institutions (Keil, 2012, p. 207). Moreover, federalism has been, from the moment of the creation of the Dayton Peace Agreement until today, the only state structure which ensures the existence of Bosnia and Herzegovina as an independent state (Meskic y Pivic, 2011, p. 616).

Federalism can be a tool for transitional justice if the conflict is about the recognition of diversity, territorial autonomy and power-sharing in central institutions. This is why federalist theory and consociationalism, which focuses on power-sharing among different nations within one state, are highly interlinked, as both focus on the combination of territorial autonomy and elite power-sharing in central institutions. While federalism focuses more on a territorial solution to the conflict between different identities, consociationalism highlights the important of elite cooperation, veto rights and proportional representation.

Having said this, rather than favoring one over the other, societies in which different groups have been in conflict with each other over territory, autonomy, power in local and central institutions and over economic resources will require a complex institutional architecture to transform violence into new peaceful patterns of interaction. Therefore, power-sharing approaches from all sides, as well as different forms of territorial and nonterritorial autonomy need to be explored and applied to each case individually depending on the circumstances (Keil, 2012).

Because of this, Bosnia and Herzegovina can be seen as a major example of the combination of a federal political system with consociational power-sharing institutions that allow different communities to coexist in a peaceful and stable state.

10. Bibliography

- Basta, K. (2016). Imagined institutions: the symbolic power of formal rules in Bosnia and Herzegovina. *Slavic Review*. Vol. 75, N° 4, 944-969.
- Belloni, R. (2007). *State Building and International Intervention in Bosnia*. Routledge.
- Bieber, F. (2006). *Post-War Bosnia. Ethnicity, Inequality and Public Sector Governance*. Palgrave Macmillan.
- Boule, L. (1981). Federation and Consociation – Conceptual Links and Current Constitutional Models. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, 44(3), 236-254.
- Brandt, M., Cottrell, J., Ghai, Y. and Regan, A. (2011). Constitution-making and Reform: Options for the Process, *Interpeace*, available at <https://www.interpeace.org/resource/constitution-making-and-reform-options-for-the-process-2/>
- Burg, S. and Shoup, P. (2000). *The war in Bosnia-Herzegovina. Ethnic conflict and international intervention*. M.E. Sharp.

- Choudhry, S. (2014). Classical and Post-Conflict Federalism: Implications for Asia. In Guinsburg, T. and Dixon, R., *Comparative Constitutional Law in Asia*. (pp. 163-196). Edward Elgar Publishing.
- Constitution of Bosnia and Herzegovina (as Amended in 2009), available at: <https://www.refworld.org/docid/5b2ba8ab7.html>
- Elster, J. (1995). Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, *Duke Law Journal*, 45(2), 364-396.
- Horowitz, D. (1985). *Ethnic Groups in Conflict*. University of California Press.
- Kapidžić, D. (2020). Subnational competitive authoritarianism and power-sharing in Bosnia and Herzegovina. *Southeast European and Black Sea Studies*. Vol. 20, Nº1, 81-101.
- Keil, S. (2012), Federalism as a Tool of Conflict-Resolution: The Case of Bosnia and Herzegovina. *L'Europe en Formation*, 361(1), 205-218. <https://doi.org/10.3917/eufor.362.0205>.
- Kettley, C. (2001). Power-Sharing and Ethnic Conflict: The Consociational-Integrative Dichotomy and Beyond. *European Yearbook of Minority Issues*, 1, 247-268.
- Kymlicka, W. (2009), Transitional Justice, Federalism and the Accommodation of Minority Nationalism. *International Center for Transitional Justice*.
- Marko, J. (2005), Post-conflict Reconstruction through State- and Nation-building: The Case of Bosnia and Herzegovina. *European Diversity and Autonomy Papers - EDAP 4/2005*, 10, at www.eurac.edu/edap.
- Meskic, Z.; Pivic, N. (2011). Federalism in Bosnia and Herzegovina. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 5(4), 597-617.
- Murray, C. (2018). Constitutions: Frameworks for Pluralism, *Global Centre for Pluralism*. Available at: <https://www.pluralism.ca/constitutions-frameworks-for-pluralism/>
- Lijphart, A. (1977). *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*. Yale University Press.
- Loizides, N., Kovras, I., & Ireton, K. (2011). Introduction: Federalism, reconciliation, and power-sharing in post-conflict societies. *Federal Governance*, 8(2), 1-14. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-341891>
- Samuels, K. (2006). Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making, *Chicago Journal of International Law*, 6(2), 663-682.
- Samuels, K. (2006). State-building and Constitutional Design after Conflict, *IPA Report*.
- Sebastián-Aparicio, S. (2014). *Post-War Statebuilding and Constitutional Reform*. Palgrave Macmillan
- Trlin, D. (2017). Limitations of the Democratic Capacity of the Constitutional System of Bosnia and Herzegovina. *Beijing Law Review*, 8(1), 79-99.
- Williams, P., Sommadossi, T. and Mujais, A. (2017). A Legal Perspective on Yemen's Attempted Transition from a Unitary to a Federal System of Government. *Utrecht Journal of International and European Law*. 33(84), 4-22. <https://doi.org/10.5334/ujiel.366>.

A 50 años de la adopción de la Resolución 2625 Pasado, presente y futuro de la Organización de las Naciones Unidas

50 years since adoption of Resolution 2625

Past, present and future of the United Nations

Juan Alberto Rial 

Universidad Nacional de La Plata, Argentina | juanalbertorial@yahoo.com.ar

Recibido: 29/9/2020

Aceptado: 7/12/2020

Resumen

En este artículo quisiéramos hacer nuestro homenaje a los 75 años de labor de la Organización de las Naciones Unidas, a nuestro entender, el mayor logro institucional de la humanidad en el siglo XX. Para ello, en primer lugar, haremos una breve síntesis de la génesis de la Organización, dando una breve descripción de su fisonomía. A continuación, relataremos y analizaremos la enorme obra de la ONU para celebrar sus 25 años de vida: la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625-XXV). A modo de conclusión, haremos un racconto y una evaluación general del trabajo de la Organización en estos 75 años.

Palabras clave:

Organización de Naciones Unidas, Declaración de Principios, Derecho Internacional, Instituciones

Abstract

Through this paper we would like to pay our tribute to the 75 years of work of the United Nations, which, in our opinion, constitutes humanity's greatest institutional achievement in the 20th century. In order to do so, we'll first make a brief synthesis of Organization's genesis, by giving a short description of its physiognomy. After that, we'll discuss and analyze the UN's enormous work to celebrate its 25 years of life: the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (resolution 2625-XXV). As a conclusion, we'll look at the evolution and make a general assessment of the Organization's work in these 75 years.

Key words:

United Nations, Declaration on Principles, International Law, Institutions

Cómo citar este artículo: Rial, J. A. (2020). A 50 años de la adopción de la Resolución 2625. Pasado, presente y futuro de la Organización de las Naciones Unidas. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 135 - 148. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe009>

1. Introducción

Según la leyenda, el ave fénix renacía de sus cenizas. Probablemente se trate de una metáfora de la resiliencia intrínseca de la naturaleza humana, capaz de levantarse tras las mayores tragedias, o inclusive de la terquedad (tan humana también) de ciertas ideas, que se niegan a morir. Y si de ello se tratara, pocas analogías más claras que la de la institucionalidad internacional que, tras un estrepitoso fracaso apenas iniciado el siglo XX, resurgió de las cenizas de su destrucción una vez terminada la Segunda Guerra Mundial.

El acta de nacimiento se expidió hace 75 años, el 24 de octubre de 1945, luego de la ratificación de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, la Carta), hecha por mayoría de los participantes en la Conferencia de San Francisco (dentro de las cuales, naturalmente, se encontraban las de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad), con lo cual se producía su entrada en vigencia, quizás la mayor apuesta de la humanidad por la paz y seguridad internacionales... Como mencionábamos, el género humano venía de dos conflictos armados globales y del fracaso de la Liga de las Naciones - el antecedente directo de la Organización de las Naciones Unidas - y sin embargo, no por ello dejó de tener fe en la posibilidad de que las instituciones fueran la respuesta a los grandes problemas que la implicasen en su totalidad. Ese fue, a priori, el motivo que reunió a cincuenta estados a partir del 25 de abril en la ciudad de San Francisco, los cuales buscaron delinear el foro plural donde discutir los problemas que afectarían a la sociedad internacional.

En términos descriptivos - sin hacer aún juicios de valor y a modo de síntesis - podemos decir que la Organización de las Naciones Unidas nace con posterioridad a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, en reemplazo de la Liga o Sociedad de las Naciones, que no pudo evitar, por diversas cuestiones, dicho conflicto¹, constituyéndose en la segunda organización universal, abierta y general del Siglo XX.

Aún durante las hostilidades, los aliados comenzaron a deliberar cómo se organizaría la sociedad internacional cuando se negociara la paz², discusión que terminaría de darse durante la Conferencia de San Francisco, en la cual, las cuatro Potencias participantes de los Acuerdos de Yalta (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América, la Unión de República Socialistas Soviéticas y la República de China) actuaron como anfitriones, y tuvo lugar desde el 25 de abril al 26 de junio de 1945, fecha en la cual se autentica la Carta, así como el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es parte integrante de dicho instrumento.

Lo dicho: la ONU es una organización internacional (sólo los Estados soberanos pueden formar parte de ella³), abierta (los requisitos que deben cumplir los Estados para convertirse en miembros son flexibles), universal (pueden formar parte de ella Estados de cualquier continente) y general en lo que a sus competencias respecta.

Su sede, la ciudad de Nueva York (aunque cuenta con oficinas de importancia en muchas ciudades del mundo, como Viena, París, Ginebra, La Haya, Nairobi, Santiago de Chile, Buenos Aires, etc.) y cuenta con 193

¹ La ausencia de los Estados Unidos en la organización; la reticencia de sus miembros a ajustarse al articulado del Pacto que le dio origen; las brechas que presentaba, en el sentido de no prohibir de manera concreta el ejercicio de la fuerza en las relaciones internacionales, así como la agresiva política alemana de “revisar” las obligaciones que había asumido tras la terminación de la Primera Guerra Mundial con el ascenso del nacional-socialismo al poder son algunas de las causas que explican el fracaso de esa experiencia.

² Son diversos los instrumentos adoptados tendientes a la concreción de la ONU. En dicha tónica podemos enumerar, a modo ejemplificativo, la Declaración de los Aliados (12 de junio de 1941), la Carta del Atlántico (14 de agosto de 1941), la Declaración de las Naciones Unidas (1 de enero de 1942), la Declaración de Moscú (30 de octubre de 1943), la Declaración de Teherán (1 de diciembre de 1943), las Conferencias de Dumberton Oaks (de agosto a octubre de 1944) y los Acuerdos de Yalta (11 de febrero de 1945). Sin dudas, todos y cada uno de ellos actuó como “acuerdos preconstitutos” de la ONU, ya que influyeron de manera directa y determinante en la organización a ser creada.

³ Excepción hecha, por razones políticas, a la India, Filipinas, Ucrania y Bielorrusia, que al momento convertirse en miembros fundadores carecían de dicho atributo.

miembros⁴ y con un presupuesto ordinario para 2020 de US\$ 3074 millones⁵. Sus idiomas oficiales (art. 111, Carta) son el inglés, castellano, chino mandarín, ruso y francés (aunque, tal cual lo detalla la página de la Organización, el árabe también tiene la categoría de idioma oficial de la ONU).⁶

Para convertirse en *miembros originarios* (conforme al art. 3 de la Carta) bastaba con ratificar la Carta, en tanto los Estados hubieran participado de la Conferencia de San Francisco o, en caso de no haber participado (caso de Polonia) hubieran firmado la Declaración de las Naciones Unidas. Cumplieron con este requisito 51 Estados.

Al día de hoy, superados los vetos iniciales que los diferentes bloques expresaban con respecto al ingreso de nuevos miembros a la Organización, forman parte de la misma 193 Estados. La universalidad imaginada para la ONU en 1945 es hoy una realidad. A ello se le agregan las competencias otorgadas tanto a la Asamblea General (AGNU)⁷ como al Consejo de Seguridad, y no es aventurado afirmar que la criatura, sin dudas, está habilitada para hablar en nombre de la sociedad internacional.

En un escenario de altísima complejidad, condicionada por la Guerra Fría, sus primeros pasos se convirtieron en una senda firme que, para 1970, llevaría 25 años siendo transitada. Fue entonces que se decidió celebrar esos 25 años trabajando en el seno del órgano que mejor representa a la sociedad internacional - la Asamblea General - materializando uno de los tantos objetivos para los cuales fue creada: impulsando el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación⁸. La mayor obra del Derecho Internacional - la ONU - daría impulso a una monumental arquitectura de Derecho Internacional - la codificación de los Principios básicos del Derecho Internacional.

2. Camino a la resolución 2625⁹

El 2 de diciembre de 1961, en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la AGNU, las delegaciones de Afganistán, Camboya, Ceilán, Checoslovaquia, Dahomey, Ghana, Indonesia, Irak, Libio, República Árabe Unida, Rumania y Yugoslavia presentaron un Proyecto de Resolución que, entre otros puntos, buscaba que la Asamblea incluyera, entre los temas a ser abordados en el orden del día de su período de sesiones ordinarias en 1962 el tópico denominado: “Examen de los principios de derecho internacional relativos a la coexistencia pacífica de los Estados”. La Sexta Comisión introdujo un cambio en la denominación, reemplazando “coexistencia pacífica” por “relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”¹⁰. La recomendación de la Comisión en cuestión llegó a buen puerto, y el 18 de diciembre de del mismo año la Asamblea General aprobó la resolución 1686 (XVI), la cual incluye en el programa provisional el punto denominado “Examen de los principios de derecho internacional referentes a

⁴ El último en ingresar ha sido Sudán del Sur la cual se separó formalmente del Sudán el 9 de julio de 2011 mediante un referendo celebrado en enero 2011 bajo la supervisión de la sociedad internacional y fue admitido como nuevo Estado Miembro por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de julio de 2011. Ver <https://www.un.org/es/member-states/index.html#gotoS>

⁵ Ver <https://news.un.org/es/story/2019/12/1467221>

⁶ Ver <http://www.un.org/es/aboutun/>

⁷ A lo largo del artículo se utilizarán las expresiones Asamblea General, o Asamblea o AGNU de manera indistinta para referirnos al mismo órgano.

⁸ Artículo 13, punto 1, Carta de las Naciones Unidas.

⁹ La Biblioteca Audiovisual de las Naciones Unidas ofrece un relato detallado del trabajo previo a la 2625-XX que fue la guía en este título. Recuperado el 3 de setiembre de 2020 en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjFpJHQ4M3rAhWfHrkGHR7ABWEQfAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Flegal.un.org%2Favl%2Fpdf%2Fha%2Fdpilfrescun%2Fdpilfrescun_ph_s.pdf&usg=AOvVaw3k7YC9AfOo56qSXNf6NpFI

¹⁰ Recuperado el 03 de setiembre de 2020 en <https://undocs.org/sp/A/C.6/L.492>

las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Curiosamente, en igual fecha pero del año siguiente, la AGNU aprobó la resolución 1815 (XVII), por la cual reconoce la suprema importancia de siete principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, resolviendo encarar el estudio de esos principios a los efectos de su desarrollo progresivo y de su codificación. La Asamblea incluyó el mismo tema en el programa provisional de 1963, abordando el estudio de cuatro de esos principios (el de abstención del uso o de amenaza de uso de la fuerza en las relaciones internacionales, el de solución pacífica de las controversias, el que obliga a no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, y el de la igualdad soberana de los Estados) y la referencia a una decisión sobre qué otros principios serían objeto de nuevo examen en posteriores períodos de sesiones, así como su orden de prioridad. Por otro lado, el mismo órgano cursó una invitación a los miembros de la ONU a que comunicaran por escrito las opiniones o sugerencias que pudieran tener sobre esta cuestión.

El 16 de diciembre de 1963, por resolución 1966 (XVIII), la AGNU resolvió establecer Comité Especial de los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados (también llamado el “Comité Especial de 1964”), compuesto por miembros de la ONU nombrados por el Presidente de la Asamblea, encargado de preparar un informe que abordaría, en busca de promover el desarrollo progresivo y a la codificación de los cuatro principios, y que perseguiría asegurar su aplicación en forma más eficaz, las conclusiones de su estudio y sus recomendaciones.

Es en la ciudad de México donde el Comité Especial celebra la primera reunión entre el 27 de agosto y el 2 de octubre de 1967, tras lo cual eleva su informe que, tras ser examinado por la Sexta Comisión (A/5746), es tratado por el pleno de la Asamblea General en 1965. El Comité señalaba, al inicio del informe, que se había establecido un Comité de Redacción de 14 miembros, que se ocuparía de preparar el texto, detallando los puntos sobre los cuales se hubiera alcanzado el consenso (al igual que los puntos y opiniones que hubieran sido apoyadas) tras finalizar el debate en el pleno del Comité. Toma nota del informe a través de la resolución 2103 (XX), del 20 de diciembre de 1965, a la vez que reconstituye el Comité Especial para que termine con el examen y el estudio de los siete principios anticipados en la 1815 (XVII), con miras de que elevara un informe amplio donde constaran los resultados de dicho análisis, con la expectativa de que la AGNU aprobase una declaración que contuviera la formulación de estos principios.

Las reuniones del “reconstituido” Comité Especial se celebraron anualmente entre 1966 y 1969 inclusive¹¹, resultado de las cuales se elevaban los respectivos informes a la Asamblea¹². De dichos informes, tras el análisis de la Sexta Comisión, la AGNU tomaba nota, y requirió del Comité Especial que continuase con el examen de la cuestión que prosiguiera su estudio de la cuestión¹³. Ya en 1969, en el marco de la conmemoración del vigésimo quinto aniversario de la ONU, la AGNU adoptó una serie de decisiones, y una de ellas fue invitar al Comité Especial a que apurara su trabajo para que pudiese aprobarse una resolución apropiada por la Asamblea General, durante el período de sesiones de celebración que tendría lugar en 1970¹⁴. A dicho efecto, le pidió al Comité Especial que se reuniera en el primer semestre de 1970, con el objetivo de continuar y finalizar con su trabajo, y que tratara de finiquitar las cuestiones pendientes vinculadas a la formulación de

¹¹ En Nueva York, del 8 de marzo al 25 de abril de 1966; en Ginebra, del 17 de julio al 19 de agosto de 1967; en Nueva York, del 9 al 30 de septiembre de 1968; en Nueva York, del 18 de agosto al 19 de septiembre de 1969.

¹² Ver [A/6230](#), [A/6799](#), [A/7326](#) y [A/7619](#), respectivamente.

¹³ Ver, respectivamente, las resoluciones 2181 (XXI), de 12 de diciembre de 1966, 2327 (XXII), de 18 de diciembre de 1967, 2463 (XXIII), de 20 de diciembre de 1968, y 2533 (XXIV), de 8 de diciembre de 1969

¹⁴ Resolución 2499 A (XXIV), de 31 de octubre de 1969.

los siete principios, con la mira puesta en la presentación de un informe completo a la Asamblea en el período de sesiones, en 1970¹⁵.

Tras una serie de consultas oficiosas¹⁶, el Comité Especial encara un nuevo período de sesiones¹⁷ durante el cual se decide prescindir del debate general, regla hasta entonces. En su lugar, se adopta la práctica de consultas oficiosas que fueron coordinadas por el Presidente del Comité Especial. Las mismas tuvieron como objeto el proyecto preparado por el Comité de Redacción y aprobado por el Comité Especial el año anterior, al cual se agregaron las enmiendas y propuestas presentadas en las sesiones celebradas entre 1966 y 1969. Se estudiaron los resultados alcanzados en las reuniones oficiosas, y el Comité de Redacción aprobó un informe con un proyecto de declaración sobre los siete principios. El siguiente paso fue dado por el Comité Especial, el cual aprobó el informe del Comité de Redacción¹⁸. En el seno de dicho Comité, varios gobiernos hicieron observaciones con respecto al trabajo llevado adelante, declaraciones que fueron hechas parte del proyecto de Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, presentado a la Asamblea General (A/8018).

Tras haber sorteado esta instancia, el proyecto de Declaración fue elevado a la AGNU, la cual lo asigna a la Comisión de Asuntos Jurídicos, la cual procede a su examen¹⁹. Finalizado el debate, 64 Estados patrocinaron un proyecto de resolución, que en un anexo contenía el texto de la Declaración sobre los Principios. A continuación, la Comisión de Asuntos Jurídicos aprobó, sin objeciones el proyecto de resolución²⁰.

Tras la recomendación formulada por la Comisión en dicho sentido, la Asamblea General aprobó, sin someterla a votación, la resolución 2625-XXV, de 24 de octubre de 1970, por la cual se aprobó la Declaración.

3. Deshojando la 2625

La Declaración, innegablemente, es una de las resoluciones fundamentales en la historia de la Organización. Fue adoptada el 24 de octubre de 1970 - como mencionáramos - por consenso, en conmemoración a los 25 años de vida de la ONU. Allí, la Sociedad Internacional decidió plasmar su perspectiva sobre la evolución de los Principios receptados previamente en el art. 2.4 de la Carta, y trayendo también aquellos que habían sido “obviados” como tales en su articulado, pero que la evolución de la vida internacional (a través de jurisprudencia, otras resoluciones, costumbre internacional) ya habían recibido el estatus de tales. En tal sentido, se ha dicho que a través de ella se enfatizaron los principios originales y se los hizo extensivo a los Estados no miembros, al reemplazar la frase “los miembros de la organización” por los “Estados”. Además de la revisión y actualización de los principios establecidos en el art. 2 de la Carta, la Resolución 2625 incorpora tres nuevos. (González Napolitano, 2015, p. 63). En la misma se tratan los contenidos en el art. 2.4 sobre no uso ni amenaza del uso de la fuerza; 2.3 sobre solución pacífica de las controversias; 2.7 sobre no intervención (aunque, entendemos, el alcance dado por la 2625 a este Principio es coincidente con el contenido de la 2131, la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su Independencia y Soberanía, y soluciona todas las dudas que generó, en su momento, la interpretación de la restrictiva redacción del apartado 7 del artículo 2 de la Carta); 2.5 y 56 sobre el deber de cooperar; 1.2

¹⁵ Resolución 2533 (XXIV).

¹⁶ Celebradas en Ginebra del 16 al 20 de febrero de 1970.

¹⁷ También en Ginebra del 31 de marzo al 1 de mayo de 1970.

¹⁸ Ver [A/AC.125/L.86](#) del 1 de mayo de 1970.

¹⁹ El período de estudio tuvo lugar entre el 23 al 28 de septiembre de 1970 (sesiones números 1178 a 1184).

²⁰ A través de la 28 de septiembre de 1970 ([A/8082](#)).

sobre autodeterminación (al cual la Carta le había dado la categoría de “Propósito”, siendo ascendido a Principio por la resolución 1514²¹, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, del 14 de diciembre de 1960); 2.1 sobre igualdad soberana y 2.2 sobre el principio de buena fe.

Ya desde los considerandos, se hace una enumeración con un semblante de lo que se entiende que es el contenido de todos los Principios, tanto los ya previstos en el art. 2 como aquellos que hacen su “ingreso formal” a la categoría de tales, tras lo cual realiza una *solemne proclamación* de los Principios por ella desarrollada.

Como era de esperar, el puntapié inicial se da con el Principio que prohíbe el ejercicio o la amenaza del ejercicio de la fuerza armada en las relaciones internacionales, dejando claro que la guerra de agresión es un crimen internacional que entraña responsabilidad. Consecuencia del Principio, los Estados deben también abstenerse de hacer propaganda de las guerras de agresión. Es decir, a la fuerza “amagada” en la amenaza (Remiro Brotóns, 2007, p. 1059), la prohibición se hace extensiva también a la apología del ejercicio de la fuerza. El tratamiento del mismo Principio, se adelanta la casuística que, posteriormente, será el art. 3 de la resolución 3314/XXIX²², donde se enumeran diferentes actos de agresión, siempre dejando a salvo las obligaciones resultantes de la Carta o de otros instrumentos internacionales, así como los poderes del Consejo de Seguridad, invita a “Todos los Estados deberán realizar de buena fe negociaciones encaminadas a la rápida celebración de un tratado universal de desarme general y completo bajo un control internacional eficaz.” Son innumerables los ejemplos de la aplicación de la ONU, fundamentalmente por parte del Consejo de Seguridad, de este principio, desde la resolución 502 relativo al conflicto del Atlántico Sur, en la cual determina la existencia de un quebrantamiento a la paz en las islas Malvinas; la resolución 660 de 1990, en la cual determina un quebrantamiento a la paz por a invasión a Kuwait por parte de Iraq, o en la resolución 1970 (adoptada por unanimidad) en la cual pone en marcha el capítulo VII de la Carta por los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil llevados adelante en la Jamahiriya Árabe Libia.

La contracara de este Principio es que establece la obligación de solucionar pacíficamente las controversias²³. De la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza, un corolario es la obligación de solucionar tan sólo a través de mecanismos pacíficos las controversias que pusieran en peligro la paz y seguridad internacionales. Se trata, como bien se ha dicho, de Principios siameses, que no pueden vivir el uno sin el otro, que convergen y se complementan (Remiro Brótons, 2007, p. 672). La obligación de Solución Pacífica de las Controversias tiene un Subprincipio, consecuencia del Principio de Igualdad Soberana, que establece la libertad de elección en los medios a ser utilizados en la solución de la controversia en cuestión²⁴.

²¹ El articulado de la Carta ubica en el 1 a los “Propósitos”, que son los cuatro objetivos que la ONU busca alcanzar, y en el 2 enumera siete “Principios”, que son las reglas o medios que permiten la materialización de los Propósitos previamente enunciados (González Napolitano, 2015, p. 57)

²² Resulta pertinente indicar que lo allí desarrollado también dará fundamento a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia “Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua”, de 1986 (Remiro Brotóns, 2007, p. 1059).

²³ Recordemos que “Una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre personas (CPJI, *Concesiones Mavromatis en Palestina*, 1924)”. De esta caracterización surgen dos elementos, el objetivo – la existencia del conflicto de intereses, una oposición de tesis jurídicas sobre un punto de hecho o de derecho – y uno subjetivo – la presencia de partes identificadas, en este caso, sujetos del Derecho Internacional – a los que hay que sumar el elemento formal: el desacuerdo u oposición ha de exteriorizarse en la conducta de las partes. (Remiro Brótons, 2007, p. 671).

²⁴ Sobre dicha libertad de elección de medios, encontramos ejemplos en el art. 33 de la Carta; por otro lado, la misma es confirmada tanto por la Declaración de Principios, que establece que “...El arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará conforme al principio de libre elección de los medios”, como por la Declaración de Manila Sobre Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales del 15 de noviembre de 1982 (ver <https://undocs.org/es/A/RES/37/10>), que dispone que “un arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará según el principio de libre elección de los medios, de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y con los principios de justicia y derecho internacional...”.

En un obvio juego con el Principio de Buena Fe, la Declaración de Principios sostiene que los Estados “procurarán llegar a un arreglo pronto y justo de sus controversias internacionales”. Entonces, “las partes en una controversia tienen el deber, en caso de que no se logre una solución por uno de los medios pacíficos... de seguir tratando de arreglar la controversia por otros medios pacíficos acordados por ellas”, absteniéndose – mientras tanto – “de toda medida que pueda agravar la situación de modo que ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, por lo cual deberán obrar “en conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. Se entiende que de allí surge una obligación de resultado para los Estados, y que el resultado sería no poner en peligro la paz y seguridad internacionales ya que, sin el elemento formal al cual nos refiriéramos previamente, al Derecho Internacional no le inquieta la existencia de controversias internacionales (Rodríguez Carrión, 1996, p. 488).

La Declaración de Principios recepta el desarrollo que hasta entonces tuvo el Principio de Solución Pacífica de las Controversias, sin agregar novedades a su desarrollo. Ello no es un demérito en absoluto, ya que cabe tomar en consideración que la redacción e interpretación del 2.3 de la Carta ya había sido ya muy completa para aquél entonces.

Lo dicho por la Carta y por la resolución es ampliamente complementado por la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, aprobada por resolución 37/10 de la AGNU, la cual se trata, básicamente, del primer texto normativo que elaboró un plan detallado y consolidó el marco jurídico del arreglo pacífico de las controversias internacionales. La Declaración redundante en lo dicho por la Carta y de la resolución 2625 (XXV), pero agrega: “Todos los Estados arreglarán sus controversias internacionales *exclusivamente* por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”. La expresión “exclusivamente” enfatiza la característica de obligatoria: no es lícito el recurso a otros medios para solucionar controversias internacionales. La Declaración reitera la libertad de elección de los medios, tal cual lo hemos mencionado en la nota 26. También establece que: “Los Estados procurarán, de buena fe y con un espíritu de cooperación, el arreglo pronto y equitativo de sus controversias internacionales por cualquiera de los medios siguientes (no es pertinente abordar el desarrollo de ellos en este trabajo). A los efectos de alcanzar ese arreglo, las partes en la controversia recurrirán a los medios pacíficos adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia”. La Declaración, tal cual lo hemos dejado claro, acentúa en que la obligación debe ser cumplida de buena fe y con espíritu de cooperación. Su mención expresa nos lleva a concluir en la vital importancia que juega en la solución de controversias (Pezzano, 2016, p. 2).

Con respecto a la cuestión Malvinas, tan cercana para la República Argentina, tras el conflicto armado de 1982 la Asamblea General adoptó las resoluciones 37/9 de 1982 y 40/21 de 1985. En ambas, haciendo aplicación práctica de este principio, solicita a los gobiernos argentino y británico que reanuden las negociaciones a fin de encontrar, a la mayor brevedad posible, la solución pacífica de la disputa de soberanía (elemento objetivo de la controversia en cuestión).

Desde nuestra perspectiva, uno de los grandes avances en materia de Derecho Internacional General, lo encontramos en el desarrollo del Principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta. Sin embargo, no todo el mérito es de la Declaración de Principios, ya que hubo un enorme debate al respecto, tanto en la Conferencia de San Francisco, como en el ámbito de la Asamblea General y, más tarde, en el seno de la Comité Especial. Éste Principio, de ADN americano²⁵, fue deliberadamente obviado de la Carta bajo el pretexto de una cobertura implícitas, resultantes del 2.1 (Principio de Igualdad Soberana, que consagra, entre otras cosas, la inviolabilidad

²⁵ Hay quienes ven atisbos del mismo en los Tratados de Westfalia, en la decisión de que la religión de cada reino sería decidida por cada monarca, y sobre dicha decisión, los demás reyes no podían influir (Bartolomé, 2006, p. 25). Pero es mayoritaria la tesis de que el contenido de este Principio deriva de la evolución e interpretación que hicieron los Estados latinoamericanos de la Doctrina Monroe, del 2 de diciembre de 1823, ya que de la exclusión europea que la misma hacía, se construían los cimientos del intervencionismo de los Estados Unidos. La presión diplomática latinome-

de las fronteras) y del 2.4 (la ya tratada Prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales). Al menos, esa fue la respuesta dada por Occidente a la delegación brasileña, la cual propuso como fuerza prohibida por el 2.4 a la fuerza económica (Remiro Brotóns, 2007, p. 1060). Obviamente, no resiste análisis alguno. La “no intervención” tiene un campo de acción mucho más amplio que la prohibición del uso o de la amenaza del uso de la fuerza, ya que el uso de la fuerza constituye una clara intervención. Es, manifiestamente, la más grave. Pero no es la única posible. La recepción en el Derecho Internacional General fue, en principio, jurisprudencial²⁶ y, más tarde, a través de la resolución 2131-XX²⁷. Aprobada por la AGNU con la sola abstención de Gran Bretaña, por primera vez en la historia de la ONU se conseguía una formulación general y robusta del principio de No Intervención. He aquí la manzana de la discordia: ¿Cuál sería la influencia que, de la definición de intervención prohibida formulada por la 2131-XX, tendría sobre el trabajo del Comité Especial? Para los países latinoamericanos, africanos y socialistas, las 2131-XX constituía el piso de lo que se negociaría de cara al futuro, por lo que el siguiente paso debía ser *examinar posiciones adicionales con miras a ampliar el área del acuerdo*. Para Occidente, en cambio, el origen mismo de la Resolución²⁸ no condicionaba en absoluto la redacción del Proyecto de la Declaración de Principios, por lo que sólo cabía examinar “todas las propuestas para lograr el más amplio acuerdo posible sobre la formulación jurídica del Principio” (Remiro Brotóns, 2007, p. 143).

Ante las posiciones extremas, la Comisión Especial se decantó (como suele ser habitual en la vida) por la “ancha avenida del medio”, limitándose a reproducir la intervención prohibida tal cual era definida por los párrafos operativos de la 2131-XX. Así vemos que ella establece que “Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro”. Años más tarde, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) consideraría que éste Principio también forma parte del derecho consuetudinario, y tendría oportunidad en un caso contencioso (Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, 1986). Asimismo, la Corte también aplicó este principio en el asunto de las “Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda, 19 de diciembre de 2005).

El siguiente de los Principios en ser abordado es el de la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta, entendida por la Declaración de Principios – en sintonía con el art. 55 de la Carta - como una cooperación de naturaleza universal, más amplia que la mera cooperación socio-económica, abarcando temáticas tales como el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, protección de los Derechos Humanos, y fomento de la cultura y de la enseñanza en el mundo, privilegiando al grupo de países que se encuentran en vías de desarrollo (González Napolitano, 2015, p. 64). Reafirmando lo declarado en el art. 56 de la Carta, la Declaración de Principios señala que los Estados Miembros de la ONU deben adoptar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con las Organización. Es pertinente señalar que este Principio en particular recibiría un detallado desarrollo a través de la resolución 3281-XXIX, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados²⁹.

El siguiente paso dado por la Declaración consagra lo que, al decir de gran parte de la doctrina, fue la creación de un derecho derivado de la Carta “contra legem”: el Principio de autodeterminación de los pueblos. Al

ricana terminó consagrando este Principio en el Derecho Internacional Americano durante la VII Conferencia Interamericana de Santiago de Chile y, más tarde, en los artículos 15 a 17 de la Carta de la OEA (Remiro Brotóns, 2007, p. 138-140).

²⁶ Asunto del Estrecho de Corfú, en 1949, en el cual la CIJ fue terminante: el pretendido derecho de intervención no era más que una manifestación de una política de fuerza ya que no interviene sólo quien quiere, sino quien quiere y puede (Remiro Brotóns, 2007, 141).

²⁷ Declaración sobre la Inadmisibilidad de Intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía. Ver [https://undocs.org/es/A/RES/2131\(XX\)](https://undocs.org/es/A/RES/2131(XX))

²⁸ El Proyecto y su discusión se produjo en el seno de la Comisión I de la AGNU, la comisión de Cuestiones Políticas.

²⁹ Ver [https://undocs.org/es/A/RES/3281\(XXIX\)](https://undocs.org/es/A/RES/3281(XXIX)).

respecto, la Declaración indica que en virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta. Recordemos que, deliberadamente, la libre determinación de los pueblos fue incorporada a la Carta entre los Propósitos, en el art. 1, y no en el 2, entre los Principios.

En su paulatina evolución, un hito fundante fue la presentación de los Catorce Puntos, hecha por el presidente Woodrow Wilson ante la Asamblea Legislativa de los EE.UU. el 8 de enero de 1914³⁰, que en coincidencia con la Revolución marxista leninista (al menos, en este tópico) alzaban la voz en contra de las viejas políticas coloniales de los europeos e invitaban a “descolonizar” – para “neocolonizar”-. Sin embargo, ni la URSS ni los Estados Unidos fueron miembros fundadores de la Liga de las Naciones y ello (entre otros motivos) implicó la ausencia de recepción de este Principio en el Pacto, estableciéndose en él el conocido régimen de mandatos.

Ya en 1945, esta vez con los Estados Unidos y con la URSS no sólo entre los miembros fundadores, si no entre los principales redactores de la Carta, el Principio tampoco encuentra la recepción que hoy sí tiene en el Derecho Internacional General. Y a pesar de que el concepto “pueblo” es caro para la ONU³¹, a grandes trazos, uno puede vislumbrar que la Carta no entiende como perentorio el fenómeno de la descolonización. La práctica de la Organización y la marea histórica serán determinantes en la generación y consolidación del mismo (Rodríguez Carrión, 1997, p. 149).

El puntapié inicial fue dado por la AGNU con la adopción de la Declaración de la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales³², a través de la resolución 1514-XV, el 14 de diciembre de 1960, en coincidencia con la fecha (pero de 1955)³³ en la que se produjera la ruptura de los bloqueos en el Consejo de Seguridad para ingresar como miembro admitido a la ONU, llevando a que, con el tiempo, una nueva mayoría en la Asamblea General, proveniente de África y Asia, insuflara de nuevos bríos al Principio en ciernes. La AGNU declaró, en los considerandos, que se encontraba convencida de que el proceso de liberación era irresistible e irreversible y que, a fin de evitar crisis graves, era necesario poner fin al colonialismo y a todas las prácticas de segregación y discriminación que el mismo implicaban (Gutiérrez Posse, 1995, p. 152). De allí en más, “Década de la Descolonización” mediante, más de 80 antiguas colonias, donde habitan 750 millones de personas, han accedido a su independencia³⁴.

Tras la construcción de la arquitectura jurídica imprescindible para concretar la descolonización³⁵ y culminada la “Década de la Descolonización³⁶”, la siguiente década (la de los '70), presenta una oportunidad de

³⁰ Recuperado el 3 de setiembre de 2020 en <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=62>

³¹ Recordemos que el Pacto de la Sociedad de las Naciones inicia sus disposiciones con la expresión “Las Altas Partes contratantes”, pero la Carta de la ONU tiene en las primeras palabras del Preámbulo la frase “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas...” Más allá del peso político en el contexto de la misma en el cual se adoptó, la Carta usa las expresiones “Estado” dieciocho veces; “Pueblo”, diez; “Nación”, tres y “Gobierno”, dos (Rodríguez Carrión, 1997, p. 148).

³² Ver [https://undocs.org/es/A/RES/1514\(XV\)](https://undocs.org/es/A/RES/1514(XV)). Fue adoptada por 89 votos a favor, ninguno en contra, y la abstención de Portugal, España, la Unión Sudafricana. El Reino Unido, los Estados Unidos, Australia, Bélgica, Francia (todas ellas, potencias coloniales) y República Dominicana (Gutiérrez Posse, 1995, págs. 151-152).

³³ Ver [https://undocs.org/es/A/RES/995\(X\)](https://undocs.org/es/A/RES/995(X)).

³⁴ Naciones Unidas señala que aún quedan 17 territorios no autónomos, habitados por dos millones de personas, por lo cual el proceso de descolonización sigue en marcha. Recuperado el 03 de setiembre en <https://www.un.org/dppa/decolonization/es>.

³⁵ Hacemos referencia a las resoluciones 1514-XV, 1541-XV y 1654-XVI.

³⁶ La obsesión por consolidar el proceso explica, por ejemplo, que los artículos 1, de idéntica redacción, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hagan referencia al Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos.

oro para “lanzar al estrellato” al Principio de la Libre Determinación de los Pueblos: la Declaración de Principios. No se trata ya de un mero *wrap up* de lo ya legislado. Su recepción en la 2625-XX nos indica que el Principio no es sólo aplicable a los Pueblos Coloniales, sino también a los Estados. Asimismo, su vulneración se presenta como una violación de los Derechos Humanos básicos (González Napolitano, 2015, p. 64). Como novedad, a los efectos de hacer un verdadero aporte al desarrollo del Principio, la Declaración nos permite destacar dos cuestiones específicas: agregar una opción a los mecanismos de autodeterminación. A la enumeración del “establecimiento de un Estado soberano e independiente” (resolución 1514-XV), “la libre asociación o integración con un Estado independiente” (resolución 1541-XV) se agrega la genérica “adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo”. La segunda de las cuestiones es dar luz verde a una “nueva” excepción a la prohibición del uso o de la amenaza del uso de la fuerza en la relaciones internacionales (2.4 de la Carta) o, quizás, identificar una nueva fisonomía de la legítima defensa, al disponer que todo Estado debe abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho a la libre determinación. En los actos que realicen y en la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, los pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. Así, el teórico enfrentamiento entre el 2.4 y el derecho a la autodeterminación se materializa cuando la metrópoli usa la fuerza para reprimir al pueblo que busca ejercer su derecho. En tal circunstancia, se trata de un recurso internacional, dado que metrópoli y colonia tienen condición jurídica diversa. Corolario de ello, el pueblo víctima del dominio colonial actuaría en virtud del principio de la legítima defensa, individual o colectiva, teniendo derecho a recurrir a la fuerza y a recibir asistencia de terceros (Rodríguez Carrión, 1997, p. 535).

Una cabal aplicación de este principio lo encontramos en UNAMET (Misión de Naciones Unidas en Timor Oriental). La Misión de Naciones Unidas en Timor Oriental (UNAMET) fue establecida por el Consejo de Seguridad Resolución 1246 del 11 de junio de 1999 por un período hasta el 31 de agosto de 1999. Mediante la Resolución 1257 del 3 de agosto UNAMET fue prorrogado hasta el 30 de septiembre de 1999. El mandato, claramente, se vincula con el Principio de la Autodeterminación de los Pueblos, y apuntaba a organizar y llevar a cabo una consulta popular sobre la base de una votación directa, secreta y universal, con el fin de determinar si los timorenses orientales aceptaban el proyecto de marco constitucional que disponía de una autonomía especial para Timor Oriental dentro de la República unitaria de Indonesia o rechazar la propuesta de autonomía especial para Timor Oriental, lo que lleva a la separación de Timor Oriental de Indonesia, de conformidad con el Acuerdo General, y a los efectos de que el Secretario General cumpliera con su responsabilidad en virtud del párrafo 3 del Convenio de Seguridad (Rial, 2014, p. 150). A mayor abundancia, el trabajo (desde su origen) del Comité de Descolonización, no es más que la institucionalización del Principio de Autodeterminación de los Pueblos, creado por la resolución 1654-XVI de la AGNU. Se trata del Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales también se conoce como Comité Especial de Descolonización o C-24. El C-24 fue creado como órgano subsidiario dedicado a cuestiones relativas a la descolonización, con arreglo a la resolución 1654 (XVI) de la Asamblea General, de 27 de noviembre de 1961. Para evaluar la riqueza de su labor, basta con señalar que cuando fue establecido, la ONU tenía 110 miembros; hoy son 193, y la mayoría de los nuevos son ex colonias.

A continuación, la Declaración aborda el ya clásico Principio de Igualdad Soberana, que fue, y no de casualidad, el que más rápido consenso obtuvo en los debates del Comité Especial. Se considera que es el Principio que más fácilmente logra consenso, ya que detrás del mismo militan Estados grandes y pequeños, nuevos y viejos, conformistas e iconoclastas (Remiro Brótons, 2007, p. 127). La Declaración dispone que todos los Estados gozan de igualdad soberana, por lo cual, tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la sociedad internacional, más allá de las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole. Apunta a la igualdad ante la ley, ante el derecho internacional, sin avanzar sobre las desigualdades de otra índole. Ni el 2.1 ni la Declaración de Principios serán herramientas destinadas a desterrar dichas desigualdades. De hecho, el Derecho Internacional recepta algunas de esas desigualdades, consagrándolas - ejemplo de ello, es el poder de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad- (González Napolitano, 2015, p. 60). Sin embargo, de su condición de entidades soberanas se deriva la membrecía a la

sociedad internacional. Sintetizando, un Estado, por el sólo hecho de serlo, es soberano (Remiro Brotons, 2007, p. 127).

El último de los Principios abordados es el de la Buena Fe, y al respecto establece que todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de Derecho Internacional. Por lo tanto, tienen el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en los acuerdos internacionales, sin perder de vista que, conforme al art. 103 de la Carta, cuando las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales estén en pugna con las obligaciones que impone a los Miembros de la ONU la Carta, prevalecerán estas últimas. Podría señalarse que aquí se presenta un límite a la discrecionalidad de los Estados, en lo atinente a las obligaciones como a los derechos de los mismos.

Este Principio suele aparecer como el “hermano menor de la camada” este Principio, muchas veces rezagado frente a los integrantes más robustos, y a la cola a la hora de comer. Sin embargo, la génesis de él nos recuerda que es una herramienta – al igual que el art. 10 de la Carta³⁷ – fruto del esfuerzo de las potencias medianas y pequeñas, ya que los borradores de Dumberton Oaks no lo mencionaban. Tras la insistencia de varias delegaciones consiguió “colarse” en la redacción definitiva de la Carta, dejando cristalizada la obligación de respetar no solo la letra de la Carta, sino también su espíritu (González Napolitano, 2015, p. 61).

En las cláusulas finales se deja asentado que en lo atinente a su interpretación y aplicación, los principios reflejados en la 2625/XXV se encuentran relacionados entre sí y cada uno de ellos debe interpretarse en el contexto de los restantes (Gutiérrez Posse, 1995, p. 143). Y termina dando claras señales de la naturaleza jurídica de los Principios desarrollados en la resolución, señalando que los principios de la Carta incorporados en la Declaración constituyen principios básicos de Derecho Internacional y, en consecuencia, todos los Estados – no sólo los miembros de la ONU, como indicáramos más arriba – deben guiarse por ellos en su comportamiento internacional y deben desarrollar sus relaciones mutuas sobre la base de su estricto cumplimiento.

Es interesante traer a colación como la Declaración de Manila vincula, íntimamente, al Principio de Solución Pacífica de las Controversias con el Principio de Buena Fe. De hecho, lo menciona cinco veces a lo largo de su texto. Al respecto, se ha expedido la CIJ, quien ha manifestado: “Uno de los principios básicos que rigen el establecimiento y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente, es el principio de la buena fe. La fe y la confianza son inherentes a la cooperación internacional, particularmente en una época en que cada vez resulta más esencial la cooperación en muchas esferas” (CIJ, 1974, p. 473).

Esta resolución fue una confirmación de la relevancia del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional como medio para consolidar las relaciones pacíficas. En ella la ONU, básicamente, desarrolla cada uno de los Principios con los veinticinco años de práctica de la Organización como guía. (Gutiérrez Posse, 1995, p. 144).

4. A modo de conclusión

Sobre el punto de partida de las Naciones Unidas mucho se ha dicho, por ejemplo:

adquiere unidad entre las grandes potencias y se limita a la preservación de la paz entre las medianas y pequeñas potencias mediante instrumentalidad de un nuevo gobierno entre las dos superpotencias y se ocupa de coordinar los recursos y la política de todos sus miembros a los efectos de sobrellevar lo mejor posible sus respectivas políticas. Las Naciones Unidas de la Carta nació con la ilusión de que la paz entre las grandes potencias estaba asegurada; la nueva Naciones Unidas debe su existencia a la realidad de conflictos entre ellas (Morgenthau, 1985, p. 568).

³⁷ La propuesta de redacción del art. 10 había sido fuertemente defendida por la delegación de Australia (Jiménez de Aréchaga, 1957, p. 163).

El derecho, como ordenador de los vínculos que se establezcan, es la herramienta a través de la cual se plasmarán las políticas que se han concordado. Si los fracasos de la Sociedad de las Naciones en materia de seguridad internacional no deseaban repetirse... era necesario crear una organización dotada de capacidad suficiente –explícita e implícita- y con vocación universal. Una organización que eficazmente asegurase el interés común a todos los pueblos en el mantenimiento de una paz indivisible; una organización que sirviese de marco para la búsqueda del consenso entre las grandes potencias (Gutiérrez Posse, 1995, p. 89).

Una lectura superficial nos llevaría a concluir que Naciones Unidas no es más que una mera herramienta, carente de iniciativa y alma. Sin embargo, sin melodramas pero sin pérdida de objetividad también, podemos decir que aquél 24 de octubre de 1945, la humanidad daba un paso decisivo en su voluntad de garantizar la paz y sancionar a los infractores de los principios básicos del Derecho Internacional, tras los horrores vividos en los dos conflictos mundiales en un lapso de tres décadas.

Hoy, con 193 miembros y 75 años de historia, la ONU sigue en el centro de la escena, recibiendo cuestionamientos sobre los resultados obtenidos frente a los desafíos que los diferentes contextos le presentaron. Es por ello que ha sido furiosamente criticada por políticos, analistas, investigadores, sociedad civil y todo aquél que la considera como poco más que un gasto de 3.000 millones de dólares al año.

Es pertinente recordar cuáles fueron los objetivos primarios de la organización desde el minuto cero. El primero de ellos era evitar la reedición de un nuevo conflicto a escala planetaria, que pudiera significar, nada más y nada menos, que el fin de la especie humana. Cabe recordar que en los momentos más álgidos de la Guerra Fría, cuando el enfrentamiento entre las dos superpotencias nucleares parecía inminente, con motivo de la instalación de los misiles soviéticos en Cuba (1962), fue el Consejo de Seguridad de la ONU la caja de resonancia donde se puso blanco sobre negro y, a la postre, terminaría primando la cordura. Consecuencia de este primer objetivo, podríamos concluir que el segundo de los ellos fuera el de erradicar los conflictos armados de manera definitiva. Sin dudas, este propósito quedó a medio camino. De todos modos, la ONU ha sido un elemento moderador de la violencia en la Sociedad internacional, sirviendo (en más de una ocasión) como intermediaria entre los bandos enfrentados para alcanzar la paz. Tampoco podemos negar que cuando alguna de las principales potencias tiene un interés vital en alguno de ellos, es poco lo que el organismo ha hecho, porque o bien no ha querido, o bien no ha podido hacer nada. Después de todo, las Naciones Unidas no son más que lo que sus Estados miembros desean que sea.

La Organización de las Naciones Unidas en ocasiones sirve de tribuna en la que se confrontan las ideologías, pero también es el espejo del mundo y el testigo de sus aspiraciones (...) Por definición, entonces, ha de ser el lugar donde el diálogo siempre sea posible (Gutiérrez Posse, 1995, p. 301).

Pero hay mucho más que la Organización ha hecho: dio el primer paso para generar la protección internacional de los Derechos Humanos a nivel universal, con la creación de la Comisión de Derechos Humanos (1945) y la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); a pesar de lo reglado en la Carta, adoptó la Declaración de la Concesión de la Independencia de los países y pueblos coloniales (1960), certificado de nacimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos; codificó los Principios estructurales del Derecho Internacional en la Declaración de Principios (1970), largamente estudiados en estas páginas; acompañó los cambios producidos tras la caída del Muro de Berlín a través de la Agenda para la Paz (1996); reafirmó su vocación por establecer una paz justa y duradera, de conformidad con los Principios y Propósitos de la Carta, a través de la Declaración del Milenio (2000) y fue la fuerza motora detrás de las grandes Conferencias Internacionales: las cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer, en 1975, 1980, 1985 y 1995; las tres Cumbres sobre la Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible, en 1976, 1996 y 2016; Cumbre de la Tierra de Río, 1992, que dio lugar al Convenio Marco sobre el Cambio Climático; la Cumbre de Viena sobre Derechos Humanos, en 1993, antecedente directo de la Cumbre de Roma, que terminó con la creación de la Corte Penal Internacional, 1998; la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, de 2002, en línea con la Cumbre Mundial de 2005, la Cumbre sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio y la Cumbre de Desarrollo Sostenible de 2015, donde se aprobó la Agenda 2030 para Desarrollo Sostenible con los 17 Objetivos

de Desarrollo Sostenible, entre decenas de hitos históricos para la Sociedad internacional jurídicamente organizada.

Cabe señalar que las Naciones Unidas no se limitan a Conferencias en las principales capitales del mundo. También están allí donde son desplegados los más de 83.000 efectivos provenientes de 119 países en las 13 misiones de paz que tiene activas (cabe señalar que el costo total del mantenimiento de la paz de la ONU no alcanza ni al 0.5% del gasto militar global anual), muchas de ellas trabajando en países en los cuales aún no han cesado los enfrentamientos armados. Y en las 71 misiones que se han desplegado desde 1948 hasta el día de hoy, con más de un millón de hombres y mujeres movilizados a escenarios muy hostiles, así como en la memoria de los 3.941 efectivos que han dado su vida en pos de ser custodios de la paz.

Queda mucho en el “debe”: la necesaria democratización del Consejo de Seguridad y la atemperación del derecho de veto, la despolitización del Consejo de Derechos Humanos, la erradicación de los enclaves coloniales, la desaparición de los dobles estándares en los abordajes de las problemáticas comunes, el fortalecimiento del Derecho Internacional y, consecuentemente, una más extendida aceptación de la competencia de la Corte Internacional de Justicia, entre otros tantos objetivos no alcanzados. Pero ello no puede conducirnos a negar todo lo que se encuentra en el “haber” ni la riqueza del camino recorrido. Es claro que mucho del “ser” ha diluido el “deber ser” que la sociedad internacional soñó cuando aún no finalizaba la Segunda Guerra Mundial.

En una coyuntura donde muchos de los protagonistas de las relaciones internacionales pugnan por debilitar el multilateralismo, atacando sus manifestaciones más relevantes (llámense Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud, Organización Mundial del Comercio, Corte Penal Internacional, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) creemos que la solución más eficiente y efectiva para los desafíos que vive la sociedad internacional se obtiene a través de más y no menos cooperación. Y para quienes entienden que es poco lo que han hecho las Naciones Unidas en estos 75 años, basta con imaginarse un mundo sin ellas. Ya lo hemos vivido.

5. Referencias bibliográficas

- Bartolomé, M. (2006). *La Seguridad Internacional post 11-S. Contenidos, debates y tendencias*. Instituto de Publicaciones Navales.
- Consani, N. (Comp.) (2015). *Nuevos Desarrollos del Derecho Internacional*. Instituto de Relaciones Internacionales.
- González Napolitano, S. (Coord.) (2015). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Erreius.
- Gutiérrez Posse, H.D.T. (1995). *Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*. Zavalía.
- Jiménez de Aréchaga, E. (1957). *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*. Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho.
- Morgenthau, H. J. (1985). *Política entre las naciones. La lucha por el poder y la paz*. Grupo Editor Latinoamericano.
- Pezzano, L. (2016). *La obligación de negociar y la cuestión Malvinas*. Clacso.
- Remiro Brotóns, A. (2007). *Derecho Internacional*. Tirant lo Blanch.
- Rial, J. A. (2014). *La participación argentina en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas desde el advenimiento de la Democracia hasta la 2011*. Repositorio de la Universidad Nacional de La Plata.
- Rodríguez Carrión, A. (1996). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos.

a. Sitios web consultados

Sitio de las Naciones Unidas: <https://www.un.org/>

Sitio de la Biblioteca Audiovisual de las Naciones Unidas:

https://legal.un.org/avl/intro/welcome_avl.html

“El puente de los espías”
Análisis de la película desde la óptica del Derecho internacional
“Bridge of Spies”
Analysis of the film from the perspective of International law

Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades

Universidad de Murcia, España | adiaz-bautista@um.es

Recibido: 7/7/2020

Aceptado: 1/10/2020

Resumen En la película "El puente de los espías" (Spielberg, 2015), basada en hechos reales, se refleja la realidad de las relaciones internacionales entre bloques al comienzo de la guerra fría, cuando el espionaje era parte de la actividad habitual de defensa. A través del proceso de enjuiciamiento y posterior liberación del espía soviético Rudolph Abel podemos examinar cuestiones trascendentales como la universalidad del derecho de defensa, la vigencia de los derechos humanos y la búsqueda de la personalidad internacional por parte de los estados emergentes.

Palabras clave Guerra fría, espionaje, derechos humanos, inviolabilidad del domicilio, derecho de defensa.

Abstract The film "The Bridge of Spies" (Spielberg, 2015), based on real events, reflects the reality of international relations between blocks at the beginning of the Cold War, when espionage was part of the usual defense activity. Through the process of prosecuting and subsequently releasing Soviet spy Rudolph Abel we can examine relevant issues such as the universality of the right of defence, the validity of human rights and the search for international personality by emerging states.

Keywords: Cold ward, espionage, human rights, inviolability of the home, right of defense.

Cómo citar este artículo: Díaz-Bautista Cremades, A. A. (2020). El puente de los espías. Análisis de la película desde la óptica del Derecho internacional. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 149 - 152.
<https://doi.org/10.24215/2618303Xe010>

1. Sinopsis de la película¹

El puente de los espías (Bridge of Spies) es un largometraje dirigido por Steven Spielberg en 2015 sobre guion de Matt Charman, Ethan Coen, Joel Coen, protagonizada por Tom Hanks (James Donovan) y Mark Rylance (Rudolf Abel).

La película, que obtuvo un Óscar al mejor actor de reparto por la actuación de Rylance y una docena de otros premios, se basa en la verídica historia del agente soviético Vilyam Guénrijovich Fisher (1903-1971) que operó en los Estados Unidos durante los primeros años de la Guerra Fría.

La trama comienza con el arresto de Abel, un maduro espía soviético, en la ciudad de Nueva York, a principios de los 50, en los albores de la Guerra Fría, cuando el pueblo americano vivía con el miedo tangible a una ofensiva nuclear soviética. Para la sociedad neoyorquina, un espía ruso era un peligroso enemigo que merecía la muerte, pero el sistema procesal norteamericano exigía la celebración de un juicio y la asistencia letrada del acusado, pese a que mucha gente -incluido el juez- daban por condenado a Abel desde el principio.

Para la defensa, al menos formal, del acusado, el colegio de abogados designa con desgana a James Donovan, un hábil abogado de seguros, que carece de experiencia en procesos penales. A lo largo de la película, Donovan demostrará lo eficaz de las técnicas de negociación y persuasión en un entorno tan hostil y peligroso como las relaciones internacionales.

En el juicio al espía, el abogado alega la ilicitud del registro domiciliario practicado, que invalidaría todo el proceso de acuerdo con la doctrina de los frutos del árbol envenenado, in embargo el argumento es rechazado por el jurado, siendo condenado Abel a una larga pena de reclusión.

Tras ello, el piloto de la CIA Francis Gary Powers (Austin Stowell) es derribado sobrevolando el espacio aéreo soviético, siendo capturado y procesado como espía. Al mismo tiempo, un joven estudiante británico queda atrapado en la Alemania del Este cuando se levanta el muro de Berlín.

El letrado Donovan es reclutado por la CIA para negociar la liberación de Powers a cambio de Abel, pero Donovan incluye en la ecuación al joven estudiante, lo que complica el acuerdo al incorporar como actor de la negociación a la RDA.

2. Las relaciones internacionales durante la Guerra Fría

Si hubiera que resumir en una sola idea la trama de la película diríamos que trata sobre las relaciones internacionales tras la II Guerra Mundial. Finalizado el conflicto, Europa quedó devastada, y el mundo dividido en dos grandes bloques: occidental (capitanado por los Estados Unidos) y soviético (liderado por la URSS). La lucha por el dominio de los diferentes territorios se vio enardecida por la carrera nuclear de ambos bloques. El temor a un ataque como el de Hiroshima y Nagasaki resulta palpable en la trama y justificaría, para los ciudadanos de Nueva York, la omisión de los derechos procesales.

En este contexto, en la necesidad mutua de anticiparse a un eventual ataque nuclear, ambas potencias intensificaron la actividad del espionaje, asumido como una actividad técnicamente ilegal pero habitual en la práctica. La misma actividad de Abel, que tan duramente es criticada por los ciudadanos neoyorkinos, es desarrollada por Powers cuando, bajo órdenes de la CIA sobrevuela el espacio aéreo soviético para captar fotografías.

Resulta reveladora la afirmación de Rudolf Abel cuando le dice a su abogado: “su país está haciendo lo mismo en este momento, hay hombres como yo en Rusia. Si fueran detenidos, usted querría que fueran bien tratados”.

¹ Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades es Profesor Contratado Doctor

Por otra parte, en el curso de la negociación que Donovan emprende en nombre de la CIA surge otro debate paradigmático del Derecho Internacional: la personalidad de los Estados. Tras la caída de Berlín, la Unión Soviética fundó un estado en la parte oriental de la Alemania conquistada que se denominaría República Democrática Alemana (RDA). El resto del antiguo Reich se transformó, bajo auspicios aliados, en la República Federal de Alemania. Desde el punto de vista occidental, los países de la órbita soviética no eran estados soberanos, sino regiones de la URSS, por lo que -según la doctrina Hallstein- carecían de personalidad internacional. Esta actitud negacionista se mantuvo hasta los años 70, en que occidente comenzó a reconocer la independencia de la RDA. Por esta razón, Donovan pretende negociar la liberación de los dos presos (Powers y Pryor, el estudiante norteamericano atrapado en Berlín). Sin embargo, la RDA no acepta la interlocución de la URSS y pretende ser reconocida como actor internacional, lo cual hará peligrar las negociaciones.

3. El derecho de defensa

La película tiene reminiscencias del clásico “Matar a un ruiseñor” de Harper Lee que es considerado el paradigma de la ética forense. Como en éste, el letrado Donovan de nuestra película se encuentra ante el deber de defender a una persona ya condenada de antemano por la sociedad. En ambos casos, el miedo abstracto del pueblo (en un caso a las personas de raza negra, en otro a un eventual ataque soviético) provoca un peligro concreto para el letrado y su familia, que son considerados “traidores” por ejercer la defensa procesal. En ambos casos la sociedad atemorizada es incapaz de comprender que todo acusado tiene derecho a un proceso justo y que en ello reside precisamente su diferencia con aquello que temen.

El propio Donovan se enfrenta además a dilemas profesionales. Sabe de su escasa capacitación como penalista y se preocupa por ofrecer a su cliente la mejor defensa posible, rechaza las presiones y llega al punto de visitar al juez en su domicilio para evitar, al menos, la pena capital.

4. Ámbito subjetivo de los derechos humanos

En el curso del procedimiento contra Rudolf Abel, la defensa se centra en la violación de la IV Enmienda de la Constitución Norteamericana, esto es, en la vulneración de la inviolabilidad del domicilio, ya que el registro de su vivienda no contaba con la necesaria autorización judicial. Ello debería haber invalidado todo el proceso o, al menos, haber excluido del sumario aquellas pruebas (material de comunicaciones, útiles de espionaje) intervenidos en el mismo.

La llamada “doctrina de los frutos del árbol envenenado” surge en los Estados Unidos en 1920² a raíz de un proceso en el que agentes federales entraron sin autorización en el domicilio de una empresa apropiándose de los libros de contabilidad para usarlos como prueba en un litigio.

Su denominación proviene del Evangelio de San Mateo³, donde Jesús expone que todo buen árbol da buenos frutos, mientras que el árbol podrido sólo puede dar frutos podridos, por lo que debe ser cortado.

En España, la doctrina del “fruto del árbol envenenado” se consagró en 1984, tras una sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 que estableció que no debían tenerse en cuenta las pruebas obtenidas cuando se habían vulnerado derechos fundamentales como la libertad y la intimidad, si bien su aplicación y alcance es vacilante en la jurisprudencia. El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consagra legalmente la prohibición del uso en el proceso de pruebas obtenidas de manera ilícita.

2 Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920)

3 Mateo, 7

Sin embargo, en el proceso contra Abel, la invocación a la cuarta enmienda es rechazada bajo el argumento de que, no siendo un ciudadano de los Estados Unidos, no le competen los derechos establecidos en la Constitución. Ello a pesar de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) recoge la misma inviolabilidad domiciliaria en el artículo 12.

El debate sobre el alcance de los derechos reconocidos en las constituciones ha sido largo durante los siglos XIX y XX, partiendo de la negación del carácter jurídico y de aplicación directa de los derechos constitucionales, a la consideración moderna de que los derechos humanos preexisten a las constituciones y son verdaderas facultades jurídicas que pertenecen a todas las personas. La actitud del juez en la película, que niega la aplicación de la IV Enmienda al caso de Abel, puede resultar chocante para un jurista que desconozca la trayectoria y evolución de los derechos fundamentales.

Por otra parte, el proceso contra Abel es contrastado en la película con el juicio celebrado en la URSS contra Powers, donde el acusado es condenado directamente sin apenas posibilidad de defensa.

Ficha técnica

Título: El puente de los espías

Dirección: Steven Spielberg

Título original: Bridge of Spies

País: Estados Unidos

Año: 2015

Fecha de estreno: 16/10/2015

Duración: 135 minutos

Género: Thriller. Drama

Reparto: Tom Hanks, Mark Rylance, Amy Ryan, Scott Shepherd, Sebastian Koch, Billy Magnussen, Alan Alda, Jesse Plemons, Eve Hewson, Peter McRobbie, Austin Stowell, Domenick Lombardozzi, Michael Gaston

Guión: Abi Morgan

Productora: DreamWorks SKG, Fox 2000 Pictures

“En Tierra de Nadie”
Entre la responsabilidad de proteger y la inacción
internacional: algunas reflexiones sobre el rol de Naciones
Unidas en los Balcanes¹

“No Man’s Land”
Between the responsibility to protect and international inaction:
some thoughts about the role of the United Nations in the Balkans

Ailén Nahir Chiesa² Universidad de Buenos Aires, Argentina | ailenchiesa@gmail.com

Luisa Vicentin³ Universidad de Buenos Aires, Argentina | luisavicentin@gmail.com

Recibido: 9/10/2020

Aceptado: 17/11/2020

Resumen “No Man’s Land” (2001) es una película de origen bosnio que retrata la crudeza de los enfrentamientos bélicos y de los procesos que tienen como protagonistas a los nacionales que se enfrentan unos a otros. Esgrime un retrato ficticio, aunque verídico, de las guerras de disolución de Yugoslavia, específicamente de la guerra serbobosnia. El *setting* es algún lugar entre Bosnia y Serbia, y casi la totalidad de la historia sucede dentro de una trinchera, en donde las conversaciones absurdas y las situaciones satíricas abundan; la película es una sátira anti-guerra que sitúa al espectador en una encrucijada: la de reír o llorar.

Analizamos la película “En Tierra de Nadie”, por retratar su trama las guerras de disolución de la ex Yugoslavia, y poner en jaque el rol protagonista de la Organización de las Naciones Unidas en conflictos bélicos internacionales, con una mirada crítica hacia su funcionamiento y burocracia.

Palabras clave: disolución ex Yugoslavia, ONU, conflictos bélicos internacionales

Abstract “No Man’s Land” (2001) is a Bosnian film about the cruelty of war fights and the processes undergone by those involved in combat. The film puts forward a fictional – though true- tale about the wars that dissolved Yugoslavia, particularly the Serbo Bosnian war. The film is set somewhere between Bosnia and Serbia, and most of the story takes place inside the trenches, where absurd conversations and satiric situations run rampant. The film is an anti-war satire that puts the viewer at a crossroad: laughing or crying.

This paper analyzes the film “No Man’s Land” as it illustrates the wars of Yugoslav succession and challenges the role of the United Nations as a primary actor in international armed conflicts with a critical approach to its functioning and bureaucracy.

Keywords: Yugoslav succession, United Nations, international armed conflicts

Cómo citar este artículo: Chiesa, A. N. y Vicentin, L. (2020). En tierra de nadie. Entre la responsabilidad de proteger y la inacción internacional: algunas reflexiones sobre el rol de Naciones Unidas en los Balcanes. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 153 - 160. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe011>

¹ Este artículo es una versión ampliada del publicado para la sección Alerta de Spoiler del podcast ChimichuRRII. Disponible en <http://www.chimichurrii.com> y las plataformas de podcasting.

² Estudiante avanzada de la carrera de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales y de Traductorado Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

³ Estudiante avanzada de la carrera de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

1. Un recorrido histórico

El contexto histórico que intenta retratar es sumamente complejo. La guerra de Bosnia fue un conflicto internacional que tuvo lugar entre 1992 y 1995 en el actual territorio de Bosnia y Herzegovina. Sin embargo, ya un año antes –cuando Eslovenia y Croacia declaran su independencia del territorio de la antigua Yugoslavia– se comienza a gestar la “Guerra de los Balcanes” que llegaría a su fin recién en 2001.

El 5 de marzo de 1992 Bosnia declara su independencia, hecho que da comienzo a una guerra civil entre dos grupos: por un lado se encuentran quienes buscan separarse de Yugoslavia y, por el otro, quienes quieren permanecer dentro de ella. En este último grupo se encuentran los bosnio-serbios, vinculados al gobierno central yugoslavo, liderado por Serbia. En este punto, es importante resaltar la correlación existente entre identidad étnica y religión: los bosnios son en su mayoría musulmanes, mientras que los bosnio-serbios son cristianos ortodoxos y los bosnio-croatas son católicos. Es decir que en un mismo territorio conviven tres religiones diferentes.

El 6 de abril de 1992 comienza formalmente la guerra de Bosnia, la más sangrienta de las guerras de desintegración de la ex Yugoslavia. Allí murieron más de 100.000 personas –la mayoría de ellas de religión musulmana– y más de dos millones se vieron obligadas a abandonar sus hogares. Tal como lo describe Armada (2015), si bien Bosnia-Herzegovina es un Estado reconocido internacionalmente al momento de iniciarse la guerra, esto no configura impedimento alguno para que Serbia –y Montenegro, también integrante de la autoproclamada Nueva Yugoslavia– ocupe militarmente dos tercios de su territorio y provoque, además de 128.448 muertos, el mayor desarraigo de poblaciones desde la Segunda Guerra Mundial. Se estima que para diciembre de 1995, momento en que la guerra llegó a su fin, el número de desplazados internos⁴ era de aproximadamente 1,3 millones, mientras que alrededor de 500.000 personas buscaron asilo en países de la región, y otras 700,000⁵ lo hicieron en el occidente de Europa, situación que llevó a que se conviertan en refugiados⁶. Según cifras proporcionadas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en su Anuario Estadístico del año 2002, los principales países de acogida entre 1993 y 2002 han sido Serbia y Montenegro, Alemania, y en menor medida, Suecia y Dinamarca. En este mismo período, los Estados Unidos también le han dado la bienvenida a un importante flujo de refugiados bosnios. Asimismo, de acuerdo nuevamente a las cifras que aporta el Anuario, los principales países que recibieron solicitudes de asilo en el período analizado han sido Alemania, Suecia, Suiza, Noruega, y Francia. En este punto, sin embargo, es destacable mencionar que, año tras año, se ha producido un incremento en el número de personas que ha podido regresar a sus hogares; para el año 2006, Bosnia ya contaba con más de un millón de retornados externos (refugiados) e internos (PDI).⁷

El peor suceso de la guerra ocurriría, empero, en julio de 1995, unos meses antes de que esta terminara. Fue la “masacre de Srebrenica”, en donde más de 8000 bosnios de religión musulmana fueron asesinados, incluidos niños. A pesar de que el 16 de abril de 1993 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) había

⁴ Pese a no incluir una definición del concepto de “persona desplazada interna” (PDI) en su estatuto de 1950, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) considera como desplazados internos a quienes se ven obligados a abandonar sus hogares, pero cuya huida, a diferencia de lo que sucede con los refugiados, se da dentro de su propio país. En otras palabras, un desplazado interno ha abandonado su residencia, pero no ha atravesado la frontera de su país de origen.

⁵ Cifras recabadas por el ACNUR en *The State of The World's Refugees 2000: Fifty Years of Humanitarian Action*.

⁶ Según el ACNUR, es refugiado toda persona que, por encontrarse fuera de su país de origen y por temor a la persecución, al conflicto, la violencia generalizada, u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, requiere protección internacional. Los gobiernos o el ACNUR llevan a cabo un procedimiento legal o administrativo denominado Determinación de la Condición de Refugiado (RSD, por sus siglas en inglés) mediante el cual establecen si una persona reúne los criterios necesarios para ser considerado refugiado bajo las normas internacionales, regionales o nacionales.

⁷ Datos provistos por el Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas del ACNUR.

considerado a Srebrenica “zona protegida”⁸, allí se perpetraron las peores atrocidades ocurridas durante las guerras yugoslavas.

En 1993 se creó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)⁹ con el objetivo de condenar los crímenes cometidos durante el conflicto: lo sucedido en Bosnia fue calificado como un genocidio. Fue la primera vez, desde la Segunda Guerra Mundial, que en Europa volvió a hablarse de limpieza étnica. Pero también se cometieron otros crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En este sentido, relatos como los de Alfonso Armada, periodista español que desde su lugar de testigo narra parte de los acontecimientos, hacen más palpable el padecimiento de los bosnios y la crudeza de la guerra: “aquí al lado violan a las mujeres ante sus maridos, torturan a los adolescentes, disparan a bocajarro, queman las casas desde los cimientos al tejado, expulsan a los musulmanes y aterrorizan a los que se oponen a sus crímenes” (2015, p. 149). Durante los veinticuatro años en los que su mandato estuvo vigente, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia procesó a 161 personas por las graves violaciones de derechos humanos llevadas a cabo en territorio bosnio entre 1992 y 1995¹⁰.

2. Comienza la ficción

La película abre con soldados bosnios perdidos en medio de la niebla, encontrándose frente a frente en la línea de batalla serbia. Estos abren fuego, algunos mueren, pero dos se salvan: Ciki y Cera. Ciki cae en una trinchera, en donde se encuentra con un serbio, Nino, con quien queda atrapado, frente a frente, en esa trinchera, entre la línea serbia y la línea bosnia de batalla: atrapados entre líneas enemigas, atrapados en tierra de nadie. Cera, mientras tanto, yace en el piso, medio muerto, medio vivo, apretando una “mina S”, una mina saltarina. Si se levanta, mueren los tres.

“¿Quién comenzó la guerra?” Es la pregunta que dispara los primeros intercambios entre el soldado bosnio y su par serbio: la respuesta a la pregunta va a depender de quién tiene el arma en mano y apunta a quién tiene enfrente. El bosnio, con el arma en mano, consigue la respuesta que quiere: el serbio acepta que fueron ellos quienes la comenzaron. Más adelante en la película, el serbio, ahora él con el arma en mano, consigue la respuesta contraria: entre la espada y la pared, el bosnio admite su responsabilidad. Las escenas representan el poder crudo de la coerción física en su máxima expresión. No importa quién empezó, dice Cera, desde el piso: lo que importa es que todos están determinados y atravesados por la misma situación.

A medida que la película avanza, la discusión sobre “quién comenzó la guerra” parece apaciguarse. Frente a frente, ambos hombres en las trincheras empiezan a vincularse. Ciki conoce de dónde viene Nino; tienen una

⁸ En su Resolución 819, el Consejo de Seguridad estableció Srebrenica como zona segura protegida. Días más tarde, la Resolución 824 dispuso que Sarajevo, Tuzla, Zepa, Bihac y Gorazde también debían ser tratadas como zonas seguras y permanecer libres de ataques armados y de cualquier otro acto hostil.

⁹ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) fue un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, establecido en virtud de la autoridad que el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas le confiere al Consejo y de conformidad con la Resolución 827, dictada el 25 de mayo de 1993. El tribunal, cuyo mandato cesó el 31 de diciembre de 2017, tuvo como propósito enjuiciar a las personas responsables de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos durante los conflictos ocurridos en Croacia (1991-1995), Bosnia y Herzegovina (1992-1995), Kosovo (1998-1999) y la ex República Yugoslava de Macedonia (2001). El artículo 4 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia rezaba que se entendía por genocidio a cualquiera de los actos allí enumerados y “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Dichos actos incluían: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; y e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

¹⁰ Dado que la labor del TPIY ha concluido en 2017, sus competencias han sido formalmente absorbidas por el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales, órgano establecido por el Consejo de Seguridad con arreglo a la Resolución 1966 del año 2010. A través de esta resolución, el Consejo estipuló que el “Mecanismo” continuaría con la jurisdicción, los derechos y las obligaciones, y las funciones esenciales del TPIY y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

persona conocida en común. Queda a flor de piel la cercanía entre ambos grupos: hablan el mismo idioma, conocen a ese otro. Pero le recuerda Ciki a Nino, que cuando salgan de esta trinchera, van a volver a apuntar el arma a la cara del otro: son enemigos.

Entretanto, esperan la llegada de los cascos azules de las Naciones Unidas, que dirigen una misión pacificadora en el área. Pacificadora, entre comillas, ya que parecería que quienes están en el campo tienen las manos atadas desde arriba. El coronel general, cuyo nombre es “Soft”, o Suave, en español, es el burócrata ideal: “estamos en proceso de negociación” parece ser su frase predilecta. Poco le importan las vidas en la trinchera, solo su supuesta neutralidad. Franceses, alemanes, bosnios y serbios se entremezclan, e intentan, con poco éxito, solucionar la situación, mediados e interrumpidos por el insistente micrófono de una periodista británica que transmite en vivo lo que pasa en la trinchera, volviendo la guerra un circo mediático. De este modo, a los ojos del mundo, el incidente de trinchera en el medio de esa tierra de nadie, deja en evidencia la poca funcionalidad de la presunta neutralidad de los cuerpos “de guerra” de la ONU y su cláusula de no intervenir: terminan, junto al apetito de drama de la prensa amarilla, creando una escena de película hollywoodense, un bluff para quedar invictos en su supuesta neutralidad. Aunque, dice un sargento, que no hacer nada también implica tomar una posición, y no es exactamente la de la neutralidad, cuestionando el sentido de la presencia de la ONU en el territorio.

La constante es una comunicación casi imposible: las distintas lenguas –y la mezcla de nacionalidades *in situ*– representan el obstáculo mayor para solucionar el problema, que es el entendimiento. Los franceses ven a ambos bandos como “maníacos”, les es imposible entender el conflicto: hablan otro idioma. Y ambos grupos se ven uno al otro no solo como el enemigo, sino como “el malo” en la historia. Sin importar el terreno común compartido, el otro es el enemigo a aniquilar: aun hablando el mismo idioma, la comunicación es imposible de alcanzar. Es la guerra en pocas palabras. La presencia internacional, las Naciones Unidas como organismo pacificador, como salvadores y enmendadores de conflictos, resulta inefectiva, contraproducente, y hasta inocente, frente a la complejidad de los conflictos bélicos reales y de la historia entre los actores. “¿Nuestra miseria paga bien?” Pregunta Ciki, frente a cámaras que lo transmiten globalmente: la guerra, tanto para los observadores de la ONU como para quienes miran las escenas por televisión, alcanzó un punto de sinsentido. Pero, como se ve en el desenlace, para sus protagonistas, para ambas partes, es una cuestión de vida o muerte. El sentido está dado por vengarse y hacer “pagar” a ese otro radical, aun cuando termina en la propia muerte.

Hay escenas en la película que se prestan para la risa, si no estuvieran teñidas del absurdo triste de la guerra y las víctimas sinsentido que se cobra, víctimas perdidas en un remolino infinito de ojo por ojo y diente por diente. Es ficción, y si bien plantea una situación singular, esa singularidad se vuelve factible en el desarrollo de la película, volviéndola un film duro de ver. En una escena, se ve a Ciki y Nino, sin uniformes, arriba de las trincheras, sacudiendo sus banderas blancas, pidiendo cese de fuego. Irónico porque la película entera y los diálogos entre ambos personajes, demuestran cuán difícil es que cese.

3. Naciones Unidas: ¿Naciones Unidas?

La intervención neutral de la ONU y su pretensión de pragmatismo, como cuerpos de mantenimiento y aplicación de la paz en la guerra de disolución de Yugoslavia, se contextualiza dentro de un proceso de transformación del orden internacional (el pretendido Nuevo Orden Mundial de Bush), cuyos principales estandartes

discursivos fueron la Agenda For Peace (en español, Un Programa para la Paz¹¹) y la R2P (En español, Responsabilidad de Proteger¹²) de la ONU (Heathershaw, 2008). Ocultos en el pragmatismo y la imparcialidad, en la búsqueda de bienestar global y de respeto de los derechos humanos de los ciudadanos, en la responsabilidad de proteger a poblaciones cuyos derechos humanos se encontraban socavados, aparecen los ideales liberales internacionales. La pretensión de alcanzar un nuevo orden internacional pacífico renace: la intervención, catalizada por el supuesto de que ciertos Estados poseen la responsabilidad y el deber de proteger, representa la búsqueda de un orden mundial sin crisis humanitarias. ¿Y qué es, precisamente, una crisis humanitaria? Entre otras cosas, ciertos conflictos catalogados como crisis humanitarias son aquellos que suceden en países no alineados con principios democrático-liberales de gobierno, sociedad y mercado (Pattison, 2010). Es decir, al intervencionismo y al mantenimiento de la paz, los subyacen marcos morales y éticos específicos, que pretenden ser universales: a pesar de apelar a un pragmatismo, existe un claro vínculo entre la existencia de un orden democrático y el alcance de orden, seguridad y paz en cualquier orden político. La Agenda Para La Paz fue un medio para alcanzar el fin: un orden internacional estable, pacífico, propicio para el mantenimiento y florecimiento de las democracias liberales y un orden económico capitalista. La búsqueda de paz no nace de principios pragmáticos, sino, básicamente, lo contrario: nace de una sistemática voluntad de mantenimiento y esparcimiento geográfico del status quo liberal. Tal como lo expone Heathershaw: “en el corazón de cualquier discurso político yace una posición ética determinada ideológicamente, especialmente en aquellos que se presentan como pragmáticos. En el caso del *peacebuilding* democrático, la ética del internacionalismo liberal configuraron una respuesta particular a conflictos violentos” (2008, p. 600). El avance discursivo de la paz, la neutralidad, la resolución de conflictos – que se lleva a cabo a través de intervenciones militares – simboliza la aspiración a un orden mundial específico.

No Man's Land lo ilustra perfectamente. A primera vista, la película es un devenir de las dificultades que tiene la UNPROFOR¹³ (por sus siglas en inglés, Fuerza de Protección de las Naciones Unidas) para establecer un orden y mediar la paz, tal como aconteció efectivamente: vemos una estructura organizacional ultra jerárquica y burocrática que, exenta del desarrollo real del conflicto, incapaz de comprender las razones que lo subyacen, y hundida en una pretensión de neutralidad, no puede resolverlo. Sin embargo, aun cuando no cumple en principio su cometido, las idas y vueltas que suceden en la ficción en relación al lugar de la UNPROFOR son significativos en tanto implican que ambos lados se encuentran vinculados y mediados por un orden internacional del que forman parte, que se personifica en la forma que ambos tienen de significar a la UNPROFOR y a las Naciones Unidas. El camión blanco immaculado, ‘UN’ escrito en mayúsculas, transita por tierras serbias en dirección a la trinchera en tierra de nadie: tanto serbios como bosnios entienden lo que implica. Deben cesar el fuego para que los “peacekeepers” resuelvan un problema que ninguno de los dos puede resolver: los serbios dejan pasar al camión, y este llega a la trinchera, donde actúan como mediadores fallidos entre los protagonistas de la historia. El caos se desata, lo que denota la falencia de la UNPROFOR en entender la profundidad de lo que sucede entre los grupos enfrentados, pero esa falencia se disipa frente a

¹¹ La “Agenda for Peace” fue un reporte de las Naciones Unidas escrito por el entonces Secretario General Boutros-Ghali en 1992, en el que delinea sus consideraciones acerca de las posibles respuestas de la ONU a conflictos internacionales en un escenario post Guerra Fría, en pos de garantizar un involucramiento más activo y eficaz en el mantenimiento de la paz por parte de la organización. El accionar de la ONU sería en adelante determinado por la democracia preventiva, el despliegue preventivo de fuerzas militares de la ONU en distintos territorios, la creación de unidades de resguardo de paz que permitan accionar militar en territorio, y procesos de consolidación de paz después de finalizados los conflictos (Boutros-Ghali, 1992).

¹² Promovida por el Secretario General Kofi Annan y formalizada en la Cumbre Mundial de 2005, la R2P es una norma política que afirma que los Estados son responsables de proteger a poblaciones del genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y depuración étnica. Se basa en 3 pilares fundamentales: la responsabilidad de cada Estado de proteger a sus poblaciones; la responsabilidad de la comunidad internacional de ayudar a los Estados a proteger a sus poblaciones; y la responsabilidad de la comunidad internacional de proteger a las poblaciones de un Estado cuando es evidente que este no logra hacerlo (Šimonović).

¹³ Establecida en 1992 mediante la resolución 743 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la UNPROFOR fue una misión de mantenimiento de la paz en la entonces República Federal Socialista de Yugoslavia, a partir de la cual se desplegaron fuerzas militares en todo el territorio.

la relevancia que tiene la misma presencia de la UNPROFOR en el lugar del conflicto, y el circo mediático que ellos mismos arman para mostrar cómo lo median y lo solucionan con efectividad. Para el mundo, para todos aquellos que no están presentes y lo observan por televisión, la paz, llevada al territorio por las fuerzas protectoras de las Naciones Unidas, gana, y son las Naciones Unidas las que esparcen esa paz. Así, la película es tanto una sátira sobre la forma en que el orden liberal alcanza su propia legitimidad, como una crítica voraz a la presencia de la ONU en el territorio y el imperativo occidental de proteger.

4. Imposibilidades normativas

Por otro lado, los acontecimientos históricos y del desenlace de la guerra, generaron críticas a la presencia inefectiva de la UNPROFOR, socavando, en cierta medida, la legitimidad de la ONU en la resolución de conflictos. Sin dudas, en este caso quedó en evidencia la incapacidad de dicho organismo internacional para dar fin de la forma más rápida y menos cruenta posible al conflicto, y aún más, de prevenir que se derramara más sangre, como terminó ocurriendo en Srebrenica. Si tomamos en cuenta lo que plantea Pattison (2010), a primera vista la ONU es entendida dentro de parámetros liberales como el agente más apropiado para lidiar con asuntos de esta magnitud. Ello así, debido a su alcance global y a los objetivos que persigue, entre ellos, lograr la paz y la seguridad mundial. Partiendo del supuesto de responsabilidad de proteger (o R2P, por sus siglas en inglés) que recae sobre la ONU como actor internacional, comienzan entonces a surgir interrogantes respecto a su capacidad como agente interventor. Hechos como los ocurridos en Bosnia demuestran la incapacidad previamente mencionada, que queda plasmada, sin más, en la forma en que el organismo responde ante sucesos tan aberrantes. Pero se observa además que, debajo de dicha incapacidad, subyacen intereses, y la presencia de tales intereses socavan la legitimidad misma de Naciones Unidas. Es decir, al evaluar la forma y la rapidez con la que el organismo actúa –en este caso a través del Consejo de Seguridad– debemos tener en cuenta los intereses que persiguen sus miembros permanentes, que tienen y hacen uso del poder de veto, hecho que no fue una cuestión menor en la guerra de Bosnia. En especial en la masacre de Srebrenica (aunque también en Kosovo años más tarde) esto se vio claramente reflejado. En ese momento, los miembros de la OTAN (Organización del Tratado del Atlántico Norte) buscaron conseguir la aprobación del Consejo de Seguridad para poder desplegar acciones tendientes a prevenir que el conflicto escale aún más, pero el Consejo no dio tal autorización. La respuesta del órgano se debió, en parte, a los vínculos que Rusia mantenía con el régimen de Milošević. Pese a no contar con la autorización para intervenir, el accionar de la OTAN en Kosovo sí pudo prevenir que se desatara una crisis humanitaria de la escala que años atrás se había visto en territorio bosnio.

5. A modo de cierre

Lo cierto es que independientemente del éxito o fracaso de la ONU, de sus aspectos normativos, y del propio orden internacional en la resolución de la ‘crisis humanitaria’, el desenlace de la guerra dio lugar a una región relativamente estable, en donde se establecieron regímenes democrático-liberales. La intervención de la ONU en Bosnia no dio lugar a cambios significativos en el conflicto, pero sí lo hizo la intervención de la comunidad internacional como un todo, buscando “alcanzar la paz”, y consecuentemente establecer un nuevo ordenamiento sociopolítico y un sistema económico liberal, voluntad que queda reflejada en el preámbulo de los Acuerdos de Dayton (oficialmente conocido como Acuerdo Marco General Para la Paz en Bosnia y Herzegovina, tratado de paz firmado en 1995 en Dayton, Estados Unidos), donde se asientan las bases para establecer una economía de mercado.

La película pone en discusión el lugar de la “comunidad internacional” en la resolución de conflictos, su legitimidad como posible árbitro, y deja, a su vez, entrever cómo la utilización de conceptos *a priori* neutrales, como “crisis humanitarias” o “aplicación de la paz”, son en realidad elementos discursivos de un ordenamiento ético muy específico y con objetivos muy definidos. Los distintos episodios acaecidos durante las guerras de la ex Yugoslavia, a los cuales la película nos retrotrae por unas horas, reflejan la necesidad de

reevaluar tanto a quienes actúan como agentes protectores, a las normativas de las instituciones internacionales, y también, no menos importante, al imperativo de protección en sí mismo.

Ficha técnica de la película

Título: En Tierra de Nadie

Dirección: Danis Tanovic

Título original: No Man's Land

País: Bosnia y Herzegovina

Año: 2001

Duración: 98 minutos

Género: Drama. Comedia. Bélico.

Reparto: Branko Djuric, Rene Bitorajac, Filip Sovagovic, Katrin Cartlidge, Simon Callow, Serge-Henri Valcke, Georges Siatidis

Guión: Danis Tanovic

Productora: Coproducción Bosnia y Herzegovina-Francia-Italia-Bélgica-Reino Unido-Eslovenia; Noé Productions, Fabrica Cinema, Man's Films, Counihan/Villers Productions, Studio Maj, Casablanca, British Screen Productions, Eurimages, Slovenian Film Fund

6. Referencias bibliográficas

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2000). War and humanitarian action: Iraq and the Balkans. *The State of The World's Refugees 2000: Fifty Years of Humanitarian Action* (pp. 211-243). Oxford University Press.

<https://www.unhcr.org/3ebf9bb50.html>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2004). *Anuario Estadístico de 2002*.

<https://www.unhcr.org/414ad5707.pdf>

Ambroso, G. (2011). *¿El fin de la historia? Conflicto, desplazamiento y soluciones duraderas en la era posterior a la Guerra Fría* (Informe de investigación No. 207). Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8271.pdf>

Armada, A. (2015). *Sarajevo*. Malpaso Ediciones.

Boutros-Ghali, B. (1992). An Agenda for Peace: Preventive diplomacy, peacemaking and peacekeeping. Disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/47/277

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1992). *Resolución 743* (S/RES/743).

[https://undocs.org/es/S/RES/743%20\(1992\)](https://undocs.org/es/S/RES/743%20(1992))

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1993). *Resolución 819* (S/RES/819).

[https://undocs.org/es/S/RES/819%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/819%20(1993))

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1993). *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808* (S/25704).

https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1993). *Resolución 824* (S/RES/824).

[https://undocs.org/es/S/RES/824%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/824%20(1993))

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1993). *Resolución 827* (S/RES/827).

[https://undocs.org/es/S/RES/827%20\(1993\)](https://undocs.org/es/S/RES/827%20(1993))

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2010). *Resolución 1966* (S/RES/1966). [https://un-](https://undocs.org/sp/S/RES/1966%20(2010))

[docs.org/sp/S/RES/1966%20\(2010\)](https://undocs.org/sp/S/RES/1966%20(2010))

Heathershaw, J. (2008). *Unpacking the Liberal Peace: The Dividing and Merging of Peacebuilding Discourses*. Millennium - Journal of International Studies. Acceso online:

<http://mil.sagepub.com/content/36/3/597>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Pattison, J. (2010). *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Who Should Intervene?* Oxford University Press.

Šimonović, I. La responsabilidad de proteger. *Sitio web Naciones Unidas*. Recuperado de <https://www.un.org/es/chronicle/article/la-responsabilida-de-proteger>

“Tokyo Trial”

El Juicio de Tokio y el desarrollo de la justicia penal internacional

The Tokyo trial and the development of international criminal justice

Aldo García Universidad Nacional de General San Martín, Argentina |
aldo.garcia.2011@gmail.com

Recibido: 5/10/2020

Aceptado: 23/11/2020

Resumen Los denominados juicios de Tokio y de Núremberg, montados para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, serían el inicio de la justicia penal internacional bajo el sistema de la Organización de las Naciones Unidas. A partir de ellos y con la adopción del Estatuto de Roma en 1998 que crea la Corte Penal Internacional, este sistema tendrá un importante desarrollo pero, hasta nuestros días, no ha logrado la universalidad en su jurisdicción ni la unanimidad en su aceptación.

Palabras clave: Juicio de Tokio, Núremberg, Corte Penal Internacional

Abstract The so-called Tokyo and Nuremberg trials, set up to judge the crimes committed during World War II, would mark the onset of international criminal justice under the United Nations system. With them as a stepping stone and upon the adoption of the Statute of Rome in 1998, which creates the International Criminal Court, this system will enjoy great development. However, it has failed to become universal in terms of jurisdiction and to be unanimously accepted.

Key words: Tokyo trial, Nuremberg, International Criminal Court

Cómo citar este artículo: García, A. (2020). Tokyo Trial. El Juicio de Tokio y el desarrollo de la justicia penal internacional. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 3 (3), 161-166. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe012>

Los denominados juicios de Tokio y de Núremberg, montados para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, serían el inicio de la justicia penal internacional bajo el sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). A partir de ellos y con la adopción del Estatuto de Roma en 1998 que crea la Corte Penal Internacional. Este sistema tendrá un importante desarrollo pero, hasta nuestros días, no ha logrado la universalidad en su jurisdicción ni la unanimidad en su aceptación.

La plataforma Netflix ofrece la miniserie japonesa "Tokyo Trial" (El Juicio de Tokio) un drama histórico en cuatro capítulos que relata la actuación del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. Este Tribunal fue el encargado de llevar adelante un juicio militar convocado en abril de 1946 para juzgar a los líderes del Imperio de Japón por conspiración para iniciar la guerra del Pacífico por crímenes contra la paz (o crímenes "Clase A"), crímenes de guerra convencionales ("Clase B") y crímenes contra la humanidad ("Clase C"). El tribunal se constituyó el 3 de agosto de 1946 y se disolvió, cumplido su cometido, el 12 de noviembre de 1948.

The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE, por su nombre y sigla en inglés) fue emitido como una orden junto con una Proclamación Especial del general Douglas MacArthur, el 19 de enero de 1946, de acuerdo con las órdenes enviadas a él en octubre de 1945 por el Estado Mayor Conjunto de los Estados Unidos, luego circulada a la Comisión Asesora del Lejano Oriente compuesta por representantes de las potencias aliadas.

La Proclamación Especial de MacArthur estableció un Tribunal militar internacional para el Lejano Oriente, aprobó su constitución, jurisdicción y funciones según lo establecido en su estatuto, e indicó que ello se hacía sin perjuicio de cualquier otro procedimiento que pudiera establecerse en Japón o dentro de los dominios de los países con los que Japón había estado en guerra. Afirmó que hizo esto por los poderes que los Aliados le confiaron como comandante supremo con la responsabilidad de "llevar a cabo la rendición general de las fuerzas armadas japonesas" y con la autoridad que le otorgaron los gobiernos de los Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética en la Conferencia de Moscú de diciembre de 1945 y con la concurrencia de China.

La Carta estuvo fuertemente influenciada por su contraparte de Núremberg, pero fue redactada nuevamente de acuerdo con las pautas dadas al General MacArthur por el Estado Mayor Conjunto de Estados Unidos para adaptarse a las diferentes condiciones que prevalecían en el Japón ocupado. La Carta estableció que el comandante supremo seleccionaría a los miembros del tribunal a partir de los nombres que le presentara cualquiera de los signatarios del Instrumento de Entrega. El comandante supremo nombraría a uno de los miembros para que actuara como presidente del tribunal y a un secretario general y se encargaría de los servicios administrativos y demás necesidades del tribunal.

La Carta estableció la jurisdicción del tribunal y la responsabilidad individual de los acusados por actos de Estado y por actos realizados en cumplimiento de órdenes superiores. El comandante supremo designaría al fiscal jefe y cualquiera de las Naciones Unidas involucradas en la reciente guerra contra Japón podría nombrar un fiscal adjunto. Las actuaciones del tribunal se llevaron a cabo en inglés y japonés, mientras que el uso de otros idiomas en los tribunales se convirtió más tarde en un asunto polémico.

Resultó aún más polémico y, hasta el presente se cuestiona, por qué el Emperador Hirohito, suprema autoridad de la nación japonesa, no fue procesado. La explicación no es jurídica sino política: ya despuntaba entre Estados Unidos y Rusia la Guerra Fría, que enfrentaría durante décadas a los sistemas capitalista y comunista alrededor del globo. Si bien el punto álgido en ese momento era la situación en Europa, en la cual las zonas de ocupación rusa y de los aliados occidentales comenzaban a convertirse en campos enrolados con cada bando, la situación no era menos compleja en Asia. Allí la existencia de guerrillas de inspiración anticolonialista e incluso marxista que habían combatido al invasor japonés constituían un peligro importante para el mantenimiento del statu quo colonial y para los intereses estratégicos de Estados Unidos en el Pacífico. Era lo que ocurría en China (donde tomarían el poder en 1949 con Mao Zedong) y en Viet Nam y Corea (que tras sucesivas guerras pasarían por la división y reunificación en el primer caso y la división hasta hoy, en el segundo), entre otros casos.

Por ello se dio la paradoja de que Japón pasó de ser el enemigo derrotado a la principal apuesta estratégica de Estados Unidos en el continente para evitar la expansión del bloque socialista, y los países que habían sufrido su ocupación militar y los crímenes por los cuales se juzgaba a sus dirigentes en los elementos periféricos de un desarrollo económico cuyo centro sería el antiguo enemigo. Japón conquistaría así, pese a la derrota, mucho de lo que había pretendido con la guerra e Hirohito sobreviviría como garante de esta nueva etapa.

Once países, a saber Australia, Canadá, China, Francia, India (entonces colonia británica), Países Bajos, Nueva Zelandia, Filipinas, la Unión Soviética, el Reino Unido y los Estados Unidos¹, proporcionaron jueces y fiscales para el tribunal, mientras que la defensa comprendía abogados japoneses y estadounidenses.

Veintiocho líderes militares y políticos japoneses fueron acusados, mientras que como se explicó el propio Emperador del Japón, Hirohito, no fue responsabilizado ni juzgado. Dos acusados murieron durante el procedimiento y uno fue declarado no apto para ser juzgado, uno fue absuelto y todos los restantes fueron declarados culpables de, al menos, un cargo. Las condenas oscilaron entre siete años de prisión y la ejecución.

El desarrollo de la serie muestra la difícil tarea encarada por los jueces, a caballo tanto del análisis jurídico de características inéditas, su único precedente directo eran los juicios de Núremberg contra los jerarcas nazis, como de las presiones políticas de sus gobiernos o de otro origen.

Cuestiones como ¿existían bases legales para afirmar que iniciar una guerra era un delito en términos del Derecho internacional vigente entonces? ¿Puede condenarse a Japón por agresión cuando su lema era “Asia para los asiáticos” y sus conquistas eran a expensas de otros imperios coloniales²? ¿Podía condenárseles por crímenes de guerra por las matanzas a poblaciones civiles mientras algunos de los países que los juzgaban habían atacado también objetivos no militares, como es el caso de las bombas atómicas lanzadas sobre Hiroshima y Nagasaki o el bombardeo de las ciudades alemanas?

En el desarrollo de la serie tanto el debate entre los jueces, las presiones que sufren como sus propias dudas transparentan estos factores. Y esto es un valor de la puesta, porque normalmente se nos muestra a los tribunales en su aparición pública durante las audiencias pero es infrecuente y, por cierto más difícil de reconstruir, en sus debates internos.

Tanto los juicios de Tokio como los de Núremberg serían el inicio de la justicia penal internacional bajo el sistema de la ONU, a partir de allí la creación de una Corte Penal Internacional estuvo en la agenda de la Organización por más de cuatro décadas. En 1948 por resolución de la Asamblea General se requirió a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) “estudiar la conveniencia y posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para enjuiciar a personas acusadas de genocidio”. Los esfuerzos de la CDI, sin embargo, no dieron fruto hasta 1998, con la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que entró en vigor en el 1° de julio de 2002.

Como antecedentes directos, en 1993 el Consejo de Seguridad utilizó sus poderes contenidos en el Capítulo VII de la Carta de la ONU (Acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión) para establecer el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés), un foro ad hoc habilitado para enjuiciar “las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir del 1 de enero de 1991 y hasta una fecha que determinará

¹ Los jueces designados fueron: Australia, Sir William Webb; Canadá, Edward Stuart McDougall; China, Mei Ju-ao; Francia, Henri Bernard; India Británica; Radhabind Pal; Holanda, Profesor Bert Röling; Nueva Zelandia, Erima Harvey Northcroft; Filipinas, Coronel Delfín Jaranilla; Reino Unido, Lord Patrick; Estados Unidos, John P. Higgins y Mayor General Myron C. Cramer (reemplazó al juez Higgins en julio de 1946); Unión Soviética, Mayor General I. M. Zaryanov.

² Debe recordarse que al inicio de la guerra y de la ocupación japonesa en muchos lugares se veía a Japón como el liberador del dominio colonial, incluso en la India se formó una fuerza militar para combatir en conjunto al poder imperial británico. Sin embargo, enseguida se demostró que la ocupación japonesa constituía un régimen tanto o más cruel que el precedente sometiendo a esos territorios al expolio de sus recursos naturales y a la abrogación de los derechos individuales y colectivos de sus habitantes.

el Consejo de Seguridad". En 1994, estableció un Tribunal Penal Internacional similar para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés).

Ambas Resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) afirman que la decisión tomada fue de carácter excepcional, necesaria por la "circunstancia particular" en estos dos casos, por lo que los estatutos constitutivos fueron cuidadosamente redactados para mitigar la jurisdicción material y temporal de los dos tribunales. Al mismo tiempo, para los asuntos de su competencia, los dos tribunales recibieron primacía sobre los tribunales nacionales, una característica que no se ha repetido en el Estatuto de Roma.

Lo que distingue a los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda es que fueron establecidos únicamente por una resolución mandatoria del Consejo de Seguridad. Aun cuando el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue precedido por una solicitud en tal sentido de dicho país, su consentimiento a la estructura propuesta no fue requerida; y de hecho la Resolución 955 (1994) fue aprobada a pesar del voto de Ruanda en contra, emitida en parte porque al tribunal se le negó la opción de imponer la pena de muerte a los delincuentes convictos. El deber de cooperar también se impuso a todos los demás estados miembros de las Naciones Unidas. Si bien estos dos tribunales han sido seguidos por varios otros órganos internacionales de jurisdicción limitada, continúan siendo los únicos tribunales penales internacionales basados únicamente en una resolución fundada en los poderes otorgados al Consejo de Seguridad en el Capítulo VII de la Carta.

Los demás tribunales y cortes especiales, como el Tribunal Especial de Sierra Leona, el Tribunal Especial Iraquí y las Salas Extraordinarias de enjuiciamiento en virtud del derecho camboyano de crímenes cometidos durante el Periodo de Kampuchea Democrática, se han establecido mediante un acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno del país respectivo o por decisión de los poderes ocupantes. Además, estos órganos suelen tener un carácter más híbrido, mezclando jueces y personal internacionales con jueces provenientes del estado cuyos nacionales están siendo juzgados.

Con la entrada en vigencia del Estatuto de Roma en 2002, se crea la Corte Penal Internacional: "La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales" (Art. 1 del Estatuto). Mientras que el art. 5 define su competencia: "1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas".

En la actualidad, bajo el mandato de la CPI y en la categoría de Examen Preliminar, se registran los siguientes casos³: Colombia, Buques registrados de Comoras, Grecia y Camboya, Gabón, Guinea, Honduras, Irak / Reino Unido, Nigeria, Estado de Palestina, República de Corea, República de Filipinas, Ucrania, Venezuela I, Venezuela II.

En estos casos la Fiscalía de la Corte Penal Internacional debe determinar si una situación cumple con los criterios legales establecidos por el Estatuto de Roma para justificar una investigación. A tal efecto, la Fiscalía realiza un examen preliminar de todas las comunicaciones y situaciones que le llegan a su conocimiento con base en los criterios legales y la información disponible.

En segundo lugar, previa remisión de los Estados Partes o del Consejo de Seguridad, o por iniciativa propia y con la autorización de los jueces, la Fiscalía realiza investigaciones reuniendo y examinando pruebas, inte-

³ Mayor información sobre los casos ante la CPI se puede encontrar en su sitio oficial: <https://www.icc-cpi.int/Pages/Main.aspx> [consultado el 15/08/2020]

rogando a las personas investigadas e interrogando a víctimas y testigos, con el propósito de encontrar evidencia de la inocencia o culpabilidad de un sospechoso. En esa situación se encuentran los siguientes casos: República Democrática del Congo, Uganda Darfur, Sudán, República Centroafricana, Kenia, Libia, Costa de Marfil, Mali, República Centroafricana II, Georgia, Burundi, Bangladesh / Myanmar, Afganistán.

Volviendo a la serie sobre los Juicios de Tokio, al final del cuarto capítulo los títulos de cierre nos recordarán que tomó medio siglo después de su finalización para la creación de la Corte Penal Internacional, destinada a juzgar en forma permanente crímenes del mismo tipo pero que hay numerosos países (entre ellos Estados Unidos, Rusia y China) que no forman parte de ella.

Disponible en la plataforma Netflix, incluye subtítulos en español y atraerá tanto a los interesados en el derecho y la política internacional como en el drama histórico.

Más aun, en la última década especialmente la CPI se ha visto cuestionada de diversas formas, como la iniciativa de retirada colectiva planteada en el seno de la Unión Africana, las denuncias del Estatuto de Roma y la retirada efectiva de algunos de sus Estados Parte. Más recientemente, Estado Unidos declaró que se han retirado los visados de ingreso a ese país a los empleados de la Corte en represalia por la apertura de una investigación sobre supuestos abusos cometidos en la guerra de Afganistán, en particular de cargos contra 44 personas por genocidio y crímenes de lesa humanidad o de guerra. Así se concretó el retiro del visado de Fatou Besouda, la Fiscal en jefe de la Corte, ante lo cual tanto el tribunal como la Fiscal manifestaron que seguirán investigando “sin miedo y sin favoritismos”.

Todo ello nos muestra que los debates que la serie reproduce siguen abiertos y prueban que el Derecho internacional es una obra inacabada, imperfecta, pero al mismo tiempo que la realidad actual sigue clamando por ello.

7. Referencias bibliográficas

Ficha técnica

Título original: Tokyo Trial

Año: 2016

País: Canadá

Dirección: Rob W. King y Pieter Verhoeff

Guión: Rob W. King, Max Mannix, Kees van Beijnum

Producción: producida por la emisora pública japonesa NHK en una coproducción con FATT Productions de los Países Bajos y Don Carmody Television de Canadá

Música: Robert Carli

Fotografía: Rolf Dekens

Reparto: Paul Freeman, Serge Hazanavicius, Marcel Hensema, Jonathan Hyde, Michael Ironside, Kestutis Jakstas, Gabija Jaraminaite, Stacy Keach, Irrfan Khan, Bert Matias

Género: Serie de TV. Drama | Miniserie de TV

Brendon, P. (2008). *The decline and fall of the British Empire 1781-1997*. Vintage Books

Charter of the International Military Tribunal for the Far East. Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf [Consultado el 1/10/2020]

Churchill, W. (2002). *The Second World War*. Pimlico.

Hobsbawm, E. (1998). *Historia del Siglo XX*. Crítica.

Kennedy, P. (1989). *The rise and fall of the great Powers*. Vintage Books.

ART WORKS Projects: Claiming Public Space for Human Rights

Leslie Thomas, Founder of ART WORKS Projects

ART WORKS Projects (AWP) was born out of desperation. A photo of a small boy who had been murdered in a genocidal attack against civilians in Darfur by a Sudanese government intent upon their eradication led to the formation, first, of the DARFUR/DARFUR exhibition of large-scale exterior projections and, eventually, to AWP. The founders, by and large architects, filmmakers, editors, photographers, lawyers, and designers, weren't naive enough to believe that art can always end genocide (or any other grave human rights abuse), but they knew it impacted them and so they theorized that the same could happen to policymakers, voters, and, ultimately, perpetrators.



DARFUR/DARFUR projection in Paris in 2008.



DARFUR/DARFUR projection at the Field Museum in Chicago, Illinois in 2007.

1. Building Connections

The work was first created out of a desire to spark an emotional response – first, to assist individuals identify with human beings around the world impacted by genocide, human trafficking, sexual violence, and other grave rights abuses, and then, to act. In documenting the tragedy in Sudan and Chad, the exhibition was curated to illustrate the fact that victims of genocide are not simply “numbers” in a media report and to emphasize the fact that with each death we are losing a priceless member of humanity and that we all suffer collectively.

At the start, AWP targeted museums and cultural centers as hosts for the work, with the idea of reaching and motivating voters in major global political centers and “donor countries” to press elected officials to lean on Sudanese leader Omar al-Bashir (now convicted of war crimes) and his allies to end their violence. Through media attention, these installations in Washington DC, Los Angeles, New York, and Berlin quickly came to the attention of advocacy organizations with deep ties to policymakers at all levels, and more opportunities for impact were created. Founding Board Member and architect, Susan Rodriguez, pointed out that with these projections we were “claiming public space for human rights.” Her words were more than accurate as images of the realities of conflict flickered across facades in Milan, Washington, D.C., Berlin, Los Angeles, Chicago and so many more cities, each time leaving a mark upon the hearts and minds of viewers.

Within a few months, it became clear that creating empathy is an essential first step, but that it was only truly effective if it was delivered with partners who had relationships with networks and communities who could make an impact on the specific abuse. AWP began to exhibit at European Union gatherings, present materials to divestment assessments for lawmakers, and deliver books and individual photos to the U.S. Senate Foreign Relations committee in support of hearings.

2. Reverse Engineering

As the DARFUR/DARFUR project evolved and AWP added Congo/Women, AT WHAT COST_Human Trafficking/Forced Labor/Child Labor, BLOOD/STONES Burmese Rubies, and other initiatives, this became our methodology:

- Identify a grave human rights abuse that was not being addressed
- Gather input from directly impacted stakeholders, global civil society members, policy makers, and others to see what solutions were being proposed and what the obstacles might be
- Decide where public art initiatives could reach the target audiences and move the needle

If the above criteria could be met, then we would design an initiative. Of course, the first criterion is an unsolvable riddle. What grave human rights abuse doesn't need more attention? As long as rights are being abrogated, we all must act. But over time, AWP began to realize that as a very small organization with a specific methodology, we could and should focus on a specific type of challenge: the *gravest* rights abuses (to paraphrase one of our long-term civil society colleagues, Jobi Cates, Founder of Restore Justice Illinois, this work is like swimming in the deep end of the pool). Additionally, we had to be extremely clear on whether the issue could be impacted by art. Some challenges are solved by diplomacy in private, not through civil society action and in that case, we pass. Others are solved with pressure from a vibrant and active and informed society (most, we would argue), and that is where AWP is most suited to be effective. This is part of philosopher Karl Popper's theory of an open society – and it is ours, as well.



Deported: An American Division installation at the University of Michigan in Ann Arbor, Michigan. Image courtesy of the Gerald Ford School of Public Policy, University of Michigan.

Having written that, as AWP evolved, we realized that in some ways our most effective work was the “direct to policymaker” effort. Fairly soon after we began, we noticed that the multimedia exhibition format could be adjusted to events in the European Union, at the African Union Summit, in the United States Congress, and so forth. As a result, we began to find that sometimes it isn’t about reaching a large audience – it’s about reaching the four senior members of the United States Senate Foreign Relations Committee by standing in front of 16x20’ images of children trying desperately to survive bombing in Eastern Ghouta, Syria, and discussing it with the committee chair, or by bringing the stories of Haitian workers forced into labor to the global organization charged with ending this crime.



Senator John McCain viewing *Children of Syria* on Capitol Hill in Washington, D.C.

Over the years we’ve created photo exhibitions printed on fabric and paper, we’ve produced digital installations 30’ high and 60’ long, we have recently completed our first feature-length documentary film, and we’ve got so many more initiatives to tackle.

Perhaps, most importantly, we’ve been working hard to ensure that those most directly impacted are steering the conversation, that leadership needs to come from the best human rights experts – those who have been impacted and their allies.

We are always learning how to claim public space – whether that be the world wide web or a gallery – for human rights.

