Sujetos del Derecho Internacional

Una revisión a la luz de los Derechos Humanos

Favio Farinella

eudem

Farinella, Favio
Sujetos del derecho internacional: una revisión a la luz de los derechos humanos. - 1a ed. - Mar del Plata: EUDEM, 2013.
204 p.; 22x15 cm. - (Derecho internacional / Favio Farinella; 1)

ISBN 978-987-1921-18-8

1. Derecho Internacional.
CDD 340.9

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual. Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio o método, sin autorización previa de los autores.

Primera edición: Octubre 2013

Este libro fue evaluado por el Dr. Jaume Saura Estapà

ISBN 978–987–1921-18-8

© 2013 Favio Farinella

© 2013, EUDEM
Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata
Formosa 3485 / Mar del Plata / Argentina

Arte y Diagramación: Luciano Alem

Imagen de tapa: Norma Tomasini

Impreso en: Departamento de Servicios Gráficos UNMdP

LIBRO UNIVERSITARIO ARGENTINO

REUN
RED DE EDITORIALES DE UNIVERSIDADES NACIONALES

Prólogo

Elaborar el comentario y un prólogo de una obra como la de Favio Farinella es una tarea que nos provoca inmediatamente la sensación de hermandad jurídica, pues la revisión que efectúa el autor consiste en una verdadera vuelta de campana argumental, con relación a los conceptos que compartimos en esa verdadera común unión de la familia de juristas que integramos.

Se trata de una completa perspectiva de los temas más actuales en cuanto a la subjetividad jurídica. Un tema clásico, que se hace dinámico y que genera una relectura actualizada a la luz de las doctrinas más controvertidas. Así, Favio Farinella plantea las discusiones con relación a la humanidad, las minorías étnicas y las comunidades originarias y, por supuesto, trata la persona vinculada con los derechos humanos.

Sin dudas, hay un proceso histórico que muestra la dicotomía de personas que se unifican en Estados bajo ciertas circunstancias de espacio, tiempo, lugar, poder y conocimiento. En este sentido, bajo la representación del dualismo, se ha desconocido la subjetividad internacional de la persona y se ha retrasado un proceso, sobrestimando al Estado y mediatizando la aplicación de normas protectoras de la persona humana.

Durante muchos años se discutió si la persona era o no sujeto de derecho. Actualmente, el tema de debate es el acceso de las personas a los sistemas de protección independiente del Estado, de su nacionalidad, en el marco del proceso.

El Estado soberano no se consideraba confiable teniendo en cuenta las experiencias de la Segunda Guerra Mundial y más aún en la actualidad a la luz de lo sucedido en los casos de Libia y Siria. Por eso se produce una sustracción de poderes a los Estados. No es el Estado soberano el que delega soberanía. Es un nuevo sistema, de carácter comunitario, el que distribuye competencias y establece una relación directa entre esos nuevos órganos e individuos. Los órganos comunitarios nacen, pues, de los Estados pero son independientes de los mismos. Este fenómeno es percibido por el autor que desarrolla un novedoso punto de vista con relación a los bloques regionales.

Lo cierto y positivo que remarca el autor es que, en la mayoría de los sistemas jurídicos internacionales de la actualidad, se

va extendiendo universalmente un proceso de aceptación de la persona reclamando derechos o peticionando contra su propio Estado u otros. Se va imponiendo, la tarea de recuperar los derechos perdidos por la persona en favor del Estado, creando nuevas relaciones. Se trata del proceso de reconquista de los derechos humanos de la persona en el Estado con plena subjetividad internacional, en la teoría y en la práctica. Quizás la dicotomía unificada en el Estado se está desagregando, en personas por una parte y Estado por la otra.

La cuestión no será poner en duda la subjetividad internacional, sino verificar en la práctica qué sucede cuando el individuo recurre a esa jurisdicción internacional.

Con anterioridad, se consideró que mediante la teoría se afirmaba la situación procesal del individuo. Pero el resultado fue inverso. Hoy, nadie niega la calidad de sujeto de derecho internacional de la persona humana.

El criterio se va ampliando aunque todavía persiste la regla de derecho que consiste en el sometimiento del Estado a los tribunales internacionales, previa su aceptación convencional, e independientemente de que se le reconozca o no subjetividad internacional a la persona humana.

Sin embargo, parece que desde un punto de vista pragmático, el acceso del individuo al tribunal internacional o a una jurisdicción internacional correrá por distinta vía del reconocimiento de la personalidad internacional, problema superado por lo menos en teoría.

El Estado por vía convencional es el que va abriendo las compuertas de acceso de los individuos a la jurisdicción internacional.

La regla internacional, especialmente en materia de derechos humanos, está impregnada por el principio "pro hominem" que exige que el acceso a la jurisdicción internacional no se halle mediatizada. El tema de discusión será, finalmente, si la persona ha conquistado espacios y competencias, o bien, si el estado los ha perdido.

Para el autor existe una concepción dinámica del derecho internacional, entre las transformaciones del siglo XX y las que se están operando durante el siglo XXI, por ello debe admitirse que éste no reconoce límites en cuanto a los sujetos. Las necesidades propias de la comunidad jurídica internacional, han aconsejado o exigido

atribuir personalidad internacional a determinadas organizaciones internacionales, entidades que si bien no son Estados, tienen características que podrían asimilarse a las estatales.

Entre ellas se mencionan la Santa Sede y la Soberana Orden de Malta, y otros sujetos como los beligerantes, los movimientos de liberación nacional, y otras entidades (organizaciones no gubernamentales, empresas multinacionales). Existen estudios que incluyen en esta categoría a los pueblos originarios como a los refugiados.

La Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas del 11 de Abril de 1949, sostuvo que "Los sujetos de derecho en ningún ordenamiento jurídico resultan necesariamente idénticos en su naturaleza y extensión, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. A través de la historia, el desarrollo del derecho internacional se ha visto influenciado por los requerimientos de la vida internacional, y el progresivo crecimiento de las actividades colectivas de los Estados ha dado nacimiento a instancias de acción en el plano internacional a determinadas entidades que no son Estados".

Dos notas más para entusiasmar al lector. En primer lugar, se trata de una posición de un jurista que no desdeña la trinchera de la militancia por los valores que lo conmueven, en este caso, los derechos humanos. La otra nota es la que se refiere a la democracia, al afirmar en la obra que "El núcleo duro de 'derechos humanos – delitos internacionales' y la protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales, existen hoy con manifiesta independencia de la voluntad de reconocimiento estatal y aun en contra de negativas expresas que pudieran contener derechos internos no democráticos."

Así pues, el autor está además colocando un elemento más en esa trinchera de resistencia individual que pasa por los derechos humanos desde una concepción democrática.

Más allá de la calidad académica de esta obra, que se presenta con modestia para cubrir una necesidad de los alumnos, debe señalarse la justificación de cada uno de los temas a través de casi medio millar de notas, que colocan al lector ante una lectura sumamente placentera para aquellos juristas que deseen actualizarse.

Esta obra es un punto de partida indispensable para abordar la nueva subjetividad internacional con todo lo clásico y todo lo moderno que se requiere. Una obra que, en un símil musical, tiene todo el clasicismo de Bach con la arquitectura modernísima de New York y el jazz de Brad Meldhau con el tango de Piazzola.

En síntesis, y para los lectores, un concierto perfecto.

Dr. Juan Antonio Travieso

Palabras previas

La idea de revisar los sujetos tradicionales establecidos por el DIPu surgió cuando al iniciar los cursos de grado y referir la ausencia de coacción frente a la falta de voluntad estatal para cumplir las normas internacionales, debemos explicar que los estados soberanos gozan de una situación de privilegio por ser los sujetos tradicionales del DI clásico. Esta afirmación mueve a comentarios, aumenta el escepticismo y molesta a los espíritus justos. Y sin decirlo, repensaba cuánto de verdad había en esa situación injusta que daba por sentada. Un abanico de normas internacionales han visto la luz en el siglo XX y se han afirmado vigorosamente en la práctica internacional del nuevo siglo XXI. Todas ellas reconocen un denominador común que se nos ocurre constituye el paradigma del siglo en curso: los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, o simplemente, los derechos humanos.

La tarea comenzó rápidamente en el verano de 2011 tal vez debido al periodo de vacaciones que estimula hobbies y otras tareas no rentadas pero definitivamente constructivas, continuó hacia julio y se detuvo conscientemente hacia agosto. Diciembre trajo el verano en mi ciudad y lógicamente a contrario el invierno en Londres, lugar donde he revisado este trabajo con la tonta pretensión de despojarlo de errores, comunes en toda obra humana. Estimulado por la vigencia constante de la ley que se siente en la ciudad y el respeto organizado de la sociedad civil por los derechos de cada uno de sus integrantes, sobre todo aquellos que no pueden cuidarse a si mismos, he sistematizado estas ideas desde una clara perspectiva humanista, la misma que poseían quienes dieron origen a nuestra disciplina, el DI. Basta mencionar a Grocio, de Vitoria, Puffendorf y tantos otros que con su pensamiento universalista, creyeron como Kant en la posibilidad de un estado universal y una sociedad que le fuera acorde, unidos en la pluralidad, unidos ante todo, por el sentimiento de ser parte de la misma y única raza que puede ser indubitadamente definida: la raza humana.

La pretensión de sumar contenido a las obras tradicionales en el específico punto de los sujetos del DI, llega desde la perspectiva del hombre como centro de imputación de las normas internacionales. Esta pequeña obra revisa los pilares de la subjetividad internacional

provistos por el DI clásico, desde una visión tripartita compuesta por el DI humanitario, el DI de los derechos humanos y el DI penal, preguntándonos hasta cuándo los estados resistirán su presión y hasta dónde avanzará el paradigma humanitario. La primavera árabe, la caída de Mubarak y Gaddafi, la retirada de Irak de Estados Unidos, los movimientos de indignados, desde el 2001 Argentino hasta los manifestantes de la plaza de la iglesia de San Pablo en Londres que miro cuando escribo estas líneas, son manifestaciones constantes que drenan el poder del estado moderno y suman al reconocimiento de la subjetividad individual.

Un especial agradecimiento a mis colegas de cátedra, especialmente al Dr.. Eduardo Hooft a cuyo lado me he formado, no solo académicamente, sino humanamente lo cual es mucho decir; al Dr. Juan Antonio Travieso, quien hace ya años me brindó su más amplio apoyo en mi tránsito hacia el doctorado, enseñándome que tomar riesgos equivale a brindar oportunidades y es siempre un signo de nobleza; a los jóvenes colegas que inician el camino desinteresado y enormemente retributivo de la docencia e investigación universitaria, Nicolás Medel, Yamila Peche y Rocío Montes, y también a los afectos que existen en nosotros de manera tan común que lo tomamos como nuestros, olvidando que todo es prestado: mi Abuela América y mi mamá Rosita.

Como siempre, los errores, del escritor.

Londres, diciembre de 2011.

I

Introducción

Juan Antonio Travieso comienza una de sus obras con una afirmación categórica: 'El derecho vigente en Argentina es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos'.[1] Podríamos hoy afirmar que este mismo derecho es el que rige las relaciones entre todos los actores en el plano internacional.

En realidad, los desarrollos ocurridos desde fines del siglo XIX e impulsados dramáticamente por dos hitos del siglo XX – la segunda posguerra y el final de la guerra fría- conmueven finalmente las bases clásicas de la organización jurídica del sistema internacional. El derecho internacional (DI) se complementa con contenidos relativos a la persona humana, y los expresa a través de tres subsistemas: el derecho internacional humanitario (DIH); el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH); y el derecho internacional penal (DIPenal).

Aún con sus particularidades, todos ellos comparten dos tendencias. Por un lado, suman al reconocimiento subjetivo de la persona como sujeto de derecho internacional. Por otro, restan a la importancia cobrada por la soberanía como principio fundante de las relaciones internacionales.

El cambio de eje en marcha que va desde la obsolescencia del concepto de soberanía estatal hacia la protección y promoción de los derechos de la persona, no significa sólo un cambio en el peso relativo de los sujetos del sistema internacional. Constituye un verdadero cambio de paradigmas que nos lleva a pensar nuevamente las instituciones y los mecanismos vigentes, no ya desde la óptica del

[1] Travieso Juan A., Derechos Humanos y Jurisprudencia, Eudeba, 1a. edición, 1998, Buenos Aires, Argentina, pág. 31.

supremo interés estatal, sino desde el llano del individuo, preguntándonos en qué medida las actuales estructuras son aptas para proteger y promover los derechos de la persona y grupos vulnerables.

Las reglas que tras Westfalia enseñaron las costumbres obligatorias entre soberanos poderosos anclados en la religión, hoy se convierten en una ideología agnóstica sobre los límites y obligaciones de todo poder público que suponga autoridad sobre personas. Los límites al poder aportados por la ideología liberal se entremezclan con las obligaciones de la autoridad que el ideario socialista centraba en los desposeídos, los débiles, los menos aptos para defenderse a si mismos.

La síntesis, cercana a una democracia social, implica que toda decisión debe ser tomada considerando principalmente a la persona humana, con la persona y a través de ella.

Enseña además otros principios derivados.

Que el ser humano no debe ser instrumentalizado.

Que los sistemas de gobierno, incluida la democracia, deben tener presente al derecho como arma fundamental de los débiles, y de las minorías estables, que en una democracia son permanentemente débiles.

Que los poderes y el derecho que éstos crean, existen y permanecen en función de las necesidades sociales que son capaces de satisfacer.

Que cada persona además de ser titular de derechos inherentes, inalienables y universales, tiene la obligación de promover y respetar iguales derechos en cada semejante.

Que finalmente y sin descubrir nada nuevo, que el hombre vuelve a ser la medida de todas las cosas, incluso del Derecho -Internacional, agregamos-.

No es un cambio de principios fundamentales, sino de interpretación de muchos de los ya existentes sobre los que se asienta el sistema internacional. La tolerancia sobre la que se funda el derecho entre estados se convierte hoy en una tolerancia entre pueblos, naciones, personas. Tolerancia a la pluralidad, eje de toda democracia estable. Tolerancia a lo que debe ser tolerado, esto es, a lo diferente, a lo extranjero, ya que tolerar lo propio no demanda trabajo.

Y es que en el análisis del DI, la dimensión política posee un rol relevante, mayor si se quiere al del derecho doméstico. Y cuando hablamos del derecho de los derechos humanos, la política siempre se encuentra presente por el propio carácter reivindicatorio de este subsistema que busca en todo momento los límites de la ley. En consecuencia, cuando el DI comienza a teñirse de elementos básicos del DIDH, su naturaleza política aumenta. Como resultado, la eficacia en el ejercicio real de los derechos básicos por parte de cada persona marginada, carente, en posición desventajosa, se vuelve ya una cuestión de carácter político además de jurídico.

La norma existe, su implementación aún se espera...

El gran desafío futuro de los derechos humanos -su paso a una instrumentación efectiva- se traslada lentamente al DI en la medida en que éste adopta sus contenidos.

El DI de fuente consuetudinaria se ha relacionado hasta el presente mínima e indirectamente con los derechos humanos. El DI de fuente convencional fue captando lentamente la defensa de los derechos fundamentales desde el siglo XIX en adelante. Hacia 1885 surge la primera relación entre la fuente consuetudinaria y la convencional, referida a los derechos humanos, cuando el DI de fuente convencional positiviza una norma internacional consuetudinaria de naturaleza humanitaria. El Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África Central afirma: 'el tráfico de esclavos se prohíbe de conformidad con los principios de derecho internacional'. Y en 1889 la Conferencia de Bruselas no sólo condena la esclavitud y el tráfico de esclavos, sino que acuerda medidas para su eliminación, incluyendo los derechos recíprocos de búsqueda, captura y procesamiento de quienes se relacionaran con los buques de esclavos. Esta tarea fue luego continuada por la Liga de Naciones y las Naciones Unidas.

Estos desarrollos continuaban una tradición de defensa de la persona iniciada con la protección de las víctimas de los conflictos armados que comienza la primera de las convenciones de Ginebra en 1864[2], donde doce estados se comprometen convencionalmente a

[2] Hablamos del inicio del actual Derecho Internacional Humanitario. Así tenemos la Convención de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña del 22 de agosto de 1864; la Convención de la Haya del

respetar tradicionales reglas de la guerra y otras que allí nacieron, como la inmunidad de los hospitales militares y su personal, el cuidado de heridos y enfermos y el respeto del emblema de la Cruz Roja. En estos instrumentos internacionales de carácter humanitario, se reconocía al individuo como beneficiario directo de las obligaciones convencionales estatales.

También a principios del siglo XX, la segunda Conferencia de Berna elaboró dos Convenciones que se abrieron a la firma de los estados y que iniciarían el camino de muchas otras dirigidas a amparar los derechos de los trabajadores: la que prohibía el trabajo nocturno de mujeres en empleos industriales y luego, la convención que prohibía el uso del elemento químico fósforo en la producción de fósforos.

¿Hasta dónde se encuentran hoy los estados obligados a respetar los derechos humanos afirmados en la Carta de las Naciones Unidas?

Sieghart presenta la cuestión de manera diáfana:

> 'Desde los comienzos del Derecho de las Naciones, uno de sus principios fundamentales fue el de la soberanía estatal, que reserva a cada estado soberano el derecho exclusivo de decidir cualquier acción que crea conveniente, solo limitado por el hecho que tal acción no interfiera con los derechos de otros estados, y no se encuentre prohibida por el DI por esa causa u otra.'[3]

Esas 'otras causas' no centradas en eventuales perjuicios a otros estados de las que hablaba Sieghart han crecido hoy en número y calidad. La concepción de los derechos humanos ha sido transformadora en este sentido, ampliando progresivamente las obligaciones estatales y con ellas, los límites a su accionar soberano.

Es por esto que los sujetos del DI tal como se acostumbra enseñarlos desde hace siglos, deben ser hoy analizados a la luz del nuevo paradigma de los derechos humanos. Este trabajo es un intento

29 de julio de 1899 y su reglamento; la Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre del 18 de octubre de 1907 y su reglamento.

[3] Sieghart Paul, The international law of human rights, Clarendon Press Oxford, UK, 1983, pág. 14.

hacia ello. Hasta dónde puede avanzarse con la ley existente y hasta dónde la opinión se vuelve mera especulación personal, lo veremos a lo largo de la obra a cuya lectura ahora invitamos.

II

Los caracteres permanentes de un sujeto internacional requeridos por el DI clásico

¿Qué entendemos por un sujeto de DI? ¿ Difieren los requisitos constitutivos de los establecidos por el derecho interno para un sujeto de derecho?.

Brownlie en su clásica obra refiere que el sujeto de DI es un ente capaz de poseer derechos y obligaciones internacionales al tiempo que goza de la capacidad de mantener tales derechos iniciando acciones internacionales.[4] Con lo cual dos serían los caracteres determinantes: (i) la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y (ii) la capacidad efectiva de reclamar por ellos ante instancias administrativas o judiciales.[5] Sin embargo Brownlie critica esta definición por circular ya que es causa y consecuencia al mismo tiempo: es sujeto quien tiene la capacidad y por tener la capacidad se es sujeto.

Preferimos adoptar una posición de real política, entendiendo que la posesión efectiva de los caracteres mencionados conforme la costumbre internacional es signo evidente de la existencia de un sujeto de DI. Esta visión material se traduce en la posibilidad efectiva de realizar reclamos internacionales frente a violaciones del DI, negociar y celebrar tratados y otros acuerdos válidos conforme el DI, y gozar de los privilegios e inmunidades conferidos por las jurisdicciones nacionales.

[4] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 58. Así también Perez León Juan P., 'El individuo como sujeto de Derecho Internacional', Anuario Mexicano de Derecho internacional, vol. VIII, 2008, págs. 599-642. Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalia Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 155.

[5] CIJ, Reparation for injuries case Reports (1949), pág. 179.

Toda capacidad implica una previa personalidad opina Harris[6], y en este sentido la capacidad en DI es básicamente relativa y se encuentra sujeta no a lo que el estado pretende, sino a lo que el resto del sistema internacional *reconoce*.[7]

El 'reconocimiento de estados' constituye un requisito controvertido. Hay quienes le adjudican un efecto *constitutivo*.[8] Esta visión presenta el problema del reconocimiento relativo, cuando un ente es reconocido por un grupo de estados solamente. Es actualmente el caso de la República de Kosovo, reconocida por 72 estados en sus primeros meses de vida, entre otras situaciones mucho menos exitosas.[9] Una segunda visión adjudica al reconocimiento de estados sólo efectos *declarativos*, en tanto no otorga existencia legal a ente alguno que antes no la tuviera en lo fáctico. Ésta es la doctrina adoptada por los autores modernos.[10]

La doctrina define al reconocimiento a partir de la práctica de los estados, como 'un acto político con consecuencias legales'.[11] Este carácter esencialmente político se ilustra convenientemente con los hechos ocurridos tras la declaración realizada por el Consejo Nacional Palestino en el exilio, respecto del nacimiento del Estado Palestino en 15/11/1988. Aún cuando el declarado estado de Palestina no satisfacía al momento los requisitos relativos a un territorio, una efectiva jurisdicción y una población, obtuvo en 2 días el reconocimiento de 23 estados, y en 2 meses, el número ascendió a 70.

La jurisprudencia internacional sobre la cuestión se ha pronunciado mayormente por la tesis declarativa. El laudo arbitral en

[6] Harris D. J., Cases and materials on International Law, 4th edition, 1991, London, UK, pág. 102.
[7] O'Connell D. P., International Law, 2nd edition, 1970, Vol. I, págs. 80-82.
[8] Oppenheim, International Law, 8th edition, 1955, Volumen I, para 71.
[9] Kosovo había declarado su independencia en 1991 sin éxito. Luego en 2008 la declaró nuevamente alcanzando un importante número de estados que la reconocen. Otros entes que han declarado su independencia sin lograr mayor reconocimiento son la República de Abjasia, la República de Osetia del Sur, y la República Árabe Saharaui Democrática. Datos a Marzo de 2011.
[10] Brierly J. L., The Law of Nations, Waldock, 6th edition, 1963, pág. 138.
[11] Whiteman M., Digest of International Law, 1963-1973, T. 2, paras. 5, 21, 24.

Tinoco[12] sugiere que el reconocimiento constituye una simple evidencia que los requisitos pedidos por el DI se encuentran reunidos.

Los requisitos clásicos que deben satisfacer los sujetos del DI fueron confeccionados tradicionalmente a la medida de los estados, con lo cual tendieron a confundirse con los atributos del estado soberano como sujeto de derecho del sistema internacional.

En primer lugar, pasaremos revista al estado como sujeto primero y tradicional. Luego analizaremos la manera en que los mismos requisitos se encuentran presentes en otros entes diferentes a los estados, ya sea en forma absoluta o relativa. Para su análisis, agrupamos a tales entes conforme sus características comunes y al mismo tiempo, añadimos otras características que les son propias, conforme su naturaleza, nacidas a la luz de la trilogía humanista del DI humanitario, de los derechos humanos y penal. Shaw añade a estos nuevos fundamentos, el derecho económico internacional. Según él, el 'derecho internacional de los derechos humanos, el derecho relacionado con los conflictos armados y el derecho económico internacional son especialmente importantes a fin de generar y reflejar la creciente participación y subjetividad en el derecho internacional'.[13]

Toda personalidad jurídica envuelve el examen de ciertos conceptos legales en relación al ente que la reclama, tales como su estatus, capacidad, competencia, así como su naturaleza y la extensión de sus derechos y obligaciones. Hacia el final, comparamos cada uno de los entes analizados a partir de los parámetros mencionados.

[12] Tinoco Arbitration, Reino Unido v. Costa Rica, 1923. Único árbitro: William Taft, Presidente de la Corte Suprema de EEUU.

[13] Shaw Malcolm N., 'The subjects of International Law', International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003, pág. 177.

III

Sujetos tradicionales del DI

III.a. Los Estados y sus atributos

Se considere o no a los estados como sujetos por derecho propio o meros representantes de una o más naciones que habitan su territorio, es claro que la primacía de los estados como sujetos de DI se debe a que son ellos básicamente quienes producen las normas internacionales a través de su consentimiento o de su conducta. En opinión de Pastor Ridruejo[14], el DI clásico organizado en derredor de los estados, se caracterizó por ser liberal, descentralizado y oligárquico. Observa Friedmann:

> 'la razón básica para esta posición es, por supuesto, que "el mundo se encuentra hoy organizado sobre la base de la coexistencia de los estados, y que los cambios fundamentales tendrán lugar solo a través de la acción de los estados, sea ésta afirmativa o negativa".[15] Los estados son los depositarios de la autoridad legítima sobre pueblos y territorios. Es sólo en términos de los poderes estatales, prerrogativas, limites jurisdiccionales y capacidades de crear el derecho, que los límites territoriales y la jurisdicción, la responsabilidad por las acciones oficiales, y un conjunto de otras cuestiones

[14] Pastor Ridruejo, José A., Curso de Derecho Internacional Público, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, pág. 60. Este autor sitúa el final del DI clásico en 1945.
[15] Friedmann cita aquí a Jessup Philip, en su A modern Law of Nations, MacMillan, 1948, pág. 17.

> relativas a la coexistencia entre las naciones puede ser determinado...'[16]

Friedmann describió este desarrollo, afirmando que el DI se ha movido desde la coordinación hacia la cooperación.[17] Uno de los más distinguidos representantes de la doctrina internacional en la primera mitad del siglo XX, Sir Hersch Lauterpacht afirmaba: 'la doctrina positivista ortodoxa ha sido explícita en afirmar que sólo los estados son sujetos de derecho internacional'.[18]

No existe mayor desacuerdo sobre los atributos necesarios para calificar a un ente como estado y consecuentemente, como sujeto de DI. En este punto, las eventuales controversias surgen a partir de situaciones fácticas antes que de criterios legales.[19] La Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los estados (1933)[20] destaca en términos generales los requisitos de la personalidad estatal reflejando el DI de fuente consuetudinaria. Son éstos:

i. una población sobre la cual se ejerce jurisdicción permanente;
ii. un territorio relativamente determinado;
iii. un gobierno, evidenciado una estructura institucional estable de administración y ejercicio del poder;

[16] Friedmann Wolfgang, The Changing Structure of International Law, New York, Columbia University Press, 1964, pág. 213.
[17] Friedmann Wolfgang, The Changing Structure of International Law, pág. 60-7.
[18] Lauterpacht Hersch, International Law. Collected Papers (Edited by Elihu Lauterpacht), University Printing House, Cambridge, 1977, pág. 489. Traducción del autor. Original inglés: 'the orthodox positivist doctrine has been ex-plicit in the affirmation that only states are subjects of international law'.
[19] Así se afirma en Akehurst citando a Brownlie. Ver Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 75.
[20] OEA, Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los estados, Montevideo, Uruguay, 26/12/1933. Ver también la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados en Caso de Luchas Civiles, (A-27), el Protocolo a la misma (C-14), y la Carta de la OEA (A-41), reformada por el Protocolo de Buenos Aires (B-31) y por el de Cartagena de Indias (A-50).

iv. la capacidad de relacionarse con otros estados.[21]

Los tres primeros elementos corresponden a la práctica internacional establecida que, a su vez, refleja la doctrina de los tres elementos formulada por Jellinek[22] hacia fines del siglo XIX.

Ya hacia fines del siglo XX, la Comisión de Arbitraje de la Conferencia Europea sobre Yugoslavia[23] en su Opinión No. 1, declaró que 'el estado es comúnmente definido como una comunidad que se compone de un territorio y una población sometida a una autoridad política organizada', y que 'tal estado es caracterizado por la soberanía'. También puso de relieve que la forma de organización política interna y las provisiones constitucionales constituyen 'simples hechos', aún cuando sea necesario tenerlas en consideración a fin de determinar la autoridad del gobierno sobre la población y el territorio.[24]

III.a.1. El territorio

El **territorio** comprende el área terrestre separada por otras fronteras delimitadas internacionalmente, el espacio aéreo sobre el mismo -sin que exista acuerdo sobre el límite-[25]; la tierra que se encuentra debajo hasta alcanzar teóricamente el centro del globo; y

[21] En este sentido ver von Glahn, G., Law Among Nations, 7th edition, USA, 1992, pág. 51; Slomanson William R., Fundamental Perspectives on International Law, 4th edition, Thomson West, USA, 2003, pág. 55.
[22] Jellinek Georg, Allgemeine Ataatslehre, 3rd ed., 1914, págs. 396 y ss.
[23] Establecida conforme la Declaración de la Comunidad Europea del 27/08/1991. Ver Craven M., 'The EC Arbitration Commission on Yugoslavia', 65 BYIL, 1994, pág. 333.
[24] 92 ILR, págs. 162 y 165. Es de notar que en el clásico texto de Oppenheim's International Law, en la pág. 120, se afirma que 'un estado posee una existencia real cuando un pueblo se asienta en un territorio bajo su propio gobierno soberano'.
[25] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 206. Aquí se menciona que el punto específico donde el espacio aéreo termina y comienza el espacio ultra-terrestre no se encuentra definido y que ademas esto no es importante al momento ya que la altura mínima a la cual los satélites pueden permanecer en órbita is al menos dos veces la altura máxima a la cual la aviación puede volar.

las doce millas náuticas de mar territorial reconocidas por el DI a los estados costeros.[26]

No existe la exigencia de un territorio mínimo[27] ni tampoco es esencial que los límites territoriales se encuentren claramente definidos. Por el contrario, los límites pueden hallarse controvertidos tanto al momento del nacimiento del estado como posteriormente. Este atributo ha constituido una de las primeras y más relevantes causas de conflicto interestatal. Israel por ejemplo, nunca ha terminado de definir sus fronteras.[28]

La jurisprudencia da cuenta de lo referido. En Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State, el Tribunal Arbitral Mixto Germano-Polaco concluyó: 'En orden a afirmar que un Estado existe y puede ser reconocido como tal… es suficiente que... (su) territorio posea una consistencia suficiente, aunque sus límites no se encuentren aún definidos con precisión.'[29]

En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la CIJ sostuvo:

> 'los sitios accesorios de un área dada, considerada como un todo, en forma alguna gobiernan la determinación precisa de sus límites, no más que la incertidumbre sobre los límites puede afectar los derechos sobre el territorio. No existe por ejemplo regla alguna que afirme que las fronteras terrestres de un estado deben hallarse completamente delimitadas y definidas, y frecuentemente en varios lugares y durante períodos prolongados, esto no sucede.'[30]

[26] Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, Artículos 3 y ss. que recogen la costumbre internacional.

[27] Por ejemplo el Estado de la ciudad del Vaticano llega a 0,44 km2 de superficie y Mónaco posee una superficie de 1,95 km2.

[28] Ver Malanczuk Peter, Israel: status, territory and occupied territories, EPIL II, 1995, págs. 1468-1508.

[29] Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State, 5 AD-1929, 11 para. 15.

[30] CIJ, Caso de la Plataforma continental del mar del Norte, sentencia de 20/02/1969, ICJ Reports 1969, 3, pág. 33 para 46. Traducción del autor.

El control del territorio sí es considerado esencial por la doctrina[31], ya que constituye la base de la noción central de soberanía territorial. Por ésta se entiende la jurisdicción exclusiva del poder estatal sobre el territorio reclamado. El carácter exclusivo -y excluyente- de la jurisdicción territorial fue expuesto por la CIJ en Corfú, al afirmar:

> 'Entre estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales'.[32]

Respecto del control efectivo es menester recordar el caso Isla de Palmas, disputa surgida entre Holanda y Los Estados Unidos relativa a la soberanía sobre una isla ubicada a mitad de camino entre las Filipinas y las actuales Islas Nanusa pertenecientes a Indonesia. Max Huber, único árbitro designado en representación de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, y siendo a su vez Presidente de la CPJI, afirmó en 1928 lo siguiente respecto de la soberanía territorial:

> 'La soberanía territorial… involucra el derecho exclusivo de desplegar las actividades de un Estado. Este derecho posee como corolario una tarea: la obligación de proteger dentro del territorio los derechos de otros estados, en particular sus derechos a la integridad e inviolabilidad en paz como en guerra, junto con los derechos que cada estado puede reclamar para sus nacionales en territorio extranjero. (…) La soberanía territorial no puede limitarse a su lado negativo, por ejemplo, a excluir las actividades de otros estados; ya que sirve para dividir entre la naciones el espacio sobre el cual las actividades humanas pueden emplearse, de

[31] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 75. Ver Shaw Malcolm N., Territory in International Law, NYIL 13, 1982, págs. 61-91; y también Torres Bernárdez Santiago, Territorial sovereignty, EPIL 10, 1987, págs. 487-494.
[32] CIJ, Corfú Channel, fondo, ICJ Reports 1949, pág. 35.

> forma tal de asegurarles en todo caso el mínimo de protección del cual el DI es el guardián.'[33]

La importancia del control de facto sobre el territorio se expresó en Kadic v. Karadzic, caso discutido ante los tribunales de Estados Unidos. Antes de los Acuerdos de Paz de Dayton que establecieron diferentes entes políticos dentro de Bosnia-Herzegovina, la población Serbia de Bosnia mantenía el control de un área con pretensiones de independencia a la cual llamaron 'República Sprska', intentando expulsar a musulmanes y croatas para constituir un enclave Serbio dentro de Bosnia. A este fin ejecutaron prácticas de violencia masiva en contra de las poblaciones no deseadas. Mientras Radovan Karadzic, entonces presidente de la proclamada República Sprska, se encontraba en Estados Unidos para participar de una conferencia de Naciones Unidas, un grupo de víctimas y familiares lo denunció ante la justicia federal Estadounidense por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La Corte de Apelación de Estados Unidos revocó la decisión de primera instancia que decidía no hacer lugar al proceso. En relación al carácter 'estatal' de la República Sprska, la Corte dijo:

> 'La definición de estado se encuentra suficientemente establecida en el derecho internacional... Cualquier gobierno, no importa cuán violento y viciado en su origen, debe ser considerado como un gobierno de facto si se encuentra en el ejercicio de soberanía completo y presente sobre un territorio y una población suficientemente numerosa para constituir una nación...'.[34]

[33] Jessup Philip C., The Palmas Island Arbitration, AJIL 22, 1928, págs. 735-752. La traducción es nuestra.

[34] Los litigantes obtuvieron finalmente una sentencia que les concedió 4.500 millones de dólares por los daños provocados. Kadic v. Karadzic, 70 Fed. 3D 232, 2nd Circuit, 1995, rehearing denied, 74 Fed. 3D 377, 2nd Circuit, 1996. Certiorari denied 518 US 1005, 1997. Hoy Karadzic se encuentra detenido y procesado por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el juicio comenzó el 26/10/2009 y continúa desarrollándose al presente (Marzo de 2013). La defensa comenzó su presentación de pruebas en octubre de 2012. Ver Case Information Sheet www.icty.org/x/cases/karadzic/cis/en/cis_karadzic_en.pdf

La Corte luego concluye en que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la tortura ejecutada por funcionarios estatales sin distinguir entre estados reconocidos y no reconocidos, por lo cual podía considerarse a la República Sprska como un estado a fin de habilitar la aplicación de la normativa Estadounidense al caso y poder procesar -civilmente- a Karadzic.

III.a.2. La población

En cuanto a la **población**, no existe un número mínimo requerido: el Vaticano apenas supera los 1000 habitantes permanentes y Tuvalu y Nauru superan levemente los 10.000.[35] Tampoco importa la ausencia de la población durante un período determinado aunque sí es necesario que exista una determinada cantidad de población estable. La inexistencia de una población permanente es una razón entre varias por la cual la Antártida no puede ser considerada un estado, tal como se expresa en Akehurst.[36] Las tribus nómadas en la frontera entre Kenya y Etiopía han constituido una población ambulatoria de ambas naciones durante siglos.[37] También es el caso de la población nómada de Somalia, circunstancia que sin embargo no la inhabilita para ser considerada como estado, siempre que posea un número significativo de habitantes permanentes.

La determinación de los integrantes de la población permanente es atributo privativo de cada estado, quien lo ejerce a través de las normas domésticas sobre nacionalidad, instituto que el estado ejerce discrecionalmente, salvo contadas excepciones.[38]

[35] Ver Gunter M., 'What happened to the United Nations ministate problem?', en Amer. J. internacional' L., 71, pág. 110, 1977.

[36] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 76.

[37] Slomanson William R., Fundamental Perspectives on International Law, 4th edition, Thomson West, USA, 2003, pág. 56.

[38] Por ejemplo la ley doméstica no podría intentar imponer la nacionalidad propia sobre los habitantes de otro estado; por otra parte la nacionalidad debe ser efectiva tal como lo afirmó la CIJ en Nottebohm y poseer en el caso de las personas jurídicas un lazo de permanencia como lo afirma la CIJ en Barcelona Traction. Sería igualmente absurdo -y contrario a los principios de igualdad y no discriminación-

Finalmente en este punto, el estado ejerce jurisdicción territorial sobre todos los habitantes de su territorio y jurisdicción personal sobre sus nacionales aun cuando tales personas se encuentren fuera de su territorio.

En la esfera internacional, el estado actuó tradicionalmente en defensa de los intereses de sus nacionales por medio del instituto de la protección diplomática. Esta consiste en un derecho que los estados ejercen arbitrariamente.

El DI de fuente consuetudinaria posee aún hoy el sesgo de la dependencia estatal al momento de otorgar capacidad procesal para la presentación de reclamos internacionales, incluso en el caso en que los conflictos sean relativos a intereses de personas privadas.[39] En Mavrommatis, la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó:

> 'Al asumir los intereses de uno de sus súbditos y recurrir a la acción diplomática o a procedimientos judiciales internacionales en su nombre, el Estado en realidad reafirma sus propios derechos – sus derechos de asegurar en la persona de sus súbditos, el respeto a las reglas del derecho internacional'.[40]

Este endoso del reclamo individual que realiza discrecionalmente el estado es a todos luces incompleto. Los estados poseen la facultad de proteger diplomáticamente a sus nacionales, pero no la obligación de hacerlo. Los refugiados y apátridas al carecer de estado protector suman a esta opinión negativa sobre la institución de la protección diplomática por su carácter altamente selectivo de las personas privadas a ser protegidas, lo cual conduce a una manifiesta desigualdad de trato.

Como luego veremos, desde la segunda mitad del siglo XX el individuo fue logrando cierta capacidad procesal internacional para presentar reclamos en contra de los estados, siempre en contextos

establecer criterios étnicos, lingüísticos, históricos o religiosos.

[39] Como ejemplos jurisprudenciales podemos mencionar los casos Nottebohm, ICJ Reports 1955, pág. 4; Ambatielos, 1953, pág. 10; Anglo Iranian Oil Company, 1952, pág. 93; Haya de la Torre, 1951, pág. 71; Asilo, 1951, pág. 266.

[40] TPJI, Sentencia del 30/08/1924, Series A, 1924, no. 2. Esta idea fue afirmada posteriormente en Nottebohm por la CIJ, ICJ Reports, 1955.

específicos, que si bien al presente no habilitan a tornar la excepción en regla, debilitan el instituto de la protección diplomática como principal recurso del reclamo privado internacional.

III.a.3. El gobierno

Hay quienes niegan la entidad de atributo al **gobierno**, entendiendo que éste sólo constituye una forma de organización del pueblo.[41] Para que una sociedad política funcione de manera razonablemente efectiva, necesita cierta forma de gobierno o control central. Según Shaw, la existencia de un gobierno no constituye una condición previa para el reconocimiento del ente como estado independiente. Cita como ejemplo el caso del ex-Congo Belga, a los que puede sumarse los de Burundi y Rwanda.[42]

Sin embargo, no puede pensarse al gobierno como meramente accesorio, en tanto se encarga de las decisivas funciones de administración y representación de la persona jurídica estatal y en este carácter, obliga en las consecuencias de sus decisiones, a los demás atributos. Akehurst[43] considera que el control efectivo que posea el gobierno sobre el territorio y la población que en él habita resultan esencial, al combinar estos atributos conforme los fines del DI.

[41] Entre ellos Verdross, en Verdross Alfred y Zemanek Karl, Derecho Internacional Público, traducción de Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1967.

[42] Ver p.e. el caso Congo, Higgins R., Development of the International Law through the political organs of the United Nations, Oxford University Press, London, 1963, págs. 162 - 4, y Hoskyns C., The Congo Since Independence, Oxford, 1965. En el antiguo Congo Belga, Zaire y luego la República de Congo (desde 1997), Burundi y Rwanda les fue reconocida la independencia cuando no poseían un gobierno efectivo. Ver también Higgins R., Problems and Process: International Law and How we use it, Clarendon Press, Oxford University Press, 1a edición, 1994, págs. 17 - 40, y Nguyen Quoc Dinh y ot., Droit International Public, P. Daillier et A. Pellet, 1977, págs. 415 y ss.

[43] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 77. Véase también Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalia Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 185. Este autor tambien expresa que el estado tiene derecho a elegir su sistema político.

Puede hablarse de un aspecto interno del gobierno referido a la posibilidad de mantener un orden legal efectivo y otro aspecto externo, relativo a la habilidad de actuar autónomamente en el plano internacional sin depender legalmente de otros estados.

La capacidad efectiva del gobierno para tomar decisiones se discutió en diversos casos y se relaciona con el control efectivo del territorio antes referido.

Una primera cuestión surge cuando dos entes, operando cada uno en regiones diferentes del territorio estatal, reclama ser considerado como el gobierno legítimo de la totalidad del territorio. Los ejemplos modernos incluyen la China nacionalista y la comunista; Corea del Norte y del Sur; y los dos gobiernos Vietnamitas que existieron entre la década de 1960 y la de 1970.

Una segunda cuestión se presenta al intentar conocer el momento desde el cual el gobierno legítimo ha perdido poder y ve disminuir la posibilidad de mantener el orden y ejecutar decisiones. Cuando tras la revolución Bolchevique, el nuevo gobierno Soviético proclamó el derecho de los pueblos a la libre determinación, el Parlamento Danés declaró la independencia de Finlandia el 4/12/1917. En este momento estalla la guerra civil entre los partidarios de la independencia y los monárquicos que apoyaban al régimen Zarista. Concluida ésta en favor de los independentistas, uno de los primeros conflictos surgidos fue el caso Aaland Islands, donde una cuestión preliminar básica consistía en conocer el momento en el cual Finlandia había nacido como estado. La Liga de Naciones intervino en la cuestión. El Informe del Comité Internacional de Juristas convocado para decidir el caso, afirma lo siguiente en relación con el gobierno como atributo de la personalidad estatal:

> '(…) Es (…) difícil afirmar la fecha exacta en la cual la República Finlandesa en el sentido legal del término, se convirtió definitivamente en un estado soberano realmente constituido. Esta situación seguramente no ocurrió hasta la creación de una organización política estable y hasta que las autoridades públicas hubieran devenido lo suficientemente fuertes para afirmar su autoridad en todo el territorio del estado sin la asistencia de tropas extranjeras. Pareciera que esto recién ocurre en Mayo de 1918, cuando la guerra civil concluye y la

> tropas extranjeras comienzan a evacuar el territorio, por lo cual a partir de tal momento fue posible restablecer el orden y la vida política y social lentamente.'[44]

La práctica reciente en relación con los nuevos estados de Croacia y Bosnia – Herzegovina, emergente de la ex-Yugoslavia, sugiere la modificación del criterio del ejercicio de control efectivo por parte de un gobierno sobre su territorio. Tanto Croacia como Bosnia – Herzegovina fueron reconocidas como estados independientes por los estados miembros de la Comunidad Europea[45] y admitidos como miembros de la ONU (que limita tal membresía solo a los estados conforme el Artículo 4 de la Carta ONU[46])[47] en un momento donde ambos estados enfrentaban situaciones en las que fuerzas no gubernamentales controlaban áreas sustanciales de los territorios en cuestión en condiciones de guerra civil.

La situación de Libia a inicios de 2011, en la que el gobierno de Gadaffi se enfrenta con tropas rebeldes que controlaban parte del territorio es el ejemplo más reciente, en el cual, la contienda civil se definió a favor de una de las partes que pasó así a representar al estado.

Una tercera cuestión refiere la absoluta falta de control efectivo por parte del gobierno. Esta situación implica sin más la imposibilidad de considerar al ente como un estado. Así, el 'estado de Palestina' declarado en 1988 por la Organización para la Liberación de Palestina en el exilio no constituía un estado debido a la falta de control efectivo sobre porción alguna del territorio reclamado.[48]

En cuarto lugar y no obstante lo anterior, la falta de control efectivo por parte del gobierno durante un período determinado y

[44] LNOJ, Special Supp. No. 3, 1920, pág. 3.
[45] El 15/01/1992 y 6/04/1992 respectivamente. Ver Keesing's Record of World Events, 1992, págs. 38703, 38704 y 38833.
[46] Ver 17. Gowlland - Debbas, 'Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine: 61 BYIL, 1990, pág. 135.
[47] El 22/05/1992. Ver Weller M., 'The International Response to the Dissolution of theSocialist Federal Republic of Yugoslavia', 86 ATIL, 1992, pág. 569.
[48] Crawford James, The creation of the state of Palestine: too much too soon?, EJIL 1, 1990, págs. 307-313.

debida a situaciones de conflicto, tales como una guerra civil, no implican la desaparición del estado. El extenso período de partición de facto del Líbano no impidió su apariencia de continuidad legal como estado. Como tampoco la guerra civil que produjo una anarquía en Somalia y que motivó la intervención humanitaria de Naciones Unidas, constituyó la extinción de Somalia como estado.

El reconocimiento de un gobierno por parte de otras naciones es independiente de la responsabilidad internacional del estado que pueda surgir a causa de las decisiones tomadas por su gobierno. En el caso mencionado de la República Sprska, se consideró que su presidente Karadzic y otros altos funcionarios actuaron como si fueran un estado (elemento fáctico), aún cuando nunca obtuvieron un reconocimiento del sistema internacional (elemento jurídico). No obstante el tribunal Estadounidense entendió que el gobierno existía y en consecuencia podía haber violado el DI.

III.a.4. La capacidad de entrar en relaciones con otros estados

Hay quienes señalan la capacidad de **entrar en relaciones con otros estados** como el atributo más significativo, ya que demuestra un ejercicio efectivo de la soberanía proclamada. Chechenia por ejemplo, si bien fue reconocida en enero de 2000 por el gobierno Talibán de Afganistán[49], continúa aún formando parte de Rusia. Buergenthal-Maier y también Harris consideran esencial este atributo por cuanto las provincias de un estado federal y los cantones -municipios-, si bien ejercen jurisdicción sobre un territorio y población determinados, carecen de este atributo que constituye así un elemento vital de la soberanía.[50]

[49] La República de Chechenia o Chechenia constituye aún hoy (marzo de 2013) parte de Rusia. Tras el desmembramiento de la URSS fue declarada la independencia del territorio, bajo el nombre de República Chechena de Ichkeria con la oposición del gobierno Ruso, que después intentó recuperar el control del país mediante su intervención militar.

[50] Buergenthal Thomas y Maier Harold G., Public International Law in a nutshell, 7a. Reedición, United States, 1998, pág. 2. En igual sentido Halajczuk Bohdan y Moya Domínguez María T., Derecho Internacional Público, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 107.

Los estados federados constituyen una complicación para el atributo en examen, excepción hecha del caso en que los mismos atribuyen a una persona el manejo de las relaciones exteriores de la federación.[51] Pero como sabemos, independientemente de lo que regule el derecho doméstico al respecto, el DI sólo rige relaciones entre estados 'independientes', y no entre dependencias administrativas de éstos. La CPJI en Lotus[52] ya había afirmado esta circunstancia.

Verdross afirma que como cada ordenamiento estatal existe inmediata y directamente en virtud del DI,

> 'carecen de personalidad jurídica internacional los Estados miembros de un Estado federal, los estados vasallos y otras agrupaciones autónomas dentro de un Estado.'[53]

No obstante, los estados locales o provincias dentro de la capacidad que les brinda su autonomía, se involucran en temas tales como la economía internacional, el control del delito, y la defensa del medio ambiente, entre otras. Para Rousseau la forma federal de un estado influye sobre su participación en el plano internacional en tres aspectos: (i) en referencia con la posibilidad que sus divisiones políticas puedan suscribir tratados; (ii) al aplicar los tratados, cuando su objeto entra en colisión con cuestiones no delegadas por las provincias al gobierno central; y (iii) en relación con la responsabilidad internacional.[54] Según Fauchille la actuación internacional de las divisiones territoriales en un estado federal, es ejercida '(…) a título excepcional y dentro de límites muy estrechos,

[51] Ver Laborías, Alexis R., Subjetividad internacional de las divisiones territoriales del Estado federal. El caso de la República Argentina. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 75, publicado 01/04/2010. En internet www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7622

[52] CPJI, caso Lotus, sentencia de 07/09/1927.

[53] Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, pág. 179. Sin embargo deja a salvo la posibilidad que en el marco de su autonomía sean reconocidos como sujetos parciales de DIPu.

[54] Rousseau C., Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, Barcelona, 3ª edición, 1966, págs. 122 y 123.

con importantes restricciones.'[55] La Convención Interamericana sobre Derechos y Deberes de los Estados expresa 'El Estado federal constituye una sola persona ante el derecho internacional' (Artículo 2).[56]

El Artículo 5(2) del Proyecto de Artículos de la Comisión de DI sobre el Derecho de los Tratados admitía la personalidad internacional de las 'provincias-estados' miembros de una federación:

> 'los estados miembros de una unión federal pueden poseer la capacidad de concluir tratados si tal capacidad es admitida por la constitución federal y dentro de los límites allí fijados'.[57]

No obstante, esta provisión fue finalmente rechazada en la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados, en parte bajo el argumento que tal provisión escapaba a la finalidad de la convención. Shaw[58] explica que de haberse aceptado la clausula referida, el DI le habría otorgado demasiado poder al derecho interno, ya que éste decidiría sobre la existencia de un sujeto de DI, a la vez que los estados podrían intervenir en la interpretación de clausulas de la constitución de aquellos estados federales que otorgaran la capacidad de celebrar tratados a sus miembros constitutivos. Esta situación se presenta en nuestro país.

En Argentina, luego de la reforma constitucional de 1994, las provincias pueden celebrar convenios internacionales bajo ciertas condiciones (Artículo 124 CN)[59], poseyendo en consecuencia una

[55] Fauchille Paul, Traité de Droit International Public, Rousseau & Cie Editeurs, Paris, 1922, Tome 1, pág. 246.

[56] Convención sobre derechos y deberes de los estados, OEA, sitio web de la Organización www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html . Argentina no ha ratificado esta Convención.

[57] El apartado citado fue eliminado durante el transcurso de la Conferencia que aprueba el texto final. Ver De La Guardia Ernesto, Derecho de los Tratados Internacionales, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1996, págs. 131 y 132 . Ambas citas corresponden a Laborías, Alexis R., op. cit., pie de página 36.

[58] Shaw Malcolm N., 'The subjects of International Law', International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003, pág. 197.

[59] En el Artículo 124 CN se determina que las provincias Argentinas '…podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la

personalidad internacional limitada, aun cuando su ejercicio no quede comprendido dentro de la normativa de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Surge aquí la cuestión de la responsabilidad internacional de los estados. Frente al DI, cada estado es responsable de sus acciones, incluyendo aquellas de los órganos subordinados, independientemente de los arreglos constitucionales internos.[60]

La CIJ en Inmunidad de proceso legal de un Relator Especial, afirmó que es una regla de DI perfectamente establecida que 'la conducta de cualquier órgano del estado debe ser considerada como un acto de tal estado'[61], y que esta regla se aplica a las unidades que componen un estado federal. Como la CIJ hizo notar en su Orden del 4 de Marzo de 1999 en las medidas provisionales tomadas en LaGrand, 'la responsabilidad internacional de un estado se contrae por la acción de los órganos competentes y autoridades que actúan en tal estado, dondequiera que se encuentren'. En particular, los Estados Unidos estaban bajo la obligación de transmitir la Orden al gobernador del estado de Arizona, mientras que el gobernador se encontraba frente a la obligación de actuar de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Unidos'.[62]

política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional.'

[60] CDI, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001. Artículo 4.- Comportamiento de los órganos del Estado: 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. Original inglés: 'The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organisation of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State.' See also 1. Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Cambridge, 2002, págs. 94 y ss..

[61] CIJ-ICJ Reports, 1999, págs. 62, 87; 121 ILR, pág. 367.

[62] CIJ-ICJ Reports, 1999, págs. 9, 16; 118 ILR, pág. 37.

En el caso Pellat (1929), la Comisión Arbitral Franco-Mexicana, reafirmó el principio de la responsabilidad internacional (...) del estado federal por todos los actos de los estados componentes [de la federación], como también que tal responsabilidad no puede ser negada, con fundamento en prohibiciones o falta de cumplimiento de requisitos impuestos por la constitución federal.[63]

Lauterpacht distingue la federación de la confederación. En la primera, la subjetividad internacional de sus componentes se encuentra suprimida. En cambio en la segunda, los miembros mantienen su soberanía en el plano exterior, entre otras características distintivas.[64]

Kelsen acepta que los Estados miembros de la federación puedan 'reservarse alguna competencia… por ejemplo, la facultad de concertar tratados con terceros Estados en determinados campos. En tal caso, aquéllos pueden ser considerados como sujetos de derecho internacional con una personalidad restringida.'[65] Y así, los estados federados 'pueden ser considerados órganos indirectos del Estado federal; por tanto, la persona internacional que concierta estos tratados podrá ser considerada como el Estado federal que actúa, en ciertos respectos, por medio de un Estado componente.'[66]
Para Rezek,

> "No hay razón para que el derecho internacional se oponga a la actitud del Estado soberano que, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, decide investir a sus componentes federados de alguna competencia para actuar en el plano internacional, en la medida que las otras soberanías interesadas toleren ese

[63] Caso Pellat, 5 RIAA, pág. 534 (1929). Ver Bishop R. Doak, Crawford James, Reisman William M. (eds.), Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International, 2005, págs. 803-804.
[64] Lauterpacht Hersch, International Law. Collected Papers (Edited by Elihu Lauterpacht), University Printing House, Cambridge, 1977. Vol. 3 -The Law of Peace, Parts II-VI-, pág. 5 y ss.
[65] Kelsen Hans, Principios de Derecho Internacional Público, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pág. 146.
[66] Kelsen Hans, Principios de Derecho Internacional Público, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pág. 147.

> procedimiento, conscientes que, en realidad, quien responde por la provincia es la unión federal.'[67]

Podestá Costa - Ruda afirman que

> 'El Estado federal constituye una sola persona jurídica internacional. El vínculo que une a sus miembros -los estados locales- se ha consolidado de tal modo que, si bien cada uno conserva y ejerce cierta parte de la soberanía interior, el resto, así como la soberanía exterior por entero, han sido delegados en un poder central, que es el gobierno federal.'[68]

En la misma línea, Barboza opina que

> '(…) el poder del Estado federal y el de los Estados particulares sobre la población está dividido según los términos de la Constitución, en competencias diversas. Esa distribución interna de competencias es indiferente al derecho internacional, siendo que la representación *ad exteros* es una y única.'[69]

La ya referida Comisión Arbitral para la ex-Yugoslavia en su Opinión No. 1, afirmó que en el caso de un estado federal que comprende comunidades que poseen un grado de autonomía tal que dichas comunidades participan del ejercicio del poder político dentro del marco de las instituciones comunes a la federación, la 'existencia del estado implica que los órganos federales representen a los componentes de la federación y posean un poder efectivo'.[70]

Lauterpacht, en su Informe sobre el Derecho de los Tratados, destaca que los tratados concluidos por los miembros componentes

[67] Rezek José F., Direito Internacional Público: curso elementar, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2008 (11ª ediçao), pág. 235.
[68] Podestá Costa Luis A. y Ruda José M., Derecho Internacional Público, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1979, 2a. reimpresión de la edición actualizada, 1985, págs. 75 y 76.
[69] Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 170.
[70] International Law Review ILR 92, pág. 165.

de un estado federal, son 'tratados conforme a la definición del derecho internacional'[71], aunque Fitzmaurice adopta una posición diferente en su propio informe sobre el Derecho de los Tratados cuando afirma que tales unidades actúan como agentes de la federación, la cual es la única que posee personalidad internacional, siendo este ente el que se obliga por el tratado y es responsable por su instrumentación.[72]

III.a.5. Otros atributos

Verdross[73] añade en su clásica obra el atributo de **permanencia** de los estados, como distintivo frente a todo otro potencial sujeto de DI. La permanencia es explicada como subsistencia 'en la sucesión de las generaciones'. El estado como sujeto del DI en Verdross no es el mero aparato estatal, sino 'el pueblo organizado en Estado.'

Si concordamos con esto, en todo caso, la Humanidad posee igual o mayor derecho a reclamar la posesión de este atributo: ella también es inmanente.

Autores como Barboza[74] incluyen a la **soberanía** como atributo estatal en el sentido de independencia en las relaciones internacionales como lo explicó el árbitro Huber en Isla de Palmas.[75] En tanto la soberanía interna es absoluta, la soberanía internacional es limitada por el principio de igualdad soberana de los estados y -agregamos-, el respeto absoluto de un núcleo duro de derechos humanos. El mismo estado puede igualmente restringir su propia soberanía tanto en forma unilateral como convencional. No obstante

[71] Yearbook of the ILC, 1953, vol. 11, pág. 139.
[72] Yearbook of the ILC 1958, vol. 11, pág. 24.
[73] Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, pág. 177.
[74] Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 166.
[75] Corte Permanente de Arbitraje, Isla de Palmas, laudo del 4/04/1928, vol. II, pág. 838. Barboza menciona que la práctica internacional esta de acuerdo con esta definición, refiriendo la opinión consultiva de la CPJI de 5/09/1931 sobre el régimen aduanero Austriaco – Alemán, Serie A/B, No. 41, págs. 45 y 52.

es necesario recordar, tal como lo afirmó la CPJI en Lotus[76], que las limitaciones a la soberanía estatal no se presumen, sino que deben fundarse en alguna de las fuentes principales del DI. Aún bajo diferentes circunstancias, la CIJ volvió sobre este criterio en Nicaragua c. Estados Unidos[77], cuando afirmo que 'en el derecho internacional no existen más reglas que aquellas que son aceptadas por el estado en cuestión, a través de tratados u otras formas, por las cuales el nivel de armamentos de un estado soberano pueda ser limitado, y este principio es válido para todos los estados sin excepción'.[78] En este mismo sentido, en la opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares[79], la CIJ dijo: "la práctica estatal revela que la ilegalidad como tal, del uso de ciertas armas, no resulta de la ausencia de autorización, sino, por el contrario, es formulada en términos de prohibición.'

En resumen, el DI concede una libertad de acción a los estados que si bien antes era absoluta, pasa hoy a estar limitada -al menos mínimamente- por los contenidos humanitarios del DI. Éstos se expresan en forma de prohibiciones convencionales o consuetudinarias.

Slomanson[80] añade que como consecuencia de la subjetividad internacional brindada por la posesión de los atributos comentados, el estado posee las capacidades de adquirir derechos y contraer obligaciones especiales tales como el reconocimiento de otros estados y organizaciones; la responsabilidad estatal que nace bajo el DI; la inmunidad soberana de no ser perseguido judicialmente ante

[76] CPJI, caso Lotus, Serie A, No. 10, pág. 18.

[77] ICJ Reports, 1986, págs.14,135. Ver también Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports, 1996, págs. 226; 238-9.

[78] Traducción del autor. Original inglés: 'in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the state concerned, by treaty or otherwise, whereby the level of armaments of a sovereign state can be limited, and this principle is valid for all states without exception'.

[79] ICJ Reports, 1996, págs. 226; 247. Original inglés: '[s] tate practice shows that the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorisation but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition'.

[80] Slomanson William R., Fundamental Perspectives on International Law, 4th edition, Thomson West, USA, 2003, pág. 54.

cualquier otra jurisdicción doméstica; y la inmunidad de sus agentes y funcionarios por actos ejecutados en ejercicio del poder estatal.

El estado ha fundado el DI, el cual se ha ido modelando a su imagen y semejanza hasta la aparición de las corrientes humanistas y universales, esencialmente motivadas por conflictos armados de variada intensidad. Bronwlie[81] considera que los cambios manifestados desde 1920 en adelante son de considerable interés, aunque su impacto ha sido significativamente menor. Tales cambios se deben a dos impulsos fundamentales: por un lado, (i) la protección de los derechos humanos, y por otro, (ii) ciertas consideraciones prácticas, como las expresadas por la CIJ en el caso del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas[82], donde se afirmó que si bien el individuo carecía de legitimación procesal, sus intereses debían hallarse convenientemente representados. En realidad, los tribunales administrativos del sistema ONU[83] son contestes en reconocer al individuo el acceso a una instancia internacional a fin de reclamar sus derechos. La CIJ en Daños sufridos al servicio de la ONU, definió a los agentes internacionales:

> 'La Corte entiende que la palabra "agente" en su sentido más liberal, comprende cualquier persona que, sea un funcionario pago o no, y se encuentre empleado en forma permanente o no, ha recibido el encargo por parte de un órgano de la Organización a fin de ejecutar, o ayudar en la ejecución, de una de sus funciones, en suma, cualquier persona a través de la cual aquella actúa'.[84]

[81] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 594.
[82] CIJ Caso del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas, ICJ Reports 1956.
[83] Por ejemplo, el Tribunal de la ONU y el Tribunal de la Organización Internacional del Trabajo. También aunque con menor carga procesal los tribunales administrativos del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional. Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalia Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 595.
[84] CIJ, Opinión Consultiva Caso concerniente a la Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas, 11/04/1949, pág. 177. Traducción del autor. Original inglés: 'The Court understands the word 'agent' in the most liberal sense,

Boutros-Ghali, Secretario General de Naciones Unidas afirmó en su momento que la tarea relativa a brindar mayor vigor y eficiencia a la organización:

> 'demandará la atención concertada y los esfuerzos de los estados individuales… pero la piedra fundamental de este trabajo es y debe seguir siendo el Estado.'[85]

III.b. Entes de carácter político que se asemejan a los estados.

Existen entes que logran reunir sólo parcialmente los atributos antes comentados. ¿Qué sucede con ellos? ¿Son sujetos plenos, relativos, pueden caracterizarse como sujetos ad-hoc? Veremos varias situaciones que caben dentro de esta caracterización.

La soberanía en sus dos dimensiones -interior y exterior- puede hallarse ausente o limitada. Existen así uniones verticales y horizontales de estado.

Entre las **asociaciones verticales** encontramos las instituciones -hoy prácticamente perimidas- del protectorado y el vasallaje, que llegan a ser conceptos opuestos. El protectorado se funda en un tratado internacional por lo que constituye una relación de DI, mientras que el vasallaje implica una relación de derecho doméstico.

En general, la potencia protectora se ocupaba directamente de las relaciones exteriores, conservando el estado protegido la capacidad de derecho, aunque delegaba su ejercicio.[86] El vasallaje es

that is to say, any person who, whether a paid official or not, and whether permanently employed or not, has been charged by an organ of the Organization with carrying out, or helping to carry out, one of its functions-in short, any person through whom it acts".

[85] Boutros-Ghali B., An Agenda for Peace: preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping, UN New York, 1992.

[86] Esta variedad fue destacada en la jurisprudencia internacional -mencionan Halajczuk-Moya Domínguez en organizaciones políticas. cit., pág. 114- en el dictamen del TPJI sobre los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos -1923- y en la opinión de Max Huber sobre la indemnización por los daños en la zona española de Marruecos -1926-.

una forma propia del siglo XIX, implicando las obligaciones de auxilium et consilium -asistencia militar y apoyo político-, dentro de un esquema de soberanía exclusiva poseída por el estado protector. Rusia en el Turkestán hasta la revolución de 1917, Gran Bretaña en la India y Turquía respecto de los estados cristianos Balcánicos son ejemplos de esta institución. Barboza[87] recuerda que ambas formas de estados no soberanos fueron sometidos al régimen de mandatos de la Liga de Naciones.

Entre las **asociaciones interestatales horizontales** es de resaltar el papel de la Comunidad Británica de Naciones -Commonwealth- que si bien continúa vigente, ha perdido sus caracteres más relevantes. Los *dominions* eran antiguas colonias Británicas que lentamente fueron recibiendo una administración autónoma, quedando en distintos niveles de dependencia respecto de la metrópoli. Algunas dependían directamente de ella; otras gozaban de cierta autonomía y finalmente se encontraban aquellas que poseían un alto grado de autonomía. A estas últimas, la Liga de Naciones las reconoció como miembros independientes y originarios del nuevo organismo internacional, figurando bajo la rúbrica del Imperio Británico. Estaban constituidas por Canadá[88], Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda y la India (y se los llamó 'dominios'). Siendo aún miembros del Imperio, se convirtieron en sujetos plenos del DI frente a terceros estados. La segunda guerra mundial aceleró la disgregación del Imperio Británico -o Commonwealth en su naturaleza tradicional-.

La Carta de Naciones Unidas trata a los antiguos dominios como estados soberanos. Al presente, la Reina Isabel II es la cabeza simbólica del llamado nuevo Commonwealth, que representa la asociación de estados independientes: 16 miembros reconocen a la Reina como su jefe de estado, la mayoría -33 en número- son repúblicas y sólo 5 son monarquías. La Secretaría del Commonwealth establecida en 1965 es su principal agencia intergubernamental.

[87] Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 172.

[88] Canadá fue la primera y ya antes de la primera guerra mundial poseía tres representaciones diplomáticas.

La ex- URSS provee otro ejemplo histórico. Tras su disolución, la Federación Rusa en su calidad de continuadora de la personalidad jurídica de la ex- URSS, Belarus y Ucrania decidieron conformar la asociación de estados conocida como Comunidad de Estados Independientes -CEI-.[89] El Acuerdo que establece la CEI afirma el respeto de los derechos humanos y prevé la coordinación de políticas entre los estados miembros. La Carta de la CEI fue adoptada el 22/06/1993 bajo la forma de un tratado internacional vinculante, y afirma que la CEI no es ni un estado ni posee características de supra-nacionalidad (Artículo 1), a la vez que establece una serie de órganos institucionales para el desempeño de sus propósitos. Posteriormente la CEI adopta un Tratado sobre Unión Económica[90] y una Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.[91] El creciente desarrollo de la CEI y su participación regional e internacional la lleva a poseer una incipiente personalidad jurídica internacional, en opinión de Shaw.[92]

Otras asociaciones de estados que priorizaron en su constitución inicial los aspectos económicos de la integración y que definen claramente su personalidad jurídica internacional, son analizadas más adelante bajo el nombre de bloques económicos regionales.

La **soberanía debilitada** reconoce otras situaciones. Brownlie denomina **'estados dependientes'** a aquellos que poseen ciertas capacidades legales calificadas y delegadas, características que pueden presentarse en las uniones federales. Menciona como ejemplo las constituciones de Suiza, la República Alemana y la hoy desaparecida Unión Soviética, todas las cuales permitían a los estados -provincias- integrantes, ejercer ciertas capacidades propias de un estado soberano, incluyendo la de celebrar tratados. En la ex-URSS incluso, Bielorrusia

[89] Ver Lippott J., The Commonwealth of Independent States as an Economic and Legal Community, 39 German YIL, 1996, pág. 334. Posteriormente, el 21/12/1991 llega a incluir a 11 nuevas repúblicas, que con la inclusión de Georgia en 1993, comprenden a todas las ex-repúblicas soviéticas, exceptuando a los tres estados Bálticos.

[90] El 24/09/1993, 34 ILM, 1995, pág. 1298.

[91] El 26/05/1995, ver Council of Europe Information Sheet No. 36, 1995, pág. 195.

[92] Shaw Malcolm N., 'The subjects of International Law', International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003, pág. 216.

y Ucrania eran miembros de Naciones Unidas.[93] En la mayoría de las situaciones, los tratados son celebrados por estos entes en su calidad de agentes de la unión, aun cuando hubieran sido concluidos en nombre propio.[94] En otras ocasiones, los estados miembros de la federación carecen de esta posibilidad. A sólo título de ejemplo, Canadá otorga al gobierno federal el poder exclusivo de celebrar tratados con estados extranjeros.[95] Hemos desarrollado precedentemente la situación en Argentina.

Dentro de este tipo de estados dependientes, August[96] añade los ejemplos de los territorios no autónomos, los territorios fideicometidos de Naciones Unidas y los estados asociados.

Un **condominio** internacional demuestra un ejercicio conjunto de los poderes estatales sobre un territorio particular que se ejercita a través de una autoridad administrativa autónoma.[97] De cualquier forma, la administración sólo actúa como agente de los estados participantes del condominio y aún así, su capacidad se encuentra limitada por el tratado o por las circunstancias históricas que le han dado vida.

Existen cuestiones a responder tales como la relación entre los estados en cuestión, la identidad del soberano a los efectos del territorio, y la naturaleza de las competencias involucradas.[98]

Por ejemplo, en el caso de las Nuevas Hébridas (New Hebrides), una serie de acuerdos Anglo- Franceses establecieron una región de influencia común, con cada país reteniendo la soberanía

[93] Aunque la motivación era netamente política, en tanto la membresía otorgaba a la URSS tres votos en lugar de uno.

[94] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 61.

[95] Gotlieb Allan, Canadian Treaty Making, 1968, págs. 27-32.

[96] August Ray, Public International Law,Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, US, 1994, pág. 93.

[97] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 62.

[98] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, págs. 114-115. Ver también O'Connell D. P., International Law, 2nd. ed., 1970, págs. 327-8; Coret Alain, Le Condominium, Librairie Generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960; Oppenheim's International Law. Volume 1: Peace. Edited by Sir Robert Jennings, Q.C. and Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C. Ninth edition. [Harlow: Longman. 1992], pág. 565.

sobre sus nacionales y ninguno ejerciendo autoridad individual sobre el área. Un Protocolo determinaba las funciones del gobierno del condominio, e investía de poder para formular regulaciones conjuntas a un Alto Comisionado Franco-Inglés. Este poder era delegado a los comisionados residentes locales para tratar las cuestiones concernientes a cada uno de sus respectivos nacionales. Existían así tres sistemas legales y una suerte de vacío en relación con el dominio de la tierra y el comercio respecto de las poblaciones indígenas.[99] Este sistema que guió el proceso hacia la autodeterminación tuvo como se ve, las características de un condominio. El territorio devino independiente el 30/07/1980 como el estado de Vanuatu.

La Corte de Justicia Centro-Americana sostuvo en 1917 que existía un condominio respecto del Golfo de Fonseca, otorgando el derecho a la co-propiedad entre los tres estados ribereños de Nicaragua, El Salvador y Honduras. Esta cuestión fue luego discutida en El Salvador v. Honduras, resuelto por la CIJ.[100] La CIJ concluyó que las aguas del Golfo de Fonseca mas allá de las 3 millas del mar territorial eran aguas históricas y se encontraban sujetas a una soberanía conjunta de los tres estados ribereños. Su decisión estuvo basada, además de la sentencia de 1917, en el carácter histórico de las aguas del Golfo, los fundados reclamos de los tres estados ribereños y la ausencia de protesta de terceros estados[101].

Por **territorios internacionales** se pretende significar diversos regímenes legales.

En primer lugar, el término caracteriza en forma amplia a casos de ciudades declaradas libres como el de Danzig o Trieste[102],

[99] Shaw Malcolm N., 'The subjects of International Law', International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003, pág. 206.

[100] CIJ-ICJ Reports, 1992, págs. 351, 597 y ss.; 97 ILR, págs. 266, 513 y ss.. El Salvador y Nicaragua fueron estados parte de la decisión de 1917, pero diferían respecto de la solución referida al condominio. Honduras no era parte en aquel caso y se oponía a la idea del condominio como solución del conflicto.

[101] CIJ-ICJ Reports, 1992, pág. 60

[102] La ciudad libre de Danzig fue una ciudad-Estado autónoma establecida el 10/06/1920 en la actual ciudad polaca de Gdansk, de acuerdo a la Parte III, sección IX, del Tratado de Versalles. Danzig dejaba de formar parte de Alemania y quedaba bajo la tutela de la Sociedad de Naciones, concediendo a Polonia privilegios diplomáticos y económicos, que pasaba a ejercer un protectorado sobre la ciudad. Danzig perdió su condición de 'ciudad libre' tras ser anexionada a la Alemania Nazi

donde se hubo creado un estatus especial por medio de un tratado multilateral y cuya ejecución es protegida y supervisada por una organización internacional. En estos supuestos, el estatus especial es otorgado a entes que ya contaban con suficiente independencia y capacidad legal para poseer personalidad jurídica.

En segundo lugar, el estatus de territorio internacional puede ser concedido sin el previo requisito de existencia de una persona jurídica. Una región dentro del territorio de un estado soberano puede recibir ciertos derechos de autonomía sin que esto signifique un avance hacia una personalidad jurídica internacional propia ni medre los derechos del estado que la concede. Brownlie menciona el caso del territorio de Memel o región de Klaipēda, que dentro de Lituania gozó de un estatus especial otorgado en Versailles y que duró entre 1924-1939.

Un tercer tipo de territorio internacional envuelve la administración exclusiva de un territorio por parte de una organización internacional. El Profesor Brownlie menciona el caso del régimen propuesto para la ciudad de Jerusalem -antes de la ocupación total por parte del Estado de Israel-, que en 1950 contemplaba un Consejo Fiduciario que jamás fue instrumentado.[103]

De igual manera, el sistema del Tratado Antártico presenta las características que comenta Brownlie para los territorios internacionales, en relación con la totalidad del territorio del continente Antártico[104]. La llamada 'internacionalización parcial' del continente consiste en que con base en un congelamiento sine die de

en 1939 y posteriormente a Polonia tras el final de la Segunda Guerra Mundial.

El Estado libre de Trieste o Territorio libre de Trieste fue una Ciudad estado situada en Europa central, entre el norte de Italia y el territorio que ocupaba la ex-Yugoslavia. Abarcaba la ciudad portuaria de Trieste, una estrecha franja costera al noroeste y una pequeña porción de la península de Istria. Fue establecido en 1947 para acomodar a una población con mezcla étnica y cultural en un país neutral, democrático e independiente. La intención era también eliminar las demandas territoriales, debido a la importancia estratégica de la ciudad para el comercio con Europa central. El control del estado pasó a ser efectuado por sus dos repúblicas vecinas en 1954 y disuelto oficialmente en 1977.

[103] Ydit Meir, Internationalised Territories, Leiden: A. W. Sythoff, 1961, págs. 273-314.

[104] Ver en relación con la Antártida, O' Connell Mary L., International Law and the use of force, 2nd. ed. Foundation Press, pág. 451.

los reclamos de soberanía sobre distintas áreas territoriales del continente, la toma de decisiones sobre el conjunto se halla centralizada en un grupo de estados miembros del sistema del Tratado Antártico, en lugar de encontrarse en cabeza de todos los estados miembros de Naciones Unidas.

En tiempos recientes, la ONU se ha ocupado de la administración de territorios, con fundamento en los poderes otorgados al Consejo de Seguridad por el capítulo VII de la Carta. Por ejemplo, en los Acuerdos de París de 1991 entre los cuatro grupos Camboyanos que luchaban por el poder del país, se autorizó a las Naciones Unidas a establecer funciones administrativas civiles en el país hasta tanto se produjeran las elecciones y se adoptara una nueva constitución. Esto fue logrado a través de la Autoridad de transición de las Naciones Unidas en Camboya (UNTAC en sus siglas en inglés), a la cual le fueron delegadas 'todos los poderes necesarios pasa asegurar la implementación' del acuerdo de paz y que igualmente ejerció competencias en áreas tales como las relaciones exteriores, defensa, finanzas y otras.[105]

Por la Resolución 1244 (1999), el CS ONU autorizó al SG ONU a establecer una presencia civil internacional interina en Kosovo (UNMIK en sus siglas en inglés), tras el retiro de las fuerzas Yugoslavas de aquellas partes del territorio desalojadas por las acciones de la NATO. Bajo esta resolución, la UNMIK desarrolló una amplia variedad de funciones administrativas, incluyendo salud y educación, actividades bancarias y financieras, correo y telecomunicaciones y legales. Su mandato fue el de promover el establecimiento de una autonomía sustancial y el gobierno propio en Kosovo. Si bien estas competencias administrativas se fundaban en la re-afirmación de la soberanía e integridad territorial Yugoslava (y consecuentemente la continuidad de sus títulos sobre esta provincia),

[105] Artículo 6 y Anexo I del Acuerdo de Paz de Paris. Ver también Stahn C., 'International Territorial Administration in the Former Yugoslavia: Origins, Developments and Challenges Ahead: ZaoRV, 2001, pág. 107. La UNTAC permaneció entre Marzo de 1992 y Septiembre de 1993, comprendiendo alrededor de 22.000 personas entre militares y civiles. Ver:
http:i/wcvw.ui~.org/Depts/dpko/dpkoico-n~ission/unta .

eventualmente el resultado final consistió en la conformación de un nuevo estado.

Timor Oriental, un territorio no autónomo Portugués ocupado por Indonesia en 1974 representa otro caso. Los dos estados acordaron con las Naciones Unidas el 5/05/1999, el realizar un proceso de consulta popular sobre el futuro del territorio. Los habitantes expresaron un claro deseo de transitar por un periodo de administración de las Naciones Unidas dirigido a la independencia del territorio. Luego de desatarse la violencia, una fuerza multinacional fue enviada a Timor Oriental conforme la Resolución 1264 del CS ONU (1999). Esta Administración[106] fue investida para ejercer toda autoridad legislativa y ejecutiva, incluyendo la administración de justicia. El mandato de UNTAET fue extendido hasta el 20/05/2002, fecha de la independencia de Timor Oriental, que pasó a llamarse Timor-Leste.[107]

En el caso de los **territorios no autónomos**[108] la administración se encuentra a cargo de uno o más estados extranjeros, sin importar si a aquéllos se los llama colonia, dependencia, territorio extranjero, departamento o territorio de ultramar, o incluso territorio autónomo. El DI impone obligaciones a los estados responsables de la administración de estos territorios, quienes deben promover el bienestar de sus habitantes, alentar su desarrollo político, económico, social y educativo y desarrollar un gobierno autónomo dentro del territorio. A estos fines las Naciones Unidas crearon el sistema de los territorios fideicometidos bajo la supervisión del Consejo de Administración Fiduciaria.

Los **estados asociados** constituyen una figura que surge cuando el territorio no autónomo (que actúa como futuro asociado) acuerda con un estado independiente (llamado principal), que éste le brinde la garantía de poseer un gobierno propio dentro de su

[106] La Administración de Naciones Unidas para la Transición en Timor Oriental (UNTAET) fue establecida por la Resolución 1272 del CS ONU de 1999, con fundamento en el Capítulo VII de la Carta ONU. Ver también el Reporte del SG ONU S/1999/1024.

[107] Ver CS ONU Resoluciones 1388 (2001) y 1392 (2002).

[108] Carta de Naciones Unidas, Capítulo XI titulado 'Declaración relativa a Territorios no autónomos'.

territorio, a cambio que sus relaciones exteriores y defensa sean ejercidas por el estado principal. La Resolución 1514[109] de Naciones Unidas establece tres condiciones para la creación de estados asociados:

i. consentimiento de la población del estado asociado;
ii. obligación del estado principal de promover el bienestar y desarrollo del asociado; y
iii. aprobación del acuerdo por Naciones Unidas.

En 1988, el último de los territorios administrados bajo el régimen de fideicomiso de las Naciones Unidas se convirtió en un estado asociado. La Comunidad de las Islas Marianas del Norte, los Estados Federados de Micronesia, la República de Palau y la República de las Islas Marshall se convirtieron en estados asociados de los Estados Unidos.[110] No obstante, la propuesta zona de libre asociación con la República de Palau (la última parte del anterior territorio fideicometido) no entró en vigencia debido a un desacuerdo sobre el libre tránsito de buques y aeronaves con armamento nuclear a través de las aguas y espacio aéreo de Palau, y en consecuencia, los Estados Unidos continuaron actuando como la autoridad administradora bajo el acuerdo de administración fiduciaria. Estas dificultades fueron eventualmente superadas.[111]

Otro ejemplo lo constituye la alianza existente entre las Islas Cook y Nueva Zelanda, donde se combina el auto-gobierno interior y la dependencia exterior.[112]

[109] AG ONU Res. 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14/12/1960. Adoptada por 89 votos a favor, ninguno en contra y nueve abstenciones.

[110] Los Estados Unidos firmaron un Convenio con la Comunidad de las Islas Marianas del Norte y de Libre Asociación con los Estados Federados de Micronesia y con la República de las Islas Marshall. Desde su entrada en vigor en el otoño de 1986, se determinó que el sistema de fideicomiso de las Naciones Unidas había terminado. Este procedimiento que establece una unión política con los Estados Unidos fue aceptado por el Consejo de Administración Fiduciario como el ejercicio legítimo del derecho a la libre determinación. Ver CS ONU Resolución 683 (1990).

[111] Ver CS ONU Resolución 956 (1994).

[112] Crawford James, The Creation of States in International Law, Oxford: Oxford University Press, 2nd edition, 2006, pág. 372, citado por Shaw Malcolm N., 'The subjects of International Law', International Law, 5th edition, Cambridge University

III.c. Organizaciones internacionales y supranacionales de carácter público

Bull prefiere llamar 'sistema' en lugar de 'comunidad' internacional al conjunto organizado de naciones, ya que según él no existe un sentimiento de verdadera hermandad propio de una comunidad de intereses, y en todo caso su lugar lo ocupan instituciones y procedimientos reglados que sí constituyen un sistema y que gira alrededor de los estados.[113] El sistema internacional Westfaliano sólo en el transcurso del siglo pasado comenzó a reconocer capacidades limitadas -y con esto otorgó existencia legal- a personas jurídicas diferentes de los estados. Las primeras en ser reconocidas fueron las organizaciones internacionales creadas y conformadas por estados, que por esta razón, son llamadas intergubernamentales. Su existencia puede interpretarse como demostración de valores comunes de carácter regional y universal compartidos por los estados y el individuo.

Si bien la idea de la organización internacional como administradora de intereses comunes nace como un legado occidental[114], se integra hoy con contenidos de muy distintas culturas representadas en el sistema de Naciones Unidas. Es interesante recordar la afirmación que von der Heydte realiza en 1958 -y con la cual concuerda Verdross-, en cuanto a que la Santa Sede constituía la 'conciencia de la comunidad internacional' y por tanto, tenía el alto cometido de 'ser el nexo vivo entre la idea ética que está detrás y más allá del DI positivo y la práctica internacional.'[115]

Press, UK, 2003, pág. 214.

[113] Bull Hedley, The anarchical society, 1983, Hong Kong, pág. 51 y ss.

[114] La idea de la comunidad humana es una vieja herencia de la filosofía occidental, pudiendo trazarse sus orígenes en la filosofía estoica y las concepciones de la hermandad humana, la naturaleza social del hombre y su pertenencia a una comunidad mundial regida por la recta razón (el derecho natural). Ver von Glahn, G., Law Among Nations, 7th edition, USA, 1992, pág. 48. Ver también especialmente Chittharanjan Amerasinghe, Principles of the Institutional Law of International Organizations, Cambridge University Press, 1996, págs. 1-8.

[115] von der Heydte VR, I, 1958, pág. 187, citado por Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, pág. 190.

Qué poco podemos compartir esta afirmación sólo medio siglo después.

Las organizaciones internacionales persiguen uno o más fines comunes.[116] Esta idea no constituye un desarrollo particular del siglo XX. Ya el Faraón Egipcio Ikhnaton -Amenophis IV en su traducción griega- soñó con un orden teológico internacional 4.400 años atrás. La Liga de ciudades-estado Griegas se organizó de forma tal de disminuir la brutalidad de la guerra. Dante Alighieri propuso la conformación de un super - estado global que actuaría bajo el control de una corte de justicia.

Ya luego de Westfalia, las más antiguas de las asociaciones interestatales son las uniones monárquicas, tanto la unión personal como la real.[117] La primera es transitoria porque centra en la misma persona la calidad de jefe de dos o más estados. Polonia en el siglo XVIII eligió al duque de Sajonia como rey, quien a su vez era heredero de la corona Sajona. La segunda se caracteriza por su carácter permanente, desvinculada de la vida física del jefe estatal. Suecia y Noruega entre 1815-1905 o Austria y Hungría entre 1867-1918, son claros ejemplos de asociaciones estatales bajo la misma dinastía.

Autores tan importantes como numerosos aceptan la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales.[118] Verdross opina simplemente que son sujetos en tanto el tratado fundacional les confiera tal calidad.[119] Lauterpacht[120] plantea que en el DI la legitimación activa o pasiva en una instancia internacional no

[116] Slomanson William R., Fundamental Perspectives on International Law, 4th edition, Thomson West, USA, 2003, pág. 102.

[117] Halajczuk Bohdan y Moya Domínguez María T., Derecho Internacional Público, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 112.

[118] Kelsen H., Principios de Derecho internacional, 1959, pág. 173; Lauterpacht H., Règles générales du droit de la paix, ADI, 1947, págs. 438 y ss; Scharzenberger G., International Law 1957, págs. 137 y ss; Friedmann y Pugh, eds., La nueva estructura del DI, México, 1967, págs. 262-6; entre otros.

[119] Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, pág. 187.

[120] Lauterpacht Hersch, Oppenheim's International Law, 8a. ed., Londres, Longman, 1962, nota 45.

debe considerarse como un factor determinante para establecer la subjetividad jurídica internacional de un determinado ente.

En general existe acuerdo en que para ser consideradas sujeto de derecho, las organizaciones internacionales deben satisfacer al menos tres criterios. Primero, debe tratarse de una organización permanente de estados miembros que posea objetivos y órganos administrativos comunes. Segundo, debe poseer la capacidad de dictar órdenes vinculantes -al menos en algunas cuestiones- respecto de los estados miembros. Tercero, deben existir procedimientos internacionales dirigidos a tornar efectivas las decisiones dictadas por la organización, las cuales no deben descansar sólo en la jurisdicción interna de los estados miembros. Estos tres elementos considerados en conjunto brindan personalidad jurídica internacional de carácter efectivo a la organización. Vemos que estos requisitos son ampliamente satisfechos, entre otros, por los llamados bloques económicos regionales, que son tratados más adelante.

Akehurst[121] afirma que el término 'organización internacional' describe usualmente una organización creada por el acuerdo de dos o más estados, y las distingue del término 'organizaciones no gubernamentales' (ONGs) que son creadas por individuos o grupos de individuos. Conforme la Carta de Naciones Unidas[122] existen dos tipos de organizaciones internacionales: (i) las públicas o intergubernamentales; y (ii) las privadas o no-gubernamentales. Las organizaciones internacionales públicas o intergubernamentales no sólo contemplan hoy como objetivos los intereses soberanos de los estados, sino la promoción y protección efectiva de los derechos de la persona humana. He aquí un cambio trascendental en el enfoque de las mismas. Dentro de las organizaciones internacionales de carácter privado resaltan las organizaciones no gubernamentales -ONGs- que son tratadas más adelante.[123] No obstante esta distinción, existen

[121] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 92. Concuerda con esto Schermers Henry G., International Institutional law, 3rd ed. 1995, Bowett, Derek W., The law of international institutions, 4th ed. 1982 y demás bibliografía allí citada.

[122] Carta de Naciones Unidas, Artículo 71 menciona ambos tipos.

[123] El Consejo Económico y Social en su Resolución 288 de 1950, establece una pauta de tratamiento de las ONGs, mencionando que 'toda organización internacional que no es creada a través de acuerdos gubernamentales internacionales

organizaciones que comparten caracteres públicos y privados. Por ejemplo, los gobiernos y las corporaciones transnacionales se unieron para dar vida a la Corporación de Comunicaciones por Satélite (COMSAT).[124]

A través de un análisis más profundo que ayuda a su mejor comprensión, Bowett[125] emplea un enfoque funcional, distinguiendo a las organizaciones internacionales conforme sean: (a) públicas o privadas; (b) administrativas o políticas; (c) globales o regionales; (d) con o sin carácter supranacional.

La práctica moderna ha desdibujado la segunda distinción entre organizaciones administrativas o políticas, en principio las primeras poseen una cantidad menor y más específica de objetivos. Por ejemplo, la Unión Internacional de Telecomunicaciones perteneciente al sistema ONU fue creada con un fin claramente administrativo.

La distinción entre organizaciones globales o regionales se basa en la geografía política y la pertenencia de los estados miembros a grupos geográficos determinados antes que a los objetivos de la organización. Como luego veremos, son numerosas y han ayudado a instrumentar regionalmente los principios generales del DIPu.

Además de las organizaciones públicas inter-gubernamentales, cobran hoy especial importancia las organizaciones supra-estatales. Éstas consolidan su subjetividad internacional al poder concluir acuerdos con otros actores internacionales incluidos los estados, o estar facultadas para ordenar a sus estados miembros una determinada conducta u omisión. En este supuesto, la transferencia de soberanía desde los estados miembros hacia el ente supranacional

[tratados] será considerada como una organización no gubernamental.'

[124] La Corporación de Comunicaciones Satelitales (COMSAT) es una compañía global de telecomunicaciones. Basada en los Estados Unidos, posee sucursales en Brasil, Argentina, Colombia, México, Perú, Venezuela y varios otros estados de América. La Corporación fue creada a instancias de la ley de Comunicaciones Satelitales de 1962 bajo la administración del Presidente Kennedy. También INTELSAT (por sus siglas en inglés), sistema internacional de comunicaciones por satélite que cubre el mundo establecido en 1973; y el Banco de Acuerdos Internacionales , establecido en 1930.

[125] Bowett D. W., The law of international institutions, 4th ed., London, Steven and Sons, 1982, págs. 10-12.

tiende a aumentar el alcance y naturaleza de los poderes delegados. Se distinguen además, por el hecho que sus miembros individuales no actúan a título de representantes gubernamentales; sus órganos deciden por el voto mayoritario aunque calificado; y poseen la facultad de tomar decisiones vinculantes que generan un incipiente derecho comunitario. Finalmente, existen en las organizaciones supraestatales, procedimientos judiciales reglados que habilitan la revisión de actos de los estados miembros por una corte comunitaria independiente de las jurisdicciones domésticas y jerárquicamente superiores a éstas.[126]

La capacidad de las organizaciones internacionales es siempre relativa en la medida en que se encuentra limitada por el objeto para el que fueron creadas.[127] En general, dicho objeto comprende las capacidades de negociar y concluir acuerdos internacionales de carácter vinculante, presentarse como actoras o demandadas en instancias internacionales, y gozar de ciertos privilegios e inmunidades para categorías definidas de sus funcionarios.

No existe DI de fuente consuetudinaria que determine un estándar en relación con los privilegios e inmunidades de los que puede gozar una organización intergubernamental respecto de sus bienes, personal y representantes, con lo cual la fuente primera en este punto resulta ser el DI de fuente convencional. La 'Convención de Viena sobre la Representación de estados en sus relaciones con organizaciones internacionales', de carácter universal,[128] ha sido largamente criticada por no proteger convenientemente los intereses del estado anfitrión, lo que explica tal vez el escaso número de estados ratificantes.

[126] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 95. Ver además, Schermers Henry G., 'International Organizations, legal remedies against acts of organs', EPIL II, 1995, págs. 1318-20.

[127] Así opina Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, pág. 176.

[128] Aún no ha entrado en vigor. Su Artículo 89 requiere 35 ratificaciones. Véase Documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, vol. II . No. S.75V.12. La Comisión de Derecho Internacional y su obra, Publicación de las Naciones Unidas, S.04.V.6, Nueva York, 2004, págs. 136 y ss.

Sin fuentes consuetudinarias ni convencionales de carácter universal, los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales deberán encontrarse en sus propios instrumentos constitutivos, en tratados especiales aplicables a organizaciones en particular y en el derecho doméstico. A título de ejemplo, la Carta de Naciones Unidas[129] refiere en forma genérica los privilegios e inmunidades de la organización, lo cual es luego complementado por la 'Convención General sobre Prerrogativas e Inmunidades de Naciones Unidas'[130] y el Acuerdo de Sede entre la organización y los Estados Unidos.[131] El derecho doméstico puede también acordar los privilegios e inmunidades de los que gozan las organizaciones internacionales situadas bajo la jurisdicción del estado. La ley Argentina sobre inmunidad jurisdiccional de los estados extranjeros ante los tribunales Argentinos[132] prevé distintas situaciones de excepción, sin contemplar a sujetos diferentes de los estados. Al no existir normativa doméstica Argentina referida a los privilegios e inmunidades de las organizaciones intergubernamentales que actúan en su territorio, habrá primero que reparar en el Acuerdo de Sede, y subsidiariamente, serán de aplicación las normas de inmunidad existentes respecto de los estados, en aquellas situaciones en las que una organización intergubernamental fuera demandada ante los tribunales locales.

La existencia de personalidad legal no implica de por sí la capacidad de celebrar tratados con estados u otras organizaciones, sino que antes debe repararse en cada instrumento constitutivo. Así, cada organización internacional posee la facultad de celebrar tratados

[129] Carta de Naciones Unidas, Artículo 105 y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 19.

[130] Aprobada por la Asamblea General ONU, 13/02/1946. UN Treaty Series vol. 1, pág. 15. Debe mencionarse también la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Agencias Especializadas aprobada el 21/11/1947. UN Treaty Series vol. 3, pág. 261.

[131] Firmado el 26/06/1947. UN Treaty Series vol. 11, pág. 18. Este Convenio fue objeto de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en la cuestión de la OLP y su Misión de Observación (1988).

[132] Ley 24488, Sancionada: 31/5/1985. Promulgada: 22/06/1995. Publicada: B.O. 28/06/1995. Veto del Artículo 3, Decreto 849, Fecha: 22/06/1995. Publicación: B.O. 28/06/1995.

relativos a ciertas cuestiones, pero no a otras.[133] La Comisión de DI completó su 'Proyecto de Artículos sobre el derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales' en 1982, y en 1986 se adoptó la 'Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales'.[134] Sus provisiones reflejan el articulado de la 'Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados', aun cuando su Artículo 73 determina que en el caso de un tratado conformado por varios estados y una organización internacional, será de aplicación prioritaria en las relaciones entre los estados, la Convención de 1969. Esta solución lleva, en palabras de Shaw[135], a demostrar la superioridad de Viena de 1969 sobre el documento posterior, lo cual implica cierta desigualdad vis -a -vis las organizaciones internacionales.

La obra de Oppenheim ya planteaba la cuestión de la subjetividad respecto de la Liga de Naciones:

> 'La Liga aparece como un sujeto de DI y una persona internacional coexistente con los varios estados... La Liga al no ser un estado, y al no poseer territorio ni gobernar a ciudadanos, carece de soberanía en el sentido que la tiene un estado. Sin embargo, por ser una persona internacional sui generis, la Liga es titular de muchos derechos que por regla general, sólo pueden ejercerse por los estados soberanos'.[136]

Durante la vigencia de la Liga de Naciones, en el caso International Institute of Agriculture v. Profili, la Corte de Casación Italiana sostuvo que el Instituto era una persona internacional cuyas relaciones con el Estado anfitrión estaban reguladas por el DI.[137]

[133] Zemanek K., International organizations Treaty making power, EPIL II, 1995, págs. 1343-6.
[134] El Artículo 84 de la Convención establece que entrará en vigencia al ser ratificada por 35 estados. Actualmente sólo 28 países y 12 organizaciones internacionales (que no cuentan para llegar al mínimo) la han ratificado.
[135] Shaw Malcolm N., International Law, 5th ed., Cambridge University Press, 2003, pág. 859.
[136] Oppenheim- Mc Nair, International Law, Volumen I, 4 edición, pág. 361.
[137] Corte de Casación de Italia, AD. Caso No. 254, 1929-1930, citado por Sorensen

Las Naciones Unidas son el ejemplo más completo y acabado de este tipo de sujeto. El sistema de Naciones Unidas comprende a la organización madre y a una importante cantidad de agencias especializadas y organizaciones regionales que son abordadas más adelante. A título de ejemplo, la cooperación regional se ha ido institucionalizando alrededor de los llamados bloques políticos y económicos regionales que principiando por la Unión Europea y el Consejo de Europa, incluyen además a la OEA, la OCDE, la Unión Africana, el Acuerdo NAFTA, las comunidades del Caribe –CARICOM y Mercado Común Centroamericano-, el Pacto Andino, el MERCOSUR, UNASUR, ASEAN, la Liga Árabe, los cuales resaltan la importancia regional de los acuerdos motivados por el desarrollo y la acción política común en la esfera internacional, al tiempo que desarrollan los preceptos sentados en el Artículo 52 de la Carta ONU.

La personalidad jurídica de la ONU fue reconocida inicialmente en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre las Reparaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas.[138] Aquí la CIJ debió resolver si la Carta ONU otorgaba a la organización, la capacidad legal para reclamar una reparación al estado cuyos agentes habían asesinado a los empleados de la ONU. Afirmó la Corte:

> 'Los sujetos de derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad. (…)
> En opinión de la Corte, la Organización fue pensada para ejercer y gozar, y en los hechos ejerce y goza, funciones y derechos que sólo pueden ser explicados sobre la base de la posesión de una extensa medida de personalidad internacional y la capacidad de operar en el plano internacional.'[139]

Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pág. 267.

[138] CIJ, Opinión Consultiva, Reports 1949.

[139] CIJ, Opinión Consultiva, Reports 1949, pág. 174 y ss. Puede también consultarse la obra de Whiteman M., Digest of International Law 8, Washington D.C. US government Print. Off., 1967, pág. 742.

La utilidad de esta opinión fue que resolvió positivamente las dos cuestiones que le habían sido sometidas y otras de naturaleza similar que se fueron suscitando en cada intervención que la ONU protagonizó hasta el presente.[140] La Carta ONU obliga a cada estado miembro a otorgar a la organización dentro de su respectivo territorio, la 'capacidad jurídica que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y el logro de sus propósitos'.[141] Sin embargo no existe en el articulado de la Carta, mención expresa alguna que brinde a la organización personalidad jurídica bajo el DI[142], situación salvada por la opinión consultiva referida, y por la 'Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las NNUU' que afirma:

> 'Las Naciones Unidas poseerán personalidad jurídica. Tendrán capacidad: (a) para contratar; (b) para adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles; (c) para entablar procesos legales.'[143]

Esta capacidad procesal afirmada como criterio determinante de la personalidad de una organización internacional fue reconocida por la CIJ[144] no sólo frente a los estados miembros de la

[140] Así por ejemplo, en 1991 fue encontrado el cuerpo sin vida del coronel Higgins que había sido secuestrado dos años antes en una operación de paz en el Líbano. En el mismo año, cinco observadores de la hoy Unión Europea fueron asesinados al ser derribado su helicóptero por la milicia Serbia en Croacia. En 1992 el Khmer Rouge liberó a 11 miembros de una operación de mantenimiento de la paz que había estado secuestrados. En 1998 4 observadores fueron secuestrados en Georgia, entre varios otros episodios de igual naturaleza. En todos ellos se utilizó la decisión de la opinión consultiva referida al caso del conde Bernadotte. En 1994, la AG ONU aprobó la Resolución 49/59 que adopta la Convención sobre Seguridad del Personal de Naciones Unidas y asociados: varios estados incorporaron como un delito doméstico las figuras previstas en la Convención.

[141] Carta ONU, Artículo 104.

[142] Si puede referirse por ejemplo el Artículo 43 de la Carta que faculta a la organización a celebrar ciertos tipos de tratados con estados miembros, lo que indirectamente le reconoce personalidad en tanto no podría realizar tales actos si no gozara de algún tipo de personalidad.

[143] Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, 1946, Artículo 1, 1.

[144] Ver CIJ-ICJ The Reparation for Injuries case, Reports, 1949, pág. 174. Ver igualmente el caso de la Interpretación del Acuerdo de 25 de Marzo de 1951 entre la

organización, sino también frente a aquellos que no lo son, e incluso respecto de otras organizaciones intergubernamentales.[145]

En Mazilu, opinión consultiva de 1989 referida a la 'Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las NNUU', se debatió la situación creada cuando el sr. Mazilu, relator especial del Comité de Derechos Humanos, durante el gobierno de Chauchescu en Rumania, es reemplazado debido a los informes desfavorables que el relator presentaba. Al contestar las Naciones Unidas a Rumania que el estado miembro no tiene facultades para nombrar relatores, Rumania replica que la insistencia de la ONU en mantener a Mazilu podía considerarse una intromisión en sus asuntos internos. En este punto, el Consejo Económico y Social autorizado por la Asamblea General, solicita una opinión consultiva a la CIJ, para que ésta analice el Convenio y diga si Mazilu se hallaba amparado por la precitada Convención sobre privilegios e inmunidades, considerando que la figura del relator especial nace luego de aprobarse la Convención.

La CIJ asimila la figura del relator especial a la de los peritos -quienes son expresamente mencionados-, reconociéndole las inmunidades y privilegios que la Convención otorga a éstos. El juez Oda señala que la inmunidades y privilegios funcionan incluso en el territorio de su nacionalidad. La CIJ solicita a Rumania que permita asistir a Mazilu a la sesión del Comité de Derechos Humanos, pedido que luego cae en abstracto.[146]

El impulso que tuvo la creación de organizaciones internacionales tras la segunda guerra mundial, asignándoseles los más variados objetivos, fue renovado al concluir la guerra fría. Esta segunda ola de creación y renovación de organizaciones internacionales concentra sus objetivos en torno de cuatro ideas: (i) la integración económica regional; (ii) el establecimiento y consolidación

OMS-WHO y Egipto, CIJ-ICJ Reports, 1980, págs. 73, 89-90.

[145] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 684 y también August Ray, Public International Law,Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, US, 1994, pág. 93.

[146] Cuando llega la resolución de la CIJ se había producido la caída del gobierno de Chauchescu y Mazilu era vicepresidente del nuevo gobierno. Este es el único caso en que se invocó esta Convención. Applicability of Article VI, Section 22 of the Convention on the Privileges and Immunities of the UN, 1989 ICJ Rep. 177, 29, ILM, 98, 1990. ICJ, 15/12/1989.

de la democracia; (iii) los derechos humanos; y (iv) el medio ambiente. Esto evidencia un notable giro en los fines para los cuales se crean estas organizaciones, que cambia desde los cometidos políticos de otrora hacia la búsqueda de objetivos económicos y humanistas, producto de los nuevos parámetros sentados por la globalización. Existen al presente más de 500 organizaciones internacionales de muy diverso tipo.[147]

III.d. Agencias de estados y de organizaciones internacionales

En lo concerniente a las agencias estatales, es de interés la situación que se presenta en los estados federales. En éstos, el hecho que los miembros participantes de la federación deleguen constitucionalmente en la autoridad federal las relaciones exteriores, no inhibe a las provincias integrantes, de entrar en relaciones contractuales de diversa índole con otros sujetos en el nivel internacional. Este tema se vincula con el derecho constitucional, en la medida que la capacidad en obligarse internacionalmente por cada provincia-estado de la unión, queda limitada por las normas fundamentales de cada sistema doméstico, conforme la división entre poderes delegados, concurrentes y reservados para cada. En este caso, ciertos autores opinan que las provincias actúan como agentes del estado federal.[148]

En segundo lugar, ademas de las agencias estatales exclusivamente domésticas, pueden los estados crear convencionalmente agencias conjuntas y delegarles poderes de supervisión; de creación de normas; e incluso judiciales. A título de ejemplo, citamos los casos de administración de un condominio; un tribunal arbitral; la antigua Comisión Europea para el Río Danubio establecida en 1856, y en nuestro ámbito, la Comisión Técnica-Mixta

[147] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 94.
[148] Entre ellos Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 63; Fitzmaurice G., Yearbook ILC, 1956, pág. 118.

del Frente Marítimo del Río de la Plata, así como la Comisión Técnica-Mixta de Salto Grande.[149]

En tercer lugar, los tratados constitutivos de organizaciones internacionales pueden crear agencias como órganos subsidiarios con suficiente poder de independencia e investirlos con capacidades administrativas, ejecutivas y judiciales sin que lleguen a constituir personas jurídicas independientes. Este carácter lo posee la Agencia Nuclear Europea, órgano de la OECD, la cual posee considerables capacidades en el ámbito del control de la seguridad.[150] La extensión de su capacidad legal puede hacerlas gozar de un estatus similar al de las organizaciones internacionales, impidiendo en consecuencia, la revisión de sus decisiones por las jurisdicciones nacionales, tal como lo afirmó la Corte Suprema Argentina en Fibraca.[151]

En esta misma línea, otro ejemplo viene dado por el sistema de Naciones Unidas que comprende a una importante cantidad de agencias especializadas, como por ejemplo la Organización Internacional del Trabajo; la Organización de Aviación Civil Internacional; la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; la Organización Mundial de la Salud; la Unión Postal Universal; la Organización Marítima Internacional; la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y varias otras encuadradas en la Carta de Naciones Unidas.[152]

[149] La primera establecida por el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (1973) entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, se constituyó con el objeto de realizar estudios y adoptar y coordinar planes y medidas relativas a la conservación, preservación y racional explotación de los recursos vivos y a la protección del medio marino en la zona de interés común. La Comisión Técnica-Mixta de Salto Grande por su parte, es creada en 1946 con la firma del Convenio Binacional entre Argentina y Uruguay, con el objeto de aprovechar al máximo posible los recursos hidráulicos, y transmitir y suministrar energía a los mercados con calidad, seguridad y confiabilidad, sin descuidar la protección de la naturaleza a través de la implementación de un Sistema de Gestión Ambiental (ISO 14.000).

[150] Ver Arangio Ruiz, 107 Hague Recueil, 1962, pág. 566.

[151] CSJN Argentina, Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta Salto Grande, 07/07/1993: '...no habiéndose impugnado constitucionalmente ni los tratados constitutivos de la organización intergubernamental, ni el acuerdo de sede, sólo cabe concluir que la inmunidad de jurisdicción de que goza la comisión Técnica Mixta de Salto Grande impide la revisión del laudo por este tribunal.'

[152] Carta de Naciones Unidas, Artículo 57.

IV

Entes sui-generis

IV.a. Orden de Malta

La Soberana Orden Militar de los Caballeros de Malta es otro sujeto de naturaleza especial. Fundada aproximadamente en el año 1048, en la era de las cruzadas, como la 'Orden de San Juan de Jerusalem, de Rodas y de Malta', se dedicó al cuidado de los heridos y enfermos. Tras peregrinar por varios territorios[153], actualmente posee sus cuarteles centrales en Roma desde 1834 en carácter de organización humanitaria, desde donde alrededor de 8.000 Caballeros de la Orden operan hospitales y otras facilidades médicas ubicadas en distintas partes del mundo. Mantiene relaciones diplomáticas con 104 estados, Argentina entre ellos.[154] Razones históricas hacen que se la considere como un ente de características estatales, aunque como luego veremos, posee similares caracteres a los del Comité Internacional de la Cruz Roja, entre ellos, su carácter humanitario, neutral, imparcial y apolítico, pudiéndosela situar en el contexto de las sociedades humanitarias que receptan los Convenios de Ginebra de 1949.[155]

[153] La Orden rigió Rodas entre 1309 y 1522 y le fue dada Malta a través de un Tratado con Carlos V en 1530 como un feudo dentro del Reino de Sicilia. La soberanía sobre Malta fue perdida en 1798.

[154] Sitio Oficial de la Orden de Malta http://www.orderofmalta.org , visitado en Enero de 2011.

[155] III Convenio de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros de guerra, Artículo 125.

La Corte de Casación Italiana se pronunció en 1935 aceptando el carácter soberano de la Orden, en Nanni v. Pace y la Soberana Orden de Malta[156], afirmando:

> 'la moderna teoría de los sujetos del derecho internacional reconoce un número de unidades colectivas cuya composición es independiente de la nacionalidad de sus miembros constitutivos y cuyo ámbito trasciende por virtud de su carácter universal, al territorio confinado a un solo estado'.[157]

Ejerce actualmente el derecho de legación activa y pasiva.

IV.b. La Santa Sede y el Vaticano

La ciudad del Vaticano considerada por algunos como un verdadero estado, bien puede entenderse como un sujeto sui generis, en función de habérsele acordado un estatus estatal, al tiempo que la Santa Sede representa la cabeza de una de las principales religiones del mundo.[158]

Desde los tiempos medievales, el Papado gozó de una personalidad jurídica dual. Por un lado, se le reconocía el carácter de jefe espiritual de la Iglesia Católica. Por otro, se le consideraba gobernante de los Estados Pontificios. Tras la desaparición de estos Estados en 1870, se produce un período de indefinición que es resuelto en 1929 con la firma del Tratado de Letrán[159], que estipula el

[156] Corte de Casación Italia, 8 AD, 2, 1935-7, donde se afirma que la soberanía de la Orden de Malta subiste a pesar de la pérdida de su territorio. Luego en 1956 el Tribunal de Roma en Sov. Ordine di Malta c. Caccese de 03/11/1954 calificará al gobierno de la Orden como gobierno en el exilio.

[157] Nanni v. Pace and the Sovereign Order of Malta 8 AD, pág. 2. Ver también Scarfo v. Sovereign Order of Malta 24 ILR, pág. 1 y Sovereign Order of Malta v. Soc. An. Commerciale 22 ILR, pág. 1.

[158] Ver Rodoreda Tomás J., La Santa Sede y la Ciudad del Vaticano como sujetos del derecho internacional. Centro Argentino de Estudios Internacionales CAEI, Working Paper 22, Programa de Europa. Universidad de Rosario.

[159] Tratado de Letrán, 23 AJIL, Supl. 187-95, 1929. El tratado regula la condición jurídica de la Iglesia Católica en Italia e indemniza a la Santa Sede por la pérdida

reconocimiento por parte de Italia de la soberanía de la Santa Sede 'como atributo inherente a su naturaleza y en conformidad con su tradición y con las exigencias de su misión en el mundo', a la vez que acepta la jurisdicción soberana de la Santa Sede sobre el Vaticano, estado que es creado por el mismo tratado.

Ya la ley de Garantías Italiana de 1871 relativa a 'las prerrogativas del Soberano Pontífice y de la Santa Sede sobre las relaciones de la Iglesia con el Estado', estipulaba el reconocimiento de la inviolabilidad de la persona del Sumo Pontífice, quien no podía ser perseguido ante los tribunales Italianos, afirmando también la inmunidad de su residencia. Es importante remarcar que era sólo una norma doméstica y que, como además negaba al Vaticano toda soberanía territorial, el Papa jamás reconoció esta Ley de Garantías, que fue finalmente derogada por el Tratado de Letrán.

Luego de 1870 el estado Pontificio continuó negociando acuerdos internacionales y concordatos.[160] Su independencia fue reconocida jurisprudencialmente mas de un siglo después, cuando en 1987 la Corte Italiana de Casación anuló ordenes de arresto contra el arzobispo Paul Marcinkus, presidente del Banco del Vaticano y otros dos altos funcionarios, todos ellos acusados de ser partícipes en el delito de quiebra fraudulenta en el contexto del escándalo del Banco Ambrosiano. En este caso, la Corte Italiana afirmó que el tratado de 1929 protegía a los órganos centrales de la Iglesia de cualquier interferencia por parte del gobierno Italiano.

El estado Vaticano constituye así una base física para la personalidad jurídica de la Santa Sede.[161] Hay quienes identifican el Vaticano con la Santa Sede. Por su parte, otros opinan que la Santa Sede y la ciudad Vaticana son dos personas diferentes, la primera cabeza de la cristiandad, la segunda un estado en paridad de

sufrida debido a la anexión de los estados Pontificios, creándose el estado del Vaticano. No obstante entre 1870 y 1929 la Santa Sede gozaba del derecho de legación -enviar y recibir representantes- y el derecho de firmar los tratados internacionales llamados concordatos. Sobre su personalidad jurídica ver Fitzmaurice G., Yearbook, ILC 1956, págs. 107 y 118.

[160] Ver por ejemplo El Acuerdo Fundamental entre la Santa Sede y el estado de Israel del 30/12/1993, 33 ILM, 1994, pág. 153.

[161] Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pág. 271.

condiciones con el resto. Esta circunstancia tuvo hacia fines de 2010 un planteo interesante con la visita del Papa Benedicto XVI a Inglaterra, donde intelectuales Británicos propusieron denunciar al Papa en su calidad de jefe de estado, por ciertos abusos cometidos por cardenales Católicos en distintas partes del mundo, entendiendo que frente al delito internacional del abuso sexual de menores, la inmunidad de jurisdicción no podía ser esgrimida con éxito.[162]

En su Informe Unificado No. 11 y 12 enviado al Comité para la eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas en 1993[163], la Santa Sede recordó al Comité su:

> 'excepcional naturaleza dentro de la comunidad de naciones; como un sujeto soberano de derecho internacional, posee una misión de un orden esencialmente religioso y moral, universal en su perspectiva, el cual se basa en dimensiones territoriales mínimas, garantizando una base de autonomía para el ministerio pastoral del Soberano Pontífice.'[164]

[162] Así ocurrió con anterioridad a la visita pactada del 16 al 19 de Septiembre de 2010, cuando el abogado activista en derechos humanos Mark Stephens pretendió el arresto del Papa. En la misma comunidad científica , Dapo Akande, experto en derecho Internacional de la Universidad de Oxford, estimó que esta tentativa no tenía ninguna posibilidad de éxito, puesto que el Papa goza de inmunidad en tanto que jefe de Estado. La posibilidad de arrestar funcionarios estatales extranjeros ya habia ocurrido en Londres con el resonante caso Pinochet (1998) cuando el ex dictador Chileno fue detenido en cumplimiento de una orden de arresto cursada en España por el juez Baltasar Garzón; y también en Diciembre de 2009, cuando la Ministra de Relaciones Exteriores Israelí, Tzipi Livni, anuló un viaje a Londres tras el lanzamiento de una orden de arresto a pedido de asociaciones pro-Palestinas por crímenes contra la humanidad.

[163] CERD/C/226/ Add. 6 (15 February 1993).

[164] Original inglés: (...) 'exceptional nature within the community of nations;as a sovereign subject of international law, it has a mission of an essentially religious and moral order, universal in scope, which is based on minimal territorial dimensions guaranteeing a basis of autonomy for the pastoral ministry of the Sovereign Pontiff'. Ver también la decisión de la Corte Suprema de Filipinas en Santa Sede v. Starbright Sales Enterprises Inc. 102 ILR, pág. 163.

IV.c. Otras iglesias y sociedades civiles internacionales.

En la misma línea de pensamiento de considerar a la Santa Sede como representante espiritual de una religión global, y sujeto de DI, Radbruch reclama la personalidad internacional para otras iglesias además de la católica, y el internacionalista Rubio García hace lo propio respecto de aquellos partidos políticos y grupos de presión de igual alcance internacional.[165]

Entendemos que constituyen asociaciones civiles sin fines de lucro, difiriendo sólo de las reconocidas por el derecho interno en cuanto a su alcance que deviene regional o universal. Son verdaderas organizaciones internacionales de carácter privado e interés público, las cuales tratamos en la sección respectiva.

IV.d. Gobiernos en el exilio

Los gobiernos en el exilio pueden ejercer considerables poderes dentro del territorio de cualquier estado soberano y hallarse activos en importantes ámbitos políticos. Brownlie opina que el estatus legal de un gobierno en el exilio, parte del reconocimiento que recibe de la comunidad que alega representar, que puede ser un estado ya constituido, una comunidad beligerante o bien un pueblo no autónomo.

Su estatus será prima facie juzgado en función de la posible violación de normas de jus cogens que hayan motivado su creación.

La situación presente en Taiwan fue un claro ejemplo, cuando desde marzo de 1972 en adelante, el Reino Unido mantuvo cierto tipo de relaciones jurídicas aceptando pasaportes y manteniendo un consulado.[166]

La situación política vivida en Guinea Ecuatorial y la denuncia de fraude y violaciones a los derechos humanos, tras las elecciones de 2002, motivaron la formación de un Gobierno de Guinea Ecuatorial

[165] Citados por Halajczuk Bohdan y Moya Dominguez María T., Derecho Internacional Público, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 103.
[166] Ver Crawford James R., The creation of states in International Law, 2a edición, Oxford University Press, 2006, págs. 143-152.

en el Exilio[167], dirigido por Severo Moto, con asiento en España y estructura similar a la de un gobierno formal.

El conflicto de Medio Oriente dio lugar a un gobierno en el exilio, cuando en 1988 la Organización para la Liberación de Palestina -OLP- se autoproclama como gobierno en el exilio de los territorios Palestinos ocupados[168] por Israel en 1967, transformándose años después en la administración territorial provisional de la Autoridad Nacional Palestina como resultado de los Acuerdos de Oslo firmados por la OLP, Israel, Estados Unidos y Rusia.

[167] Presentado en Madrid el 29/08/2003 como el acuerdo entre tres formaciones de la oposición política del presidente Teodoro Obiang: el Partido del Progreso de Guinea Ecuatorial (PPGE); el Partido Liberal de Guinea Ecuatorial (PLGE); y la Acción Popular de Guinea Ecuatorial (APGE) (estos dos últimos también integrados en la coalición Demócratas por el Cambio para Guinea Ecuatorial (DECAM). Ver sitio web del gobierno de Guinea Ecuatorial en el exilio http://www.guinea-ecuatorial.org/index.php

[168] CS ONU Resolución 242, 22/11/1967.

V

Tipos especiales de personalidad

V.a. Pueblos no autónomos (minorías étnicas y comunidades originarias)

El concepto de pueblo en DI posee al menos dos interpretaciones. En primer lugar puede ser identificado con un estado jurídicamente organizado. Verdross[169] por ejemplo, opina que los verdaderos sujetos del DI son los pueblos, y menciona ejemplos vitales como el mismo preámbulo de la Carta ONU:

> 'Nosotros, los pueblos de las NNUU... hemos decidido unir nuestros esfuerzos...'.

No obstante, el mismo autor explica que no debe confundirse este concepto de pueblo con otro particularmente distinto que denota la pertenencia a una determinada etnia, de entre todas las que componen la humanidad. Esta segunda acepción de 'pueblo' que lo identifica con etnia, fue diluyéndose en occidente en tanto en otras regiones del planeta sigue tan vivo como hace siglos. Por ejemplo, la unificación de los estados Italianos, Alemanes, la desintegración del imperio Otomano y del imperio Austro-húngaro, junto con el nacimiento de instituciones regionales, consolidó en Europa un tipo de estados étnicamente homogéneos, más allá de los problemas de inmigración colonial surgidos al presente.

El tipo Europeo que asimila nación y estado fue adoptado -o impuesto- en América y en parte de Asia. Los estados

[169] Verdross Alfred y Zemanek Karl, Derecho Internacional Público, traducción de Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1967.

Latinoamericanos responden a una identidad cultural, y si algo es criticable, es su atomización jurídico-política, y no el carácter pluricultural de los estados, excepción hecha del necesario -aunque tardío- reconocimiento de las comunidades originarias. La misma asimilación entre nación y estado ocurrió en varios estados Asiáticos como el Chino, Japonés, Thai (Siamés), Camboyano, Vietnamés, Laosiano, Afgano y otros.[170]

El requisito decimonónico que demandaba un cierto grado de 'civilización' como presupuesto esencial para la independencia de un pueblo, ignoraba la tendencia moderna que considera a la soberanía de los pueblos no autónomos como un elemento vital, sin otorgar relevancia a su condición administrativa actual. La Carta ONU refiere entre sus propósitos:

> 'desarrollar relaciones de amistad entre naciones basadas en el respeto de los principios de igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos.'[171]

Precisamente, el reconocimiento del derecho de cada pueblo a determinarse libremente, lleva a examinar los criterios de existencia de un pueblo como titular del citado derecho, a los fines de su ejercicio efectivo, circunstancia que presenta no pocas complicaciones.

La autodeterminación de los pueblos se convierte entonces en un nuevo criterio de reconocimiento estatal. La Resolución 1514 (XV)[172] afirma:

> 'Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.'

[170] Mencionado por Halajczuk Bohdan y Moya Domínguez María T., Derecho Internacional Público, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 105.
[171] Carta ONU, Artículo 1.2.
[172] AG ONU Res. 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14/12/1960. Artículo 2.

La misma CIJ se ha referido específicamente a la Declaración como 'un importante paso' en el desarrollo del DI en relación con los territorios no autónomos y como 'base del proceso de descolonización'.[173] Algunos autores llegan a interpretar a la Declaración citada como una interpretación autorizada de la misma Carta ONU.[174]

La vigencia sociológica del principio fue discutida por la CIJ en las opiniones consultivas sobre Namibia y sobre el Sahara Occidental.[175] En la primera, la CIJ afirmó:

> 'el subsiguiente desarrollo del derecho internacional en relación con los territorios no autónomos tal como está considerado en la Carta de las Naciones Unidas, vuelve aplicable en todos ellos al principio de libre determinación.'[176]

Este punto fue reafirmado en la opinión sobre el Sahara Occidental.[177] Posteriormente, en Portugal v. Australia (Timor del Este)[178], la CIJ dijo:

> 'La afirmación de Portugal relativa a que el derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como ha evolucionado desde la Carta ONU y a partir de la práctica de las Naciones Unidas, posee un carácter erga-omnes, es irreprochable'.

[173] CIJ-ICJ, Caso de Sahara Occidental, Reports 1975, págs. 12, 31 y 32.
[174] Por ejemplo, Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 600, y Asamoah Obed Y., The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations, The Hague, Martinus Nijhoff, 1966, págs. 177-85. Ver también Shaw Malcolm N., 'The subjects of International Law', International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003, capítulo 2.
[175] Namibia, CIJ-ICJ Reports, 1971, pág. 16; Sahara Occidental CIJ-ICJ Reports, 1975, pág. 12. Ver Shaw M. N., 'The Western Sahara Case', 49 BYIL, pág. 119.
[176] CIJ-ICJ Reports, 1971, págs. 16 y 31.
[177] CIJ-ICJ Reports, 1975, págs. 12 y 31.
[178] CIJ-ICJ, Reports, 1995, págs. 90 y 102.

La CIJ enfatizó que el derecho de los pueblos a la libre determinación era 'uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo'.[179]

Otros órganos de Naciones Unidas han elaborado normas específicas relativas a la aplicación del principio en casos concretos, y con esto, ayudado a que la libre determinación se convierta en un derecho del sistema del DI, a través de un proceso de interpretación de la Carta ONU. En este sentido numerosas resoluciones han sido adoptadas tanto en la Asamblea General como en el Consejo de Seguridad.[180]

Desde el derecho doméstico, la Corte Suprema Canadiense tuvo oportunidad de expedirse sobre el principio bajo examen en 1998, cuando debió decidir si existía en el DI un derecho de autodeterminación que le concediera a Québec la facultad unilateral de decidir la secesión.[181] La Corte declaró que este principio excedía el marco del DI convencional, siendo considerado entonces un principio de DI.

El principio de libre determinación pasa entonces a ser considerado como un criterio adicional para reconocer la existencia de un estado. En el caso de Rhodesia, las resoluciones de la ONU negaron validez legal a la declaración unilateral de independencia del 11/11/1965, y llamaron a los estados miembros a no reconocerla.[182] Ningún estado entonces reconoció a Rhodesia, dándose inicio a una guerra civil que en última instancia desembocó en la transformación del país en el estado de Zimbabwe, el cual fue posteriormente reconocido. Es interesante resaltar que si bien Rhodesia satisfacía los

[179] Ídem anterior.

[180] Ver por ejemplo, las Resoluciones de la AG ONU 1755 (XVII); 2138 (XXI); 2151 (XXI); 2379 (XXIII); 2383 (XXIII) y las Resoluciones del CS ONU 183 (1963); 301 (1971); 377 (1975) y 384 (1975).

[181] International Law Review 115 ILR (1998), pág. 536. Esta fue la segunda de tres preguntas que contestó la Corte Canadiense. La primera se refería a la existencia en el derecho Constitucional Canadiense de un derecho a la secesión, y la tercera pregunta era relativa a si en el caso de un conflicto entre el derecho constitucional y el DI, cuál de ellos debiera tener prioridad.

[182] E.g. General Assembly resolutions 2024 (XX) and 2151 (XXI) and Security Council resolutions 216 (1965) and 217 (1966). See R. Higgins, The World Today, 1967, p. 94, and Crawford, Creation of Statehood, pp. 103-6.

requisitos tradicionales afirmados por el DI, con lo cual podría haber obtenido el reconocimiento como estado, ello no ocurrió. Existían argumentos en contra, entre ellos, la evidencia de una absoluta falta de reconocimiento por parte de los estados del mundo; las fuertes denuncias sobre lo inverosímil de su alegada independencia; y el desarrollo creciente de una guerra civil. Sugiere Shaw[183] que a contrario, podría esgrimirse que sin reconocimiento, ningún ente deviene en estado, con lo cual se llega a la teoría constitutiva del reconocimiento de estados, que según el mismo autor, no es aceptable.

La cuestión a resolver se presenta –y se ha vuelto evidente desde el final de la guerra fría-, en los estados pluri-culturales, particularmente en aquellos situados en Asia y en África. La unión de múltiples etnias bajo el imperativo democrático, arrojó como consecuencia, una estandarización de mayorías y minorías étnicas permanentes en cada uno de estos estados. Esto produjo una subordinación de las etnias minoritarias al poder decisorio de la mayoría étnica permanente, circunstancia que influyó decisivamente en el ansia revolucionaria del pueblo sometido. El ejercicio del principio de libre determinación de los pueblos se constituye así en la piedra de toque jurídico, que nos lleva a considerar el uso de la fuerza legalmente autorizado por el DI; las consecuentes guerras de liberación nacional; y la existencia de los movimientos de liberación o 'freedom fighters'.

En tanto las etnias que se rebelan frente a una dominación político- legal extranjera no cumplan con los requisitos internacionales solicitados -sobre todo por el DIH- para ser consideradas verdaderos movimientos de liberación nacional, tendrán el dudoso estatus de pueblos no autónomos, se encontrarán sometidos a una administración extraña, y en caso que decidan el uso de la fuerza armada contra ésta, serán objeto de una consideración dual: (i) para algunos, constituirán un pueblo en armas que lucha por su libertad de autodeterminarse; (ii) para otros, constituirán simples insurgentes o directamente, delincuentes comunes sometidos al derecho doméstico. Veamos:

[183] Shaw, organizaciones políticas. cit, pág. 190.

> '… Lo que los anteriores amos coloniales crearon como Nigeria, consiste en un aglomeramiento de pueblos diversos desde cualquier punto de vista, salvo el color de la piel, y la organizaron como una unidad, de acuerdo a sus intereses comerciales y a su conveniencia administrativa'.[184]

El sencillo ejemplo de Biafra recién mencionado se repite en numerosos casos. Akehurst[185] afirma que el surgimiento del etno-nacionalismo constituye una cuestión central de las relaciones internacionales. Baste mencionar las situaciones extremas de violación del núcleo duro de derechos humanos que dieron lugar a la actuación del DIPenal a fin de perseguir a los individuos responsables. La República Democrática de Congo, la República Centroafricana, Uganda, y la región de Darfur en Sudán -además de Kenya, Libia y Costa de Marfil- son países donde han ocurrido situaciones actualmente investigadas por la Corte Penal Internacional.[186]

La cuestión de las minorías ha precedido de hecho el tratamiento de los derechos humanos en el marco de la ONU. El problema de las minorías nacionales fue selectivamente afrontado luego de la I guerra mundial. El desmoronamiento de los imperios Otomano y Austro-Hungaro generó la necesidad de ocuparse de la dirección política de las poblaciones que componían tales imperios. No obstante, no se abordaron las múltiples situaciones coloniales de Asia y todo África. En Europa, ciertos grupos nacionales lingüísticos

[184] Frase extraída del texto de proclamación de la República de Biafra, en donde se destaca la falta absoluta de unidad del país, dividido entre la selvática franja costera con población cristiana y su interior estepario, vinculado durante siglos con el Norte Africano e Islámico. Mencionado en Halajczuk Bohdan y Moya Domínguez María T., Derecho Internacional Público, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 105. La República de Biafra en su intento separatista existió tres años entre 1967 y 1970.

[185] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 105. Ver Thornberry Patrick, International Law and the rights of minorities, 1999; Dinstein Yoram, Tabory M. (eds.) The Protection of minorities and human rights, 1991.

[186] Véase Sito web de la Corte Penal Internacional, situaciones en tratamiento ante la CPI, en internet:
http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/ , actualización a Enero de 2012.

y étnicos se encontraron de un momento a otro, enclavados en otros estados nacionales, surgiendo la cuestión de las minorías nacionales. Como recuerda Stavenhagen, la cuestión de las minorías fue incluida en diversos tratados firmados entre 1919 y 1923 entre las potencias aliadas y los nuevos estados y estados vencidos como Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, Rumania, Grecia, Austria, Bulgaria, Hungría y Turquía[187]

Tras la II guerra mundial, se reconocieron ciertos derechos a los miembros de minorías étnicas, lingüísticas o culturales, a fin que el estado en cuyo territorio se encontraran, respetara su derecho a la identidad, pero la posibilidad del ejercicio efectivo de este derecho sólo se produjo en unos pocos estados que reconocieron la existencia de minorías nacionales.

En el nivel normativo global, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos en su Artículo 27 reza:

> 'En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma'.

Luego encontramos la 'Declaración de Naciones Unidas sobre las personas que pertenecen a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas'.[188]

En el nivel regional, Europa ha creado la figura del Alto Comisionado para las Minorías Nacionales[189], y aprobado su 'Carta Europea para las Lenguas Regionales o Minoritarias', que fue adoptada por el Consejo de Europa en 1992, así como la 'Convención

[187] Stavenhagen R., Protección de minorías, Biblioteca Jurídica, Universidad Nacional de México, pág. 144. En internet http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1740/12.pdf .

[188] Ver Philips Alan, Rosas Allan (eds.) The UN Minority Roghts Declaration, Abo Akademi University Institute for Human Rights and Minority Rights Group, 1993.

[189] Ver Klein E. (ed.), The institution of a Commissioner for Human Rights and Minorities and the Prevention of Human Rights Violations, 1994.

Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales'.[190]

A pesar de la normativa en progreso mencionada, la calificación de minoría nacional permanece controvertida. La principal razón, según Akehurst[191], es que las definiciones abstractas son incapaces de cubrir una amplitud tal de situaciones relevantes que envuelven entre 3 y 5 mil diferentes grupos que eventualmente podrían calificar como minorías nacionales que habitan el territorio de estados soberanos. Es de citar la definición a la que llega Capotorti, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión. Para él una minoría nacional es:

> 'Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un estado, en una posición no-dominante, cuyos miembros -siendo nacionales del estado- poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de aquellas del resto de la población y demuestran, aún solo implícitamente, un sentido de solidaridad dirigido hacia la preservación de sus culturas, tradiciones, religiones o lenguaje.'[192]

Akehurst[193] con quien concordamos en este punto, opina que mas allá de los derechos que puedan serle reconocidos, la cuestión de la personalidad jurídica de las minorías nacionales presenta dos complicaciones. Primera, se relaciona íntimamente con las consecuencias legales del principio de libre determinación de los pueblos e implica desde el interés estatal, el peligro de secesión de cualquier minoría nacional que habite su territorio. Segundo, existe el problema de la intervención del 'estado madre' de la minoría nacional que acude a protegerla, violando la soberanía del estado que los

[190] Firmada en Estrasburgo, el 01/02/1995.
[191] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 105.
[192] Capotorti Francesco, Study on the Rights of Persons belonging to ethnic, religious and linguistic Minorities, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev. I, 1979.
[193] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 106.

alberga. El desarrollo de los derechos de las minorías nacionales desde la II guerra mundial, ha sido:

> 'concebido como una categoría de derechos humanos que van a ser ejercidos por el individuo perteneciente a una minoría, antes que como derechos del grupo atribuidos a un ente colectivo como tal.'[194]

Además de los derechos de las minorías nacionales, las poblaciones originarias desplazadas por los colonizadores son actual motivo de reivindicación. A título de ejemplo puede citarse a los Aborígenes Australianos; las diferentes tribus nativas que habitan Estados Unidos; los Inuit o Esquimales, los Maorí de Nueva Zelanda, y en nuestro país[195], entre varios otros, los Diaguitas, Comechingones, Huarpes, Pehuenches, Querandíes y Araucanos, Tehuenches, Onas, Pampas y Tobas. Se estima que un total de entre 100 y 200 millones de personas habitantes de más de 40 estados podrían ser agrupados dentro de esta categoría.

La doctrina de los Derechos de los Pueblos[196] fue tomando forma a partir de la Declaración de Argel[197] (1978). En el marco de estas ideas, destacarían el derecho a la alimentación, a un ambiente sano y al desarrollo sustentable, y el derecho a la paz, todos los cuales se entienden como parte de una tercera generación de derechos emergentes, cuyo titular es la comunidad toda.[198]

[194] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 106, y allí se cita a Rodley Nigel S., Conceptual problems in the protection of minorities: international legal developments, HRQ 17, 1995, págs. 48-71.

[195] Para un detalle de la totalidad de pueblos orginarios y su distribución por región, puede consultar el sitio oficial
http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/paginas.dhtml?pagina=181 .

[196] Entre quienes abogan por este derecho de los pueblos encontramos a Falk Richard A., Human rights and State sovereignty, Holmes and Meier, New York, 1981; Crawford James, (ed.) The rights of peoples, Oxford, Clarendon Press, 1988.

[197] Ver Cassese Antonio y Jouvé (eds.), Pour un droit des peuples, 1978, pág. 27.

[198] Así fueron recibiendo reconocimiento legal a través de la Declaración sobre el derecho al desarrollo adoptada por la Asamblea General ONU en 4/12/1986 Resolución 41/128 con 146 votos a favor y 1 en contra (EEUU) y 8 abstenciones. El derecho a un adecuado estándar de vida (el derecho a una adecuada alimentación)

En tanto ciertos autores opinan a favor de brindar el estatus de actores internacionales a colectivos tales como las tribus de América del Norte[199], los estados han negado sistemáticamente esta posibilidad. El derecho internacional de los derechos humanos ha influido recientemente a fin de producir una revisión absoluta del estatus doméstico e internacional de los pueblos nativos, desconocidos y negados desde el inicio de la conquista.

Los pueblos y comunidades originarios cuentan hoy con una protección legal internacional generada por los estados. Si bien la legislación existente ha visto la luz debido a la presión de la sociedad civil, obliga a los estados al respeto de ciertos derechos básicos de los miembros de estos pueblos. Argentina en su Constitución[200], reconoce la preexistencia étnica y cultural de sus pueblos indígenas y les garantiza el respeto de su identidad y derechos básicos.

En 1982, las Naciones Unidas crean un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Nativos (originarios), y en el año 1993, la Asamblea General ONU adopta un Programa de actividades para lo que dió en llamar la 'Década de los pueblos originarios del mundo', que se extendió entre 1995 y 2004. La tendencia actual se dirige a integrar a estos pueblos y a sus representantes en la estructura de las Naciones Unidas. En 1994 se aprueba el Proyecto de 'Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Originarios'[201], que es adoptado por la Comisión de Naciones Unidas sobre Derechos humanos en 2007, y asimismo se establece un Grupo de Trabajo sobre la cuestión.[202] La Declaración reconoce derechos grupales a los

recibe reconocimiento sustancial además del Pacto de derecho económicos, sociales y culturales (Artículo 11), en la Resolución de la Asamblea General ONU 3348 (XXIX) del 17/12/1974. El desarrollo sustentable constituye hoy un principio básico de las relaciones entre la economía internacional y la protección del medio ambiente. Regionalmente África titula su propia carta constitutiva como Carta Africana de los derechos del hombre y de los Pueblos adoptada en 1981

[199] Conf. von Glahn, G., Law Among Nations, 7th edition, USA, 1992, pág. 64.

[200] Constitución Nacional Argentina, Artículo 75, inc. 17. Es ésta una facultad concurrente del Congreso Nacional y las Provincias.

[201] Concluida el 26/08/1994, es finalmente adoptada el 13/09/2007 por mayoría de 143 estados a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

[202] Dependiente de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los

pueblos originarios, los cuales son considerados 'iguales en dignidad y derechos a todos los otros pueblos' (preámbulo). Se les reconoce también el derecho de autodeterminación.[203]

El Principio 22 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo afirma:

> 'Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.'[204]

Argentina ha complementado la Declaración con normativa interna propia y la adhesión a normativa regional e internacional.[205]

Los obstáculos para llegar a una definición inclusiva son similares a los que se presentan en el caso de las minorías nacionales. Akehurst refiere la definición formulada por Martínez Cobo, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el tema:

> 'las comunidades originarias, pueblos y naciones son aquellos que, poseyendo una continuidad histórica desde antes de la invasión y las sociedades coloniales que se han desarrollado en sus territorios, se consideran a si

derechos humanos, puede consultarse su tarea en el sitio oficial http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/groups/groups-01.htm ,

[203] Artículo 3 de la Declaración: 'Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural'.

[204] Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992, Principio 22.

[205] CN, Artículo 75 (Atribuciones del Congreso de la Nación), inciso 17, Identidad y Derechos de los pueblos indígenas; Artículo 75, inciso 22 Incorporación de tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Jerarquía constitucional; Ley 23.302; 24.071; 24.725. Ver Argentina, Instituto Nacional de Asuntos Indígenas para protección y apoyo a las comunidades aborígenes y apoyo a las comunidades aborígenes. Sitio web http://www.biotech.bioetica.org/d110.htm

> mismos como distintos de otros sectores de la sociedad que hoy prevalece en tales territorios, o partes del mismo. Ellos conforman al presente sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales, su identidad étnica, como las bases de su continua existencia como pueblos, conforme con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.'[206]

En el párrafo anterior se evidencia la dificultad en distinguir a la minoría étnica de la comunidad originaria, a lo cual se suma la imprecisión del concepto jurídico de 'pueblo'. Una propuesta de distinción puede consistir en el sentimiento de las comunidades originarias de hallarse unidas al territorio de sus ancestros, mas allá de que lo habiten actualmente o hayan sido expulsadas. Esta dependencia y unión con el territorio podría constituirse en un patrón distintivo que une al pueblo con el territorio que reclama, aún cuando ciertas minorías étnicas también se encuentran ligadas al territorio que reivindican históricamente. Tal el caso de los Kurdos, Armenios, Escoceses o Galeses.

A pesar de los desarrollos expuestos, debemos concluir que en el presente estado del DI, los pueblos originarios no constituyen sujetos del sistema internacional[207], sino que pueden clasificarse dentro de la categoría de grupos protegidos por éste, por su especial situación de vulnerabilidad y desamparo.

V.b. Movimientos de liberación nacional

La identificación entre estado y nación es correcta sólo respecto de los estados étnicamente homogéneos o por asimilación, que contempla aquellas situaciones donde la heterogeneidad ha logrado una convivencia pacífica. La pluri-etnicidad presente en un

[206] Martínez Cobo José, Study of the problem of discrimination against indigenous populations, 1983, UN Doc. E/CN.4/Sub.27/1983/21/Add.8, paras 379-80.
[207] En igual sentido Akehurst Ver Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 108.

territorio estatal sumada al ejercicio exclusivo del poder por una de las etnias, arroja como resultado un conflicto latente o real.

Akehurst afirma la inexistencia de regla alguna de DI que prohíba la secesión dentro de un estado existente. De igual forma, tampoco le está prohibido al estado acallar el movimiento secesionista, si posee los medios para ello.[208] Haverland[209] va mas allá al expresar que cualquiera sea el resultado final del conflicto armado, 'será aceptado como legal a los ojos del DI.' La excepción estaría constituida por la violación del principio de libre determinación de los pueblos, situación que en todo caso constituye 'una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas, y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.'[210]

El año 1974 reviste una importancia fundamental para la existencia de los llamados movimientos de liberación nacional -como también para las comunidades beligerantes o insurgentes-. Al comenzar en Suiza la Conferencia sobre Reglas de la Guerra, le fue permitida la asistencia en calidad de miembro, a una delegación de fuerzas rebeldes que controlaban parte del territorio de la entonces Guinea portuguesa –actual Guinea Bissau-.[211] Otros representantes de movimientos que luchaban contra fuerzas de ocupación, como los del Gobierno Provisional del Viet Cong de Vietnam del sur, debieron conformarse con el status de observadores, lo cual también implicaba cierto nivel de reconocimiento.

El mismo año 1974 fue también testigo del encumbramiento de la Organización de Liberación Palestina -OLP- al rango de representante del pueblo Palestino, por parte de la Asamblea General

[208] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 78.

[209] Haverland Christine, Secession, EPIL 10, 1987, pág. 384

[210] AG ONU Res. 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Artículo1, 14/12/1960.

[211] Ver Shaw M. N., 'The International Status of National Liberation Movements: 5 Liverpool Law Review, 1983, pág. 19, y Ranjeva R., 'Peoples and National Liberation Movements' in International Law: Achievements and Prospects (ed. M. Bedjaoui), Paris, 1991, 17. 101. También Cassese, International Law, pág. 75, y Wilson H., International Law and the Use of Force by National Liberation Movements, Oxford, 1988.

de Naciones Unidas.[212] En 1988 en Argel el Consejo Nacional Palestino proclamó el establecimiento del Estado independiente de Palestina, proclama de carácter simbólico en tanto la totalidad de su territorio se hallaba ocupada por Israel.

La Asamblea General de Naciones Unidas avaló el status de 'observador' respecto de aquellos movimientos Africanos de liberación nacional que habían sido previamente reconocidos por la Organización de la Unidad Africana (OUA, hoy Unión Africana), mediante la Resolución 2918 (XVII). Por medio de la Resolución 3247 (XXIX), la Asamblea aceptó que los movimientos de liberación nacional reconocidos por la OUA o la Liga Árabe pudieran participar en sus sesiones, en conferencias auspiciadas por la Asamblea y en reuniones de las Agencias Especializadas y otros órganos de Naciones Unidas.[213]

El requisito del previo reconocimiento regional ha funcionado como una forma de evitar la entrada temprana de movimientos secesionistas a la Asamblea General de Naciones Unidas. En igual sentido se ha expresado el Consejo Económico y Social.[214] El Consejo de Seguridad igualmente aceptó a la OLP en sus sesiones al tratarse la cuestión Palestina, de igual forma que hubiera aceptado un estado miembro no integrante del CS, aun cuando esta decisión motivó serios planteos constitucionales.[215]

No obstante lo mencionado, la aceptación en calidad de observadores no confiere *per se personalidad jurídica internacional* a los auto-proclamados movimientos de liberación nacional.

[212] Este estatus de representante fue obtenido por 105 votos a favor y 4 en contra, y si bien en el primer momento solo le fue otorgado para participar de los debates relativos a la cuestión de Palestina, su participación luego se fue ampliando a otras agencias de la ONU, organizaciones multilaterales -como el Grupo de los 77 y Liga Árabe- y conferencias internacionales.

[213] Mientras que al líder del Partido Africano para la independencia de Guinea y Cabo Verde (PAIGC) no le fue permitido hablar ante la AG ONU en 1973, el líder de la OLP pudo dirigirse a ese cuerpo en 1974. Ver Doc. AlC.4lSR.1978 pág. 23 y la Resolución 3237 (XXIX).

[214] ECOSOC Resolución 1949 (LVII), 8. May, 1975, rule 73.

[215] Yearbook of the UN, 1972, pág. 70; 1978, pág. 297; UN Chronicle, April 1982, 17-pág. 16.

Barboza[216] opina que los movimientos de liberación nacional son considerados sujetos del derecho de gentes, ya que el conflicto que se suscita con su accionar es de carácter internacional, y no interno -como opina, ocurre en el caso de los movimientos insurgentes-. Para esto, el pretendido movimiento deberá contar con el reconocimiento de la organización regional con actividad en el lugar donde se encuentra el territorio colonial cuya autodeterminación reclama.

La **insurgencia** es una situación anterior a la beligerancia, que denota la condición civil de grupos que se levantan contra el gobierno constituido, en un país donde los insurgentes no han logrado aún la condición de beligerantes. La insurgencia dentro de una guerra civil ha sido, según Akehurst, 'largamente reconocida' por el DI, el cual brinda ciertos derechos y obligaciones a quienes controlan algún territorio y pueden eventualmente convertirse en 'el nuevo gobierno efectivo del estado'.[217] Menciona Sorensen que en relación con terceros estados, 'la insurgencia puede implicar derechos o privilegios que ellos [los terceros estados] han acordado conceder a la parte rebelde'.[218] Por lo tanto como expresa Verdross[219], en el caso de la insurgencia, el reconocimiento es puramente constitutivo en la medida -y conforme el arbitrio- del Estado que reconoce al grupo.

El Artículo 10 del 'Proyecto de Responsabilidad de los estados'[220] prevé que las conductas de un movimiento insurgente que

[216] Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 162.
[217] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 104.
[218] Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pág. 295.
[219] Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, pág. 193.
[220] Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in the Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected. Anteriormente eran los Artículos 14 y 15 los que referían la situación. En el nuevo texto se eliminó la referencia expresa a que los actos ilícitos de un movimiento

se convierta en el nuevo gobierno del estado, serán consideradas como actos de dicho estado, como así también aquellas conductas de movimientos insurgentes u otros que logren constituir un nuevo estado, serán imputadas al nuevo estado creado.

La intervención de terceros estados en apoyo de los grupos insurgentes se encuentra prohibida por el DI.[221] Como puede entenderse, hay una delgada línea que separa la prohibición de apoyo directo -ayuda militar o logística-, de un apoyo político, que puede expresarse a través del reconocimiento del movimiento separatista, el cual sí está permitido.

Por ejemplo, cuando en 1968, el devenir del conflicto armado en Biafra se volvía en contra de los intereses separatistas, varios estados reconocieron como estado independiente al movimiento insurgente, como una forma de mostrar simpatía hacia la lucha secesionista. Mas recientemente en el conflicto que asoló a la ex-Yugoslavia, Alemania y Austria brindaron un muy temprano reconocimiento a las nuevas repúblicas de Eslovenia y Croacia como forma de contener la guerra civil, que según ciertas opiniones, sólo ayudó a estimularla.[222] La República de Kosovo se declara independiente en 2008 y es reconocida inmediatamente por Estados Unidos y otros países Europeos. El 8/10/2008 la AG ONU solicita a la CIJ -a propuesta Serbia- una opinión consultiva preguntando si la independencia de Kosovo era compatible con el DI. La CIJ opina el 22/07/2010 que la declaración de independencia no viola el DI ni la Resolución 1244 de Naciones Unidas.[223]

insurgente realizados en el territorio de un estado no serían considerados como actos del estado bajo el DI. UN International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility with commentaries thereto adopted by the International Law Commission on first reading, January 1997, Doc. 97-02583.

[221] Por ejemplo, la Res. AG ONU 2131 (XX) de 21/12/1965, UNYb 1965, declara que 'ningún estado organizará asistirá, fomentará, financiará, incitará o tolerará actividades subversivas, terroristas o armadas dirigidas hacia la expulsión violenta del régimen de otro estado, o a interferir en la guerra civil en otro estado.'

[222] Weller M., The international response to the dissolution of the socialist republic of Yugoslavia, AJIL 86, 1992, págs. 569-607.

[223] Kosovo declara por segunda vez su independencia el 17/02/2008 -la primera aconteció el 7/09/1990- afirmando la escisión de su territorio con mayoría de población Albanesa del resto de Serbia, y creando un nuevo estado. Un total de 129 estados -a Febrero de 2011- reconocieron a la recién creada República de Kosovo, en

Menciona Lauterpacht que la insurgencia,

> 'hasta donde interesa a los estados extranjeros, resulta, por un lado, de la decisión de estos estados de no reconocer a la parte insurgente como beligerante, sobre la base de que faltan uno o mas requisitos de la beligerancia. Por otro lado, el reconocimiento de la insurgencia es el resultado, tanto de la renuencia de los estados extranjeros para tratar a los rebeldes como simple violadores del derecho, como del deseo de los estados de asentar sus relaciones con los insurgentes sobre una base regular, aunque evidentemente provisional'.[224]

De esta forma, los terceros estados ajenos al conflicto se convierten en árbitros de la existencia de los requisitos necesarios -conforme el mismo DI que ellos crean-, para la transformación del grupo insurgente en beligerante, y con esto, el brindarles el amparo del mismo DI. Para Barboza[225], el grupo insurgente carece de personalidad internacional, aunque cuando si se afectaran ciertos valores de la comunidad internacional, los insurgentes adquirirían tal personalidad, en virtud de las obligaciones que le impone el DIH.

V.c. Comunidad beligerante

El desarrollo del último proceso de descolonización iniciado a mediados del siglo XX hizo surgir la problemática del estatus legal de los movimientos de liberación nacional que se atribuyeran la representación de 'pueblos bajo dominio colonial, extranjero o racial'.[226] En este punto, la situación de los grupos que hacen uso de

tanto Serbia, Rusia y los países Latinoamericanos se opusieron a la misma.

[224] Lauterpacht H., Recognition in International Law, Cambridge University Press, 1947, pág. 275 y ss.

[225] Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 161.

[226] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 104.

la fuerza armada contra el gobierno oficial del estado difiere de la de los movimientos insurgentes, aunque en la práctica existen superposiciones.

El estado de beligerancia es una institución del DI, con lo cual los auto-proclamados movimientos beligerantes pretenden les sean aplicadas las reglas que gobiernan este instituto.

El reconocimiento del estado de beligerancia es atributo propio del DI[227], para cuya procedencia deben reunirse los siguientes requisitos[228]:

i. la existencia de un conflicto armado de carácter general dentro del territorio;
ii. la ocupación de una parte sustancial del territorio estatal por las fuerzas insurgentes;
iii. la observancia de las reglas del DIH por parte de grupos organizados, que actúan bajo un mando unificado, poseen una estructura de mando, y llevan sus armas de manera manifiesta frente al enemigo.

El grupo en armas que cuente con las cualidades referidas, puede obtener el reconocimiento inicial del propio estado contra el que lucha, o bien, de terceros estados. Dicho reconocimiento confiere ciertos derechos tales como el 'derecho de bloqueo, visita, búsqueda, y secuestro de artículos de contrabando en alta mar, y el abandono de reclamos por daños sufridos por los propios ciudadanos durante el conflicto armado'[229], conforme lo manifestó la Corte Suprema de Estados Unidos durante la guerra de secesión.

Menciona Verdross que la beligerancia nace y se desarrolla como un instituto del derecho de guerra, presumiendo por lo tanto, la licitud de ésta. Sin embargo, cuando la Carta ONU proscribe el recurso a la fuerza, la institución no pierde utilidad sino que cambia

[227] Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pág. 293.
[228] Entre otros documentos mencionan estos requisitos el Institut de Droit International, Reglamento sobre la guerra civil, Artículos 7 y 8.
[229] Corte Suprema de Estados Unidos, caso The three friends, 166 US1, 63, 17,S Ct. 495, 502, 41 L. Ed. 897, 1897.

de uso, en tanto pasa a constituirse en característica de los movimientos que luchan contra la dominación u ocupación extranjera o colonial, y en este lugar se ubica como una excepción a la prohibición general del uso de la fuerza.

Akehurst[230] opina que la cuestión central para decidir la licitud del uso de la fuerza por parte de estos movimientos, reside mas en el reconocimiento internacional de los objetivos de liberación frente a la dominación colonial, ocupación extranjera u opresión racial, antes que en el control efectivo de parte del territorio.

En la práctica tanto los movimientos beligerantes como los insurgentes pueden celebrar actos jurídicos y concluir acuerdos en tal calidad, válidos en el plano internacional, con otros estados o movimientos de similar carácter.[231] Al respecto Fitzmaurice atribuye capacidad de realizar acuerdos:

> 'a entes para-estatales reconocidos como poseyendo una forma definida y limitada de personalidad internacional, por ejemplo, comunidades insurgentes reconocidas bajo el estatus de beligerantes – autoridades de facto en control de un territorio específico.'[232]

Cassese[233] opina que estas comunidades -las beligerantes y las insurgentes- poseen obligaciones internacionales determinadas por la regla consuetudinaria del jus cogens. Esta regla se aplica tanto a los actos que ejecutan como a los acuerdos internacionales de los que son parte; e incluso, en relación con aquellos estándares legales que no se encuentren en tratados, pero que emanan por ejemplo, de actos

[230] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 104.
[231] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 64. Ver Chen Ti-Chiang, The International Law of recognition, 1951, pág. 303.
[232] Fitzmaurice G., Yearbook, ILC, 1958, págs. 24 y 32. Véase al respecto la opinión disidente del Juez Moreno Quintana en el caso Expenses, CIJ Reports, 1962, pág. 246.
[233] Cassese Antonio, International Law, 2nd Edition, Oxford University Press, UK, 2005, pág. 205.

normativos unilaterales o resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad.

Algunos de estos movimientos han obtenido el estatus de observadores en las Naciones Unidas. Tal el caso de la Organización para la Liberación de Palestina, circunstancia que produjo en el año 1988 un conflicto con el país anfitrión, ya que Estados Unidos pretendía cerrar la sede de la OLP en Washington, invocando su ley Anti-terrorista. Una Corte de Estados Unidos declaró en tal oportunidad que los actos de su gobierno constituían una violación del Acuerdo de Sede entre Estados Unidos y la ONU.[234]

Los últimos años del siglo XX han visto acuñarse el término 'ocupación beligerante' (ocupación militar)[235], la cual ocurre cuando un estado beligerante invade el territorio de otro estado con la intención de mantener la ocupación, al menos temporalmente. La ocupación beligerante coloca la autoridad *de facto* en las manos del estado ocupante.[236] El término mueve a pensar la interacción entre el DIDH y el DIH. En principio y desde una perspectiva humanitaria, la situación de ocupación debiera ser gobernada por las reglas del derecho internacional humanitario. Este derecho humanitario es la *lex specialis* que se aplica en caso de conflicto armado. Cualquier laguna en dicha ley podrá complementarse mediante el DIDH.

El Profesor Cassese examinó el carácter de un conflicto armado en una región sometida a ocupación beligerante, desarrollado entre un Estado ocupante y los grupos rebeldes provenientes de la misma región, y se pronuncia por la internacionalidad del conflicto. Afirma Cassese:

> 'Un conflicto armado entre una Potencia Ocupante y grupos de rebeldes o insurgentes —sea o no de carácter

[234] Documents on the controversy surrounding the closing of the Palestine Liberation Organization Observer Mission to the UN, 1988, US District Court for the Southern District of New York, Decision in United States v. PLO, págs. 1055-1091.

[235] Ver Dinstein Yoram, The international law of belligerent occupation. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2009.

[236] Wolfrum Rüdiger, Iraq – from Belligerent Occupation to Iraqi Exercise of Sovereignty: Foreign Power versus International Community Interference, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 9, 2005, págs. 1-45.

> terrorista— en un territorio ocupado, equivale a un conflicto armado internacional'.[237]

Es conocida la definición de conflicto armado que el Tribunal para la ex-Yugoslavia afirma en Tadić:

> 'existe un conflicto armado cada vez que se recurre a la fuerza armada entre Estados o hay una situación prolongada de violencia armada entre autoridades del Gobierno y grupos armados organizados o entre grupos de esta índole dentro de un Estado.'[238]

Igualmente, es axiomático que un Estado jamás podría ocupar su propio territorio en calidad de beligerante.[239]

En resumen, los pueblos son titulares de ciertos derechos - libre determinación; soberanía sobre sus recursos naturales; retorno; etc.-; y los ejercen en situaciones particulares. El DI les permite incluso, el uso legal de la fuerza a fin de ejercer tales derechos. No obstante, existe un claro inconveniente al momento de concretar la titularidad de tales derechos. Tanto 'pueblo' como 'nación' han devenido conceptos multívocos y por lo tanto, equívocos. La importancia de los derechos derivados de la titularidad es tal vez la razón mas poderosa que explica la falta de consenso en la definición. No obstante, sea cual fuere el parámetro de habilitación para determinar que cierto grupo humano constituye un 'pueblo' en el sentido del DI y a los efectos del ejercicio de sus derechos, una vez reconocido, puede actuar libremente, tanto en situaciones de conflicto como de cooperación.

Confundir la falta de representación internacional con incapacidad de hecho, o peor aún, derivar la segunda a partir de la primera, no hace sino reforzar el monopolio estatal de la subjetividad internacional que se esforzó por mantener el DI clásico. Como toda

[237] Antonio Cassese, Derecho Internacional, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2005, pág. 420.
[238] Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Fiscal c. Tadić, IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Cámara de Apelaciones, 2/10/1995, parr. 70.
[239] Ver Green Leslie C., The Contemporary Law of Armed Conflict, Manchester University Press, Manchester, 2a. ed., 2000, pág. 257.

confusión, debe ser destacada y corregida, aun cuando los principales beneficiarios de la ausencia de normas claras sean los propios estados, quienes a su vez poseen las herramientas para efectuar las correcciones.

V.d. La Humanidad

El tema de la personalidad jurídica de la humanidad se debate en Argentina a partir del 7o. Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de DI[240], luego que Armando Cocca brindara un informe sobre los astronautas como primeros hombres que alunizaron en calidad de enviados de la humanidad. Barboza[241] opina que no existe en el derecho de gentes un sujeto que represente a la humanidad, no obstante acepta que la misma es titular de ciertos derechos que le han sido reconocidos.

El espacio ultraterrestre, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes[242] deben ser explorados y utilizados en provecho e interés de todos los países, en tanto constituyen una cuestión que incumbe a la Humanidad. Los astronautas son enviados de la Humanidad[243], en tanto la Luna es patrimonio común de la Humanidad.[244]

La Humanidad como sujeto de derecho es titular de los recursos existentes en los fondos marinos mas allá de las jurisdicciones nacionales, representada para este específico caso, por la Autoridad de la Zona, conforme lo afirma la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.[245]

[240] Buenos Aires, agosto de 1969.

[241] Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 157.

[242] Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, Artículo 1. Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre, Naciones Unidas, Nueva York, 2002. Doc. S.02.I.20.

[243] Ídem, Artículo 5.

[244] Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, Artículo 11 y también Artículo 4. Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre, Naciones Unidas, Nueva York, 2002. Doc. S.02.I.20.

[245] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Artículos 136 que

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural considera que:

> 'ciertos bienes del patrimonio cultural y natural presentan un interés excepcional que exige se conserven como elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera.'[246]

No vemos obstáculo alguno en reconocer la personalidad jurídica de la Humanidad como un colectivo titular de ciertos derechos. En realidad, si se acepta la idea de un grupo humano vinculado política, social y culturalmente como titular de ciertos derechos, el reconocimiento de la Humanidad en cuanto sumatoria de los pueblos, deviene un imperativo. Por otra parte, la misma concepción de un instituto tal como el 'patrimonio común de la Humanidad'[247] presupone la subjetividad del ente como acreedora y deudora jurídica internacional.

afirma el principio y 137, especialmente su inc. 2 que refiere: '2. Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Estos recursos son inalienables. No obstante, los minerales extraídos de la Zona sólo podrán enajenarse con arreglo a esta Parte y a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad'.

[246] Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, UNESCO, París, 23/11/1972, Preámbulo.

[247] Véase Lopez Zamarripa Norka, 'Régimen legal internacional en torno del Patrimonio Común de la Humanidad', en Derecho y Cultura, UNAM, México, No. 4 Otoño 2001, pág. 121-132.

VI

La subjetividad en las personas jurídicas de la globalización

VI.a. Organizaciones internacionales de carácter privado e interés público: las organizaciones no gubernamentales

Las organizaciones no gubernamentales (ONGs) han llegado a septuplicar el número actual de organizaciones inter-gubernamentales.[248] Los medios audiovisuales informan diariamente sobre propuestas y acciones de entes tales como Médicos sin Fronteras, Greenpeace o Amnesty Internacional, entre otros miles. Éstos constituyen verdaderos impulsores de la opinión pública internacional y formadores de opinión en base a sus campañas de concienciación. Son parte de una red global de solidaridad y cooperación desarrollada a la par de los estados, y muchas veces en contra de los intereses declarados de la mayoría de los gobiernos. Revelan inquietudes de la sociedad civil por fuera del escenario diplomático internacional en el cual debaten y acuerdan los estados.

La miríada de intereses que protegen las ONGs posee como denominador común la promoción y protección de un amplio espectro de derechos humanos: la ayuda legal y judicial; los derechos económicos y sociales; la ayuda humanitaria; la educación; los derechos de las mujeres, de las minorías y de otros grupos

[248] En 1909 el número de ONGs era de 176 y el de inter-gubernamentales, de 37. En 1997 las primeras habían crecido a 40.306 y las segundas alcanzaban 6.115. Yearbook of international organizations 1997-1998, 34 ed. Munich. K.G. Saur Munchen Publishers, 1998, Table 2, Appendix 3, pág. 1749. En relación con las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, ver Archer Clive, International organizations, 2nd ed., London, Routledge, 1992, especialmente el capítulo 2 referido a la Clasificación de las organizaciones internacionales, pág. 38.

vulnerables; el medio ambiente; etc. Como ejemplo, en el campo de la economía, mencionamos históricamente a la Cámara de Comercio de París, una ONG registrada bajo el derecho doméstico Francés, o la Asociación Internacional de Transporte Aéreo -IATA en sus siglas en inglés-, encargada de regular el tráfico aéreo comercial internacional. Existen numerosas ONGs comprometidas con la defensa de los derechos humanos. Por su actividad universal sobresalen Amnesty, Human Rights Watch y la Federación Internacional de los derechos humanos. En la protección del medio ambiente, Greenpeace ha ganado reputación mundial. La Coalición para la Corte Penal internacional (ICCNow) comprende un importante número de ONGs que trabajan para el desarrollo del DIPenal, combatir la impunidad y el correcto funcionamiento de una Corte Penal Internacional verdaderamente universal.

El rol que desarrollan estas organizaciones es básicamente informal, actuando por fuera de los procedimientos tradicionales y a veces incluso, contra las mismas normas jurídicas. Su actividad se dirige a producir efectos en la legislación internacional relativa a uno o más temas específicos, sumando experiencia en los contenidos del debate y supervisando la transparencia de los procedimientos y la instrumentación de las decisiones. Por ejemplo, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo -Río de Janeiro, 1992-, fue atendida por 170 estados y alrededor de 2.000 ONGs que, no participando de la conferencia formal, se reunieron en lo que llamaron Foro Global, repartiéndose tareas de lobbying, supervisión y crítica de las actividades gubernamentales. Su rol fue luego reconocido en la Agenda XXI[249] como partícipes necesarias del desarrollo sustentable.

Ciertas organizaciones internacionales de carácter intergubernamental han concedido un estatus consultivo o de observador a determinadas ONGs. Conforme el Artículo 71 de la Carta ONU, el Consejo Económico y Social adoptó una cantidad importante de resoluciones relativas al carácter consultivo de las ONGs, que al presente suman más de 2.700 ONGs ubicadas en tal

[249] Agenda XXI, Capítulo 27, Fortalecimiento del papel de las organizaciones no gubernamentales, asociadas en la búsqueda de un desarrollo sostenible.

situación.[250] Como ejemplo, se destaca el reconocimiento brindado en 1991 por la Asamblea General de las Naciones Unidas al Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR- como 'observador', hecho que en opinión de Akehurst-Malanczuk[251], no lo convierte por sí solo en sujeto de DI. El mismo CICR, que es una ONG de carácter privado y sujeta al derecho Suizo, ha entrado en negociaciones internacionales como órgano de aplicación tradicional del DIH, con otros sujetos de DI, como la actual Unión Europea, bajo el Programa de Alimentación Mundial.[252] El mismo Secretario General de la ONU ha reconocido en su Memoria de 2006, la participación en la globalización, de actores diferentes de los estados:

> 'Si hay un fenómeno que ha dominado el decenio que acaba de transcurrir, sin duda alguna es la globalización. … para mi representa sobre todo una era en que las relaciones internacionales ya no son casi exclusivamente relaciones entre Estados-nación, sino también relaciones entre personas de distintas nacionalidades que interactúan de manera muy diversa como individuos o como miembros de grupos constituidos autónomamente a través de fronteras nacionales e incluso de continentes y océanos, frecuentemente sin necesidad de remitir en absoluto al Estado. Si bien las Naciones Unidas están constituidas por Estados Miembros, esos actores no estatales del escenario internacional constituyen nuevas bases mundiales con las que las Naciones Unidas deben interactuar cada vez más.[253]

[250] Las ONGs están clasificadas en tres categorías por el CEyS ONU: (a) Organizaciones que se interesan en la mayor parte de las actividades del Consejo; (b) Organizaciones con competencia especial en áreas específicas; y (c) Organizaciones que ocasionalmente pueden efectuar aportes a la labor del Consejo. Ver Naciones Unidas Centro de Información, página web www.cinu.org.mx/onu/estructura/ecosoc.htm#ong , visitada en Enero de 2012.

[251] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 97.

[252] Yearbook of the ILC, 1981, vol. 11, pág. 12.

[253] Memoria del Secretario General sobre la labor de la ONU. Nueva York 2006. Sexagésimo-primer período de sesiones. Doc No.1 (A/61/1) pár. 4.

Ya desde fines del siglo XX, diversos esfuerzos se vienen realizando para mejorar la legitimación procesal de las ONGs en las instancias internacionales[254], sin mayor éxito hasta el momento, en lo que hace a la esfera internacional. Sin embargo, a nivel regional y en el marco de la estructura del Consejo de Europa, las ONGs han obtenido un estatus común provisto por la 'Convención Europea sobre el Reconocimiento de la Personalidad Legal de las Organizaciones no Gubernamentales'.[255] Aquí se caracteriza a las ONGs como:

> 'Las asociaciones, fundaciones y otras instituciones privadas que cumplan las condiciones siguientes: a) tener un fin no lucrativo de utilidad internacional; b) haber sido creadas por un acto relevante de Derecho interno; c) ejercer una actividad efectiva al menos en dos Estados; d) tener su sede estatutaria en el territorio de un Estado parte y su sede real sobre el territorio de ese o de otro estado parte.'

Asimismo y dentro de la misma UE, el Comité de Ministros aprobó en 2007 una Recomendación sobre la condición jurídica de las ONGs en Europa.[256] Esta norma afirma que las ONGs pueden o no poseer personalidad jurídica conforme el derecho interno, igualando a las primeras con cualquier otro sujeto de derecho interno, y estableciendo la Recomendación una serie de pautas destinadas a crear un marco para la adquisición de la personalidad jurídica.[257]

[254] Los esfuerzos han sido liderados por el Institute of International Law, que es una ONG que recibió el Premio Nobel en 1904 y se encuentra integrada por los principales publicistas del mundo.
[255] Convención Europea sobre el Reconocimiento de la Personalidad Legal de las Organizaciones no Gubernamentales, firmada en 1986 y vigente desde 1991, reconoce la personalidad jurídica de las ONGs adjudicándole derechos y obligaciones conforme la personalidad brindada por el derecho del lugar de constitución.
[256] Recomendación CM/Rec (2007) 14 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la condición jurídica de las organizaciones no gubernamentales en Europa (Adoptada por el Comité de Ministros el 10/10/2007 en la 1006a reunión de los Delegados de los Ministros).
[257] CM/Rec (2007) 14, Artículos 1 y 28 a 41.

Un punto controvertido ha sido el marcado activismo demostrado por las ONGs en defensa de los intereses que promueven, lo cual bajo ciertas circunstancias, las ha llevado a colisionar con el derecho doméstico. En ocasiones sus acciones directas han producido consecuencias legales. Greenpeace por ejemplo, llevó adelante una exitosa campaña de boicot hacia los productos de Shell en 1995, forzando a la empresa a dejar de lado su proyecto de hundir una plataforma petrolera en el Atlántico Norte, a pesar que Shell había obtenido la autorización del gobierno Británico. Poco tiempo después, Greenpeace comienza una campaña contra el reinicio de ensayos nucleares por parte de Francia en el Pacífico, cuestión que revivió los sucesos ocurridos en torno del 'Rainbow Warrior' diez años antes, generadores del primer caso internacional en que un estado soberano -Francia- llega a un acuerdo para someter a la solución arbitral la controversia que mantenía con una ONG -Greenpeace-, debiendo finalmente indemnizar los daños producidos por los agentes estatales. En Diciembre de 1985, Francia y el "Stichting Greenpeace Council" actuando por sí mismo, por organizaciones asociadas con Greenpeace y los dueños y operadores del buque acordaron un compromiso, negociando un acuerdo que incluyó una compensación para Greenpeace.[258] Como resultado del laudo, Francia debió pagar a Greenpeace U$S 8,159,000 (5,000,000 U$s por el buque, 1,200,000 por daños agravados y el resto por gastos del proceso arbitral).[259]

Posteriormente, Francia fue demandada por Nueva Zelanda.[260]

[258] En el caso The Rainbow Warrior (Greenpeace v. France). Arbitration Award, 2 October 1987 (summary French text in (1987) 33 A.F.D.I. 923-4). Ver Harding Christopher, Vingt ans apres: Rainbow Warrior, Legal Ordering, and Legal Complexity. p. 103.

[259] Ver Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 99.

[260] Tribunal Arbitral de Naciones Unidas, presidido por el entonces Secretario General, Javier Pérez de Cuellar. Véase Reports of International Arbitral Awards, UN, Volume XX, págs. 215-284. Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair. 30/04/1990.

Otro aspecto para destacar es la centralización espacial del activismo humanitario desarrollado por las ONGs de actuación internacional. Una cantidad considerable de ONGs se encuentran constituidas y tienen su base en un grupo relativamente pequeño de países industrializados como el Reino Unido, Francia, Suiza y los Estados Unidos. Esta circunstancia no es menor ya que produce una suerte de desbalance cultural en cuanto a los propósitos fijados y los medios utilizados para alcanzarlos. De todas formas, la actividad desinteresada que cientos de ONGs realiza diariamente en el mundo se relaciona con cuestiones universales como la transparencia de la información; la ayuda humanitaria; la lucha contra la pobreza; la promoción de la educación; etc.

Si bien en teoría no constituyen un sujeto de DI, afirma August[261] que en la práctica ciertas ONGs que desempeñan funciones similares a otras organizaciones intergubernamentales son tratadas como sujetos de DI. A este fin, se les brinda diversos estatus como los de organizaciones cuasi-gubernamentales; semi-oficiales o de carácter 'predominantemente intergubernamental'. En la misma tesitura se enrola Guell Peris quien cita destacada doctrina afirmando que las ONGs 'influyen e inciden' en los procesos de elaboración y aplicación del DI.[262]

[261] August Ray, Public International Law,Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, US, 1994, pág. 202. El autor menciona la situación de la International Air Transport Association -IATA- y el caso Jenni v. Conseil D'Etat of the Canton of Geneva, Switzerland, Federal Tribunal, Public Law Chamber, 1978, Annuaire Suisse de Droit International, vol. 1979, pág. 151. Aquí el Consejo de Estado de Ginebra había brindado el estatus de organización pública internacional a la IATA fundado en las funciones que ejecuta y el rol que desempeña en las relaciones internacionales.

262) Guell Peris Sonia, El papel de las ONG, ETN y EMSP en la resolución de crisis relacionadas con la seguridad internacional. Una perspectiva desde el Derecho Internacional, págs. 23 a 73, en Cuadernos de Estrategia 147, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Agosto 2010. La autora allí cita las monografías de Perez–Prat L., Sociedad Civil y Derecho Internacional, Tirant, Valencia, 2004; Abad Castelos M., ¿Una alternativa solidaria a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global, Madrid, 2004; Teijo C. Organizaciones internacionales no gubernamentales y Derecho Internacional, Madrid, 2005; García Ruiz C. R., ONGs y Derecho Internacional: su influencia en la elaboración de las normas internacionales, Iustel, Madrid 2007; y la obra colectiva dirigida por Victoria Abellan Honrubia y Jordi Bonet Perez, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público, J. Bosch, Barcelona 2008.

No es de esperar que en un futuro inmediato, las ONGs sean incluidas en el selecto grupo de personas jurídicas que gozan de algún tipo de capacidad internacional, ya que, en palabras de Brus, 'no se encuentran democráticamente autorizadas a realizar el bien común, y frecuentemente descuidan el bien común en la persecución de sus intereses específicos.'[263]

VI.b. Las corporaciones transnacionales

La globalización del capitalismo económico y de los procesos políticos de características democráticas, no sería posible sin la participación activa de los bloques económicos regionales e internacionales. Aún cuando suene anecdótico recordar la famosa frase ´lo que es bueno para la General Motors es bueno para Estados Unidos'[264], no podemos dejar de mencionar que históricamente, las corporaciones fueron creadas sólo por un acto especial y único del soberano, en su exclusivo beneficio. Era el soberano quien delegaba en ellas el ejercicio del comercio que hasta ese momento le era inherente en forma monopólica como atributo de su misma soberanía personal.

Hoy día, alejadas de su origen histórico, las principales corporaciones transnacionales[265] poseen presupuestos que exceden ampliamente los de gran parte de los estados miembros de la ONU y es de esperar, asegura Akehurst[266], que en los primeros años de este

263) Brus Marcel, Third party dispute settlement in an interdependent world, Martinus Nijhoff, 1995, pág. 202.

264 Frase atribuida a John Foster Dulles, Secretario de Estado de Estados Unidos bajo la administración Eisenhower.

265 El derecho continental divide a las personas jurídicas en civiles y comerciales, en tanto en el common law, la figura de la "corporation" alude a aquellas personas jurídicas creadas con la principal finalidad de limitar la responsabilidad de sus miembros respecto de la que legalmente les correspondería en su carácter individual. Tomamos como base de análisis la participación jurídica internacional de las mismas sea en relaciones de carácter privado o público que en definitiva arrojen como consecuencia la posibilidad de demandar o ser demandadas por entes soberanos. Ver Saari David J., Global corporations and sovereign nations: collision or cooperation?, Westport, CT Quorum Books, 1999.

266 Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed.

nuevo siglo se vuelvan más poderosas aún. Varias definiciones existen de este fenómeno del capitalismo global.[267]

En forma rutinaria, las corporaciones transnacionales celebran acuerdos con estados con el objeto de obtener concesiones, exenciones, privilegios e inmunidades de diversos tipos. Como consecuencia y frente al surgimiento de una controversia pueden iniciar acciones ante tribunales internacionales reclamando al estado los daños ocasionados por el incumplimiento del contrato. Estas mismas compañías emplean fuerzas de seguridad privada, comparables en ocasiones, a unidades de élite del ejército; negocian en pie de igualdad o incluso en posición dominante frente a los estados; son dueñas de grandes extensiones de tierras y con ellas, de sus recursos naturales; poseen una población de empleados; y manejan presupuestos, todo lo cual realizan en magnitudes relevantes. Como vemos, parecen tener los atributos que el DI requiere a los estados para considerarlos verdaderos sujetos del DI. No obstante, el DI clásico no las reconoció como sujetos, tal vez por carecer del atributo formal de la soberanía. Les brindaba sí, la posibilidad de la protección diplomática.

Los estados han preferido constantemente mantener una relación de control formal -jurídico- sobre estas compañías. Sin embargo, en la práctica, el control doméstico de una persona jurídica de actividad global deviene muy difícil. La mayoría de los estados

Routledge, London, UK, 1997, pág. 102. Ver Kennedy Paul, Preparing for the XXI Century, 1993, Capítulo 3 donde hace notar que las compañías transnacionales poseen mayor alcance que responsabilidad global, a la par que poseen intereses más internacionales que domésticos, y que la lógica real de un mundo sin fronteras reside en que nadie posee el control absoluto - con excepción tal vez de los directivos de estas empresas- cuya responsabilidad existe solo en relación con los tenedores de acciones, quienes -alguien podría argüir- se han vuelto los nuevos soberanos al invertir en cualquier compañía que les brinde el mayor beneficio, en para. 47,49 y 55.

[267] Shaw cita a Jenks C. W., en Transnational Law in a Changing Society (eds. W. Friedman, L. Henkill y O. Lissitzyn), New York, 1972, pág. 70; Baade H., en Legal Problems of a Code of Conduct for Multinational Enterprises (ed. N. Horn), Boston, 1980; Charney J., 'Transnational Corporations and Developing Public International Law', Duke Law Journal, 1983, pág. 748; Rigaux F., 'Transnational Corporations', en Bedjaoui, International Law: Achievements and Prospects, pág. 121, y Henkin et al., International Law Cases and Materials, pág. 368. Ver también Muchlinski, Multinational Enterprises.

posee graves problemas al momento de intentar un control efectivo sobre las mismas.[268]

La idea del recurso de una compañía a la protección diplomática de 'su' gobierno, hipótesis que reclamaba el DI clásico, es hoy cada vez menos frecuente. Era además una solución multívoca en tanto ofrecía varios estados como eventuales protectores. En este campo, la decisión de la CIJ relativa a la nacionalidad -y consecuente derecho a la protección diplomática- de las personas jurídicas, afirmada en el caso Barcelona Traction, continúa guiando la discusión.[269] La protección diplomática queda hoy desdibujada frente a corporaciones transnacionales que son propiedad de fondos de inversión o de otras compañías cuyas acciones a su vez, se encuentran en poder de miles de accionistas situados en los mas diversos lugares. Por otra parte, recordemos que la protección diplomática es una facultad, no una obligación del estado del cual es nacional la persona afectada.

La actividad diaria de las compañías transnacionales genera eventuales conflictos. En los contratos internacionales, la protección diplomática como institución del DI Público es reemplazada por la elección por las partes del derecho y jurisdicción aplicable, propia del DI Privado, circunstancia ésta que puede conducir al forum shopping. En este contexto, la cláusula arbitral se presenta como la forma mas utilizada al momento de prever la resolución de litigios entre corporaciones transnacionales y estados, a la vez que coloca a ambos entes en pie de igualdad jurídica.

En Enron y ot. v. República Argentina, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones -CIADI-, tras

[268] Cualquiera de las empresas incluidas en el ranking de Fortune 500 superaban los presupuestos de 134 gobiernos del mundo en Junio de 2000 (Gray Philip C. R., , The Implementation of Integrated Sustainable Development in German Companies, TA-Datenbank-Nachrichten, Nr. 2, 9. Jahrgang - Juni 2000.

[269] CIJ, caso Barcelona Traction, Light and Power Company, ICJ Reports 1970, segunda fase, 3. Antes del fallo, existían puntos de conexión reales y personales. Entre los primeros, mencionamos el estado del lugar de constitución, o de inscripción, o el estado donde existe la administración, o la producción. Entre los personales, mencionamos la nacionalidad de la mayoría de los accionistas, o de la mayoría del capital.

considerar[270] que uno de los aspectos esenciales de los Acuerdos entre las empresas extranjeras y la República Argentina, es la protección que su articulado ofrece a los inversionistas extranjeros, asegurándoles el jus standi en una jurisdicción internacional como la mencionada, afirmó:

> 'El Tribunal está convencido de que también en este caso las Demandantes tienen ius standi para presentar demandas independientemente, puesto que son inversionistas protegidos con arreglo a lo estipulado en el Tratado. El derecho de las Demandantes a entablar acciones independientemente está firmemente establecido en el Tratado y no hay razones para sostener lo contrario en relación con la presente controversia. Esta situación tampoco es contraria al derecho internacional ni a la práctica y decisiones del CIADI.'[271]

Para Rubin[272] las cuestiones tradicionales de la relación entre los estados y la compañías transnacionales, que han sido la soberanía; la nacionalización, los estándares de compensación; y la regulación de las conductas de negocios, se han visto reducidas en intensidad desde los sucesos ocurridos en la última década del siglo XX, y en alguna medida, son reemplazadas por nuevas cuestiones tales como el medio-ambiente y el comercio y la inversión.

La previsión de los conflictos entre estados y compañías transnacionales ha desarrollado herramientas propias, útiles en función de la necesidad de atracción de capitales que tienen los primeros. En este sentido, existe un cuerpo interesante de normas que bajo el carácter de soft- law se acuerdan y respetan

[270] Azurix Corp. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 2003, párrs. 62-63.

[271] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, D.C. . Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina. Caso CIADI no. Arb/01/3, Decisión sobre jurisdicción (demanda adicional), Washington, D.C., 2 de agosto de 2004, pág. 10.

[272] Rubin Seymour J., International codes of conduct: a study of the relationship between international legal cooperation and economic development, 30 The American University Law Review, AM. U. L. Rev. 903 (1981). Reprinted and updated 1995, pág. 3.

constituyéndose en verdaderas 'reglas del juego'. La Cámara Internacional de Comercio -CIC-[273]; la Organización Internacional del Trabajo -OIT-; y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE- han formulado códigos de conducta a título de recomendación.[274]

Otras reglas para las compañías transnacionales, esta vez de carácter ético, han sido igualmente confeccionadas por la OCDE; la OIT; y la CIC.[275] Particular importancia revisten las negociaciones llevadas adelante en el marco de Naciones Unidas en relación con el Proyecto de Código de Conducta para las Compañías Transnacionales.[276]

[273] Son internacionalmente aceptadas las normas llamadas INCOTERMS (acrónimo del inglés international commercial terms), formuladas por la Cámara de Comercio Internacional desde 1936 en adelante. Actualmente están en vigor los INCOTERMS 2010 (Desde el 1 de enero de 2011).

[274] Ver Petersmann Ernst-Ulrich, Codes of Conduct, EPIL I, 1992, p´gas. 627-632.

[275] Ver Horn Norbert, 'International Rules for Multinational Enterprises: the ICC, OECD, and ILO Initiatives', en The american University Law Review, vol. 30, 1981, pág. 923.

[276] UN Code of Conduct on Transnational Corporations (1984). Pueden consultarse también las Normas sobre la Responsabilidad de las Compañías Transnacionales y otras empresas de negocios en relación con los derechos humanos (The Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights), Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre los métodos de trabajo y actividades de las compañías transnacionales, Documento E/CN.4/Sub.2/2002/13 (Annex, 2002). Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo – UN Conference on Trade and Development (UNCTAD), United Nations Centre on Transnational Corporations en su página puede verse la tarea desarrollada por el Centro desde su creación en 1973 http://unctc.unctad.org . Puede consultarse también Evan William, 'International Codes of Conduct for Multinational Corporations', en Education, Leadership and Business ethics, Issues in Business Ethics, US, 1998, Volume 11, Part V, págs. 249-272. En 1994 la ONU renombra la Comisión denominándola Comisión sobre las Inversión Internacional y las compañías transnacionales. En 2003 la Subcomisión de Derechos Humanos ONU adoptó un documento conocido como 'Normas sobre la Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos'. En 21/03/2011 el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, presenta a la AG ONU su informe titulado "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Documento A/HRC/17/31 Consejo de Derechos Humanos, 17º período de sesiones, Tema 3 de

Los estados en desarrollo deben enfrentar la creciente importancia de las compañías transnacionales en su economía local, las negociaciones contractuales o la eventual interferencia que su actividad puede tener con la política del estado anfitrión. Por su parte, los estados desarrollados manifiestan su obligación de proteger los intereses de sus nacionales y la seguridad jurídica en beneficio de las compañías que invierten en estados en desarrollo. Como vemos, la subjetividad internacional de las compañías internacionales debe ser atendida jurídicamente, ya que en caso contrario, las situaciones se resuelven de facto, en perjuicio del ente más débil -generalmente los estados en desarrollo- afectando en suma a la sociedad civil.

VI.c. Los bloques regionales

Los instrumentos constitutivos de las organizaciones regionales, al igual que las convenciones sobre las inmunidades reconocidas a sus funcionarios, aun variando en sus expresiones literales, concuerdan en reconocer personalidad jurídica internacional a estos entes, dotándolos de diversas capacidades de derecho.[277] Además, reconocen en general, cierta capacidad procesal al habitante individual de estos espacios territoriales ampliados para que éste, en el marco de los procedimientos regionales, pueda expresar sus intereses y defender sus derechos frente a eventuales violaciones estatales.

En primer lugar, como ejemplos de instrumentos constitutivos que definen la personalidad jurídica del ente que crean, encontramos la Organización del Tratado del Atlántico Norte -OTAN-; la Unión Europea -UE-; el Mercado Común del Sur -Mercosur-; la Organización Mundial de Comercio -OMC-; y la reciente Unión de Naciones Suramericanas -UNASUR-, entre otros.

la agenda. Ver:
http://www.global-business-initiative.org/wp-content/uploads/2012/07/GPs-Spanish.pdf. En junio de 2011 fueron aprobadas por el Consejo.

[277] Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pág. 268.

El Tratado constitutivo de la OTAN afirma la personalidad jurídica internacional del ente creado.[278] El Artículo 4 le reconoce personalidad jurídica, así como capacidad para celebrar contratos, adquirir y disponer de propiedad mueble e inmueble y comenzar procedimientos legales; en tanto el Artículo 25 faculta al Consejo para que actuando en nombre de la organización celebre acuerdos adicionales con los estados miembros o terceros estados.

La UE[279] contempla una variedad de instituciones comunes y en su desarrollo ha llegado a poseer dos competencias fundamentales: (i) la de adoptar normas jurídicas vinculantes en relación con los estados miembros; y (ii) que sus actos posean efecto directo en relación con el derecho interno de cada estado parte. Sólo el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero -CECA- provee de manera expresa de personalidad jurídica internacional a la comunidad.[280] No obstante, la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia ha afirmado continuamente la subjetividad de las dos restantes (Euratom y Comunidad Económica Europea)[281], como también una consecuencia fundamental para la consolidación de la personalidad jurídica comunitaria: la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los estados.[282]

En la órbita del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto[283] que trata sobre la estructura institucional del bloque, reconoce

[278] Tratado constitutivo de la OTAN, Acuerdo de Ottawa, afirma la personalidad jurídica internacional en sus Artículos 4 y 25, Ottawa, 20/09/1951.

[279] Establecida como tal por el Artículo A, Título I del Tratado de la Unión Europea (Maastricht) firmado en Febrero de 1992 y en vigor desde el 1/01/1993.

[280] Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, Artículo 6.

[281] Ver Costa [I964] ECR 585, 593; Commission v. Council [I971] ECR 263, 274; Kramer [I976] ECR 1279, 1308 y Protection of nuclear Materials [1978] ECR 2151, 2179; The Oxford Encyclopaedia of European Community Law (ed. A. Toth), Oxford, 1991, pág. 351.Ver igualmente Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie des Belastingen [I963], ECR 1.

[282] La primacía del derecho comunitario sobre el interno fue afirmada por la Corte de Justicia en el caso Flaminio Costa v. E.N.E.L., sentencia de 15/07/1964. Aquí el Tribunal de Justicia consideró que la primacía del Derecho comunitario limita el margen de maniobra a los Estados Miembros impidiendo que prevalezca un derecho opuesto al de las instituciones europeas.

[283] Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur -Protocolo de Ouro Preto-, Artículo 34.

personalidad jurídica al ente comunitario creado por el Tratado de Asunción. Afirma: 'El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional'.

El Acuerdo de Marrakech por el cual se crea la OMC[284] afirma en su Artículo 8.1.:

> 'La OMC tendrá personalidad jurídica, y cada uno de sus Miembros le conferirá la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones.'

La reciente UNASUR-[285] afirma en el Artículo 1 de su tratado constitutivo:

> 'Los Estados Parte del presente Tratado deciden constituir la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) como una organización dotada de personalidad jurídica internacional.'

En segundo lugar, los mismos instrumentos constitutivos de los bloques regionales reconocen ciertas capacidades procesales a sus habitantes en la totalidad del territorio ampliado. Bajo el articulado del NAFTA, un inversor puede demandar por violación de ciertas provisiones que presuntamente realice cualquiera de los estados parte. El reclamo es oído por un tribunal internacional compuesto por tres miembros.[286] Otras organizaciones intergubernamentales acuerdan el derecho de petición directa del individuo frente a un órgano internacional. En este tema remitimos al tratamiento detallado que efectuamos más adelante.

No obstante lo anterior, este tipo de regímenes se basa en la ratificación previa por parte del estado del instrumento que reconoce tal atribución.[287] Esta arbitrariedad estatal que decide la ratificación o

[284] Acuerdo de la Ronda Uruguay, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Marrakech, 15/04/1994. Artículo VIII, 1. Condición jurídica de la OMC.

[285] Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas. Brasilia, 23/05/2008, Artículo 1.

[286] El procedimiento se encuentra disponible en www.naftaclaims.com .

[287] Ver en relación con los procedimientos internacionales Ghandi P., The Human

no de los instrumentos internacionales es consecuencia del principio de soberanía estatal, y genera iniquidades. Por ejemplo, dentro del esquema de protección de derechos humanos Interamericano, sólo una parte de los estados miembros han aceptado el procedimiento jurisdiccional que eventualmente permite que la denuncia formulada concluya con una sentencia. Esto se traduce en que del total de estados miembros de la OEA, solamente 21 pueden ser juzgados por la Corte Interamericana de derechos humanos.[288] Los restantes únicamente pueden ser supervisados por la Comisión Interamericana; algunos en exclusiva referencia a su observancia de la Declaración Americana de derechos humanos, otros, también en relación con el respeto de las normas previstas en la Convención Americana de derechos humanos.[289]

Rights Committee and the right of individual petition: Law and Practice, Aldershot, England, Ashgate, 1998.

[288] Los 21 Estados que han reconocido la competencia de la Corte son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Datos a Marzo de 2013. Sitio Corte Interamericana de Derechos Humanos
http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm Es de observar que Venezuela denunció la Convención Americana de Derechos Humanos en 06/09/2012 por lo cual de continuarse el procedimiento de denuncia, en septiembre de 2013 la Corte Interamericana de derechos humanos no tendrá jurisdicción respecto de alegadas violaciones de derechos humanos en dicho estado.

[289] De los 34 Estados miembros de la OEA, sólo 25 estados han ratificado la CADH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Datos a Abril de 2011. Sitio Corte Interamericana de Derechos Humanos
http://www.corteidh.or.cr/denuncias_consultas.cfm

VII

La persona humana

VII.a. Desarrollo de su subjetividad internacional

El DI clásico brindó a la persona humana, igual estatus que el hoy reconocido para los animales por el derecho doméstico[290]: era un mero objeto de protección.

Ya cuando Jeremy Bentham acuñó el término Derecho Internacional en su tratado de 1789, afirmaba que sólo el estado podía ser gobernado por el DI porque:

> 'las transacciones que pueden tener lugar entre individuos que son sujetos de diferentes estados… son reguladas por los derechos domésticos, y resueltas por los tribunales internos de uno u otro de estos estados... Luego quedan las transacciones mutuas entre soberanos como tales, para los sujetos de esa rama de la jurisprudencia que puede ser propia y exclusivamente llamada internacional.'[291]

Bajo la perspectiva de Bentham, los individuos carecían de la necesaria personalidad legal para incurrir en responsabilidad bajo el DI.

Las doctrinas dualistas aislaron mas al individuo. Al separar el DI de los derechos domésticos estatales, producían como

[290] Impactante, demostrativa y real analogía que tomamos de Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 91.

[291] Bentham Jeremy, An introduction to the principles of morals and legislation, Dover, N.H., Longwood Press, 1970, pág. 296.

consecuencia que sólo en caso que el DI fuera convertido en derecho interno, pudiera 'ser invocado por el individuo o, en sentido más amplio, por los particulares, personas físicas o jurídicas'.[292] Conforme este esquema, los individuos violaban el derecho doméstico, en tanto sólo los estados podían violar el DI.

En las primeras décadas del siglo XX unos pocos autores, entre los que puede incluirse a Baumgarten, Scelle y Stowell[293], sostenían que los Estados actuaban como simples representantes -agentes- de sus nacionales, y que en consecuencia, eran éstos los verdaderos sujetos del DI.

Kelsen opinaba que los individuos son sujetos de DI 'mais non de façon immédiate, ou bien seulement à titre exceptionnel'.[294] Esta excepcionalidad se explicaba también afirmando que la persona poseía cierta capacidad internacional, pero que sólo era posible que la ejerciera con la ayuda de la intervención del estado del cual el individuo era nacional.[295] Otros autores sólo consideraron al individuo como un sujeto secundario.[296]

En otra línea, Sorensen afirmaba que el hecho que el beneficiario de un derecho fuera incapaz de hecho, no significaba que no pudiera ser un sujeto de derecho; o que los derechos en cuestión estuvieran conferidos exclusivamente a la agencia estatal que tiene la capacidad de hacerlos efectivos.[297]

Los sistemas socialistas, aún hasta la década de 1980, negaban en forma absoluta la subjetividad internacional del individuo. Los textos Chinos de DI publicados hasta esa década, se pronuncian en

[292] Pastor Ridruejo, José A., Curso de Derecho Internacional Público, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, pág. 187.

[293] En este sentido, siguen el pensamiento expresado desde la órbita interna de León Duguit, conforme el cual el derecho se aplica a seres conscientes antes que a entidades abstractas como los estados.

[294] Kelsen Hans, Théorie générale du droit international public, 42 HR, 1932, pág. 170.

[295] Siotto-Pintor M., Les sujets du droit international autre que les États, 41 HR, 1932, pág. 356.

[296] Fitzmaurice G., The general principles of International Law considered from the standpoint of the rule of law, 92 HR, 1957, pág. 11.

[297] Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pág. 275. Ver también Lauterpacht Hersch, International Law and human rights, Londres, 1950, Capítulo 2.

contra de esta posibilidad.[298] La lógica subyacente era que el poder soberano del estado socialista se veía disminuido en caso que su accionar pudiera ser sometido a examen por un individuo:

> '[El reconocimiento] de responsabilidad individual por conductas personales bajo el DI podría… colisionar con los principios Marxistas relativos a la lucha de clases en las relaciones internacionales.... Para la República Popular China, el único instrumento legítimo para asegurar los derechos de los individuos es el estado nacional.'[299]

En su momento, la percepción Soviética presentaba una alternativa. El status del individuo podía ser reconocido por el DI, pero sólo en la medida en que fuera expresamente reconocido por el derecho doméstico. La perspectiva Soviética afirmaba que aún las organizaciones internacionales destinadas a promover los derechos fundamentales de la persona, debían someterse a la primacía estatal.[300] A modo de excepción, la doctrina Soviética admitía que los individuos pudieran ser responsables de la comisión de crímenes contrarios al DI, por ejemplo, los crímenes de guerra.

El modelo histórico hasta aquí referido -tanto occidental como comunista-, comienza a ser desafiado cuando la doctrina de la segunda mitad del siglo XX afirma bajo determinadas circunstancias, la existencia de una subjetividad individual. La teoría de los derechos humanos juega aquí un papel determinante. La lógica del DIDH es clara: los derechos innatos reconocidos al individuo deben poder ser defendidos frente al estado, el cual ha desempeñado históricamente el rol de victimario. Los últimos años del siglo XX confirmaron, además, la posibilidad de considerar al individuo como titular de obligaciones internacionales, por ejemplo, la obligación de abstenerse

[298] Ver Chiu Hungdah., 'Book reviews and notes', en American Journal of International Law, 82, 1988, págs. 892, 894-895.

[299] Salem David, The People´s Republic of China: International Law and Arms control, Baltimore, University of Maryland, 1983, pág. 13.

[300] Ver Mullerson Rein A., Human rights and the individual as subjects of international law: a Soviet view, 1 EJIL, 1990, págs. 33 y ss. El autor comenta la evolución de la perspectiva soviética y su eventual evolución.

de perpetrar conductas consideradas crímenes internacionales, situación que lleva a re-formular la institución de la inmunidad de agentes y funcionarios estatales.

Conforme veremos, la realidad del siglo XXI viene a concluir con la teoría formal positivista que afirmaba a los estados como únicos sujetos del DI. Los valores del derecho natural, esenciales en el derecho de gentes, son recuperados por la teoría de la subjetividad individual, que irrumpe en el plano internacional desde todos los ámbitos centrados en la protección del individuo: el DIDH, el DIH, y el DIPenal.

VII.b. El derecho de fondo

Desde la visión del derecho de fondo, considerando los instrumentos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos, del derecho humanitario y del derecho internacional penal, se reconoce al individuo la titularidad de los derechos y libertades fundamentales, así como la necesaria capacidad procesal para hacerlos efectivos.

Akehurst expresa dudas sobre si realmente el DIDH constituye un ejemplo aceptable sobre la nueva tendencia de reconocer derechos a la persona, o si, por el contrario, su contenido sólo demuestra el carácter de simple beneficiario de normas internacionales que los estados acuerdan conceder al individuo. En todo caso, duda sobre si tales reglas constituyen verdaderas obligaciones legales o son simples aspiraciones morales.[301] Frente a estas objeciones, se expresa en Akehurst-Malanczuk, que una posible vía de solución puede consistir en la creación de procedimientos jurisdiccionales de carácter internacional que tiendan o bien a efectivizar los derechos, o bien a reparar los daños generados por incumplimiento. En este sentido y cuando de legitimación procesal se trata, el derecho procesal posee un valor superlativo en relación con la afirmación de la subjetividad individual.

[301] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, págs. 100-101.

Brownlie se muestra partidario de aceptar la subjetividad individual, aunque reconoce la falta de conveniencia de hablar de la persona como sujeto de DI.[302] Cassese llama 'sujetos derivados' tanto a la persona como a las organizaciones internacionales, por su carácter de beneficiarios de derechos creados exclusivamente por los estados:

> '…los individuos, así como las organizaciones internacionales, sólo existen como personas jurídicas internacionales, si son creadas por grupos de estados. En consecuencia, ellos permanecen dependientes de la voluntad de sus "creadores". De esto se sigue que, al igual que las organizaciones internacionales, los individuos son sujetos derivados, en la medida en que derivan su existencia de las decisiones formales (normalmente un tratado) u otros sujetos [Estados]... .'[303]

Barboza[304] se muestra partidario de una 'personalidad estrictamente limitada', conferida tanto por el DI de fuente convencional como consuetudinaria, a la vez que afirma que en tanto el DI conoce y acepta personas no plenas, 'no puede entenderse por qué el individuo, también una entidad de personalidad limitada, no sería a su vez un sujeto de aquel derecho'.[305]

Moncayo – Vinuesa – Gutiérrez Posse[306] afirman la existencia de normas jurídicas internacionales que regulan la conducta del individuo de manera directa, haciendo referencia a lo que calificamos

[302] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 67.
[303] Cassese Antonio, en Bedjaoui ed., International Law: process and prospects, Kluwer Law International, 1991, págs. 114-120.
[304] Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalia Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 588.
[305] Ídem, pág. 589. En relación con el reconocimiento de personas no plenas realizado por el DI, este autor menciona a Egipto mientras era vasallo de Turquía; los laender del Imperio Alemán de Bismarck; y Baviera que gozaba del derecho de legación.
[306] Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, Derecho Internacional Público, Tomo 1, Ed. Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, Argentina, 1990, pág. 15.

como 'núcleo duro de delitos-derechos internacionales'. Concuerdan estos autores con Cassese sobre el carácter no originario de la personalidad del individuo, ya que la misma deriva de la voluntad de los estados. Opinamos sobre este punto en las conclusiones.

VII.c. El derecho de forma

El creciente reconocimiento de legitimación procesal a entes diferentes de los estados, es consecuencia de un cambio en las temáticas de las cuestiones litigiosas. De los conflictos territoriales centrados en la soberanía estatal, predominantes en los siglos XVI a XIX se ha girado hacia conflictos centrados en la violación de los derechos y libertades fundamentales de la persona, la protección del ambiente o el incumplimiento de normas del comercio internacional. Como es de notar, el centro de interés de los eventuales perjuicios ha cambiado desde el interés estatal hacia el interés individual o grupal.

En forma creciente, los instrumentos constitutivos de organismos intergubernamentales acuerdan reconocer legitimación procesal a los entes que crean. En algunas ocasiones, el reconocimiento es pleno y en otras, limitado a los efectos de presentar las denuncias respectivas. El derecho de fondo y el de forma se confunden, cuando los instrumentos que afirman la titularidad individual de un núcleo básico de derechos instituyen al mismo tiempo, los procedimientos necesarios -administrativos y jurisdiccionales-. Además, se enuncian de manera taxativa los supuestos de denuncia a fin de limitar la responsabilidad estatal en la esfera internacional a aquellas situaciones verdaderamente gravosas. Los derechos reconocidos permanecerían simbólicos sin un procedimiento con algún grado de eficacia, en tanto el violador consuetudinario de los derechos fundamentales ha sido el estado. Es sólo en la órbita extra-estatal donde la víctima podrá encontrar alguna reparación para su daño.

En suma, notamos que se produce una intersección entre el derecho de forma y el de fondo, en tanto el reconocimiento de la capacidad procesal reemplaza la declaración expresa de subjetividad internacional de la persona física, que como tal, es básicamente obviada en tales instrumentos.

No encontramos entonces en el DI general normas positivas que reconozcan de manera expresa al individuo como sujeto de derecho pleno. En este punto, la doctrina se divide entre quienes lo consideran sólo un sujeto derivado -de la voluntad estatal- y otros autores que lo reconocen como un sujeto relativo.

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) en su opinión consultiva sobre el servicio postal en Danzig[307], concluyó en que no existe en el DI prohibición alguna que impida a los individuos adquirir derechos en forma directa a partir de un tratado, probado sea que tal fue la intención de los estados contratantes.

Mientras que el Estatuto de la CIJ sostiene la visión del DI clásico, y concede la legitimación activa a los estados en forma exclusiva, un número creciente de instrumentos internacionales reconoce capacidad procesal a la persona, como veremos mas adelante.[308]

El Estatuto de la CPI no contempla a los individuos como legitimados activos para activar el proceso internacional penal, careciendo en suma de jus standi. No obstante, sí recepta a la subjetividad pasiva individual que constituye el alma del Estatuto de Roma, ya que sólo los individuos pueden ser acusados ante la CPI.

VII.d. Relaciones entre el estado y el individuo

Dentro del DI general, la subjetividad individual se ha expresado a través de diferentes institutos como la nacionalidad y la

[307] TPJI, Reports Series B, No. 11, 1925.

[308] La capacidad procesal del individuo es reconocido en el sistema Europeo de protección de derechos humanos y en tratados específicos sobre derechos humanos. El Tribunal de Reclamaciones Iraní-Estadounidense pudo entender en reclamos directamente realizados por nacionales Iraníes contra los USA y viceversa. Un tercer campo en el cual los estados pueden demandar y ser demandados por personas es el del arbitraje comercial y disputas sobre inversiones, la piedra de toque aquí fue la Convención para el arregla de disputas sobre inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965. También existen normas internacionales por las cuales se imponen obligaciones directas a los individuos como la Convención sobre Responsabilidad por contaminación por hidrocarburos de 1969 y mas recientemente, el Estatuto de Roma que impone responsabilidad penal internacional para los participantes en crímenes internacionales.

apatridia; la responsabilidad estatal por actos de personas que habitan su territorio; los derechos conferidos a individuos por tratados; y los institutos de la extradición y del asilo político.

La nacionalidad ha constituido el vínculo histórico entre los estados y el individuo, tanto a los efectos del ejercicio de la jurisdicción estatal como de la protección internacional del individuo.

Una primera consecuencia de la nacionalidad, se presenta a través del instituto de la protección diplomática.[309] Ciertas reglas mínimas que requieren lazos efectivos entre el individuo y el estado que le confiere su nacionalidad, fueron siendo impulsadas tanto por la Comisión de Derecho Internacional (CDI); como por la jurisprudencia internacional; e igualmente la CIJ a través de las decisiones en los casos Nottebohm y Barcelona Traction, entre otros.[310] Puede hoy afirmarse que así como se reconoce el derecho a poseer una nacionalidad, existe también el derecho a perder la misma adoptando otra, lo que incluye claro, la libertad de abandonar el país del cual se es nacional.[311]

El instituto de la nacionalidad posee una contracara, la apatridia, que desde 1920 en adelante ha constituido un problema que se intenta solucionar mediante agencias y tratados internacionales.[312]

[309] Así el reclamo de un individuo contra un estado del cual no es nacional, se subsume en el reclamo del estado de su nacionalidad contra el estado demandado. Ver por ejemplo, El caso Panevezys-Saldutiskis, fallado por el TPJI, Series AIB, No. 76; 9 AD, pág. 308. Ver también Mavrornmatis Palestine Concessions case (Jurisdiction), PCIJ, Series A, No. 2 (1924); 2 AD, pág. 27.

[310] CDI, Yearbook 1953, págs. 180-1; 184; 186; 218; 237; 239. CIJ caso Nottebohm sentencia, Reports 1955, para. 4 págs. 22-23; caso Barcelona Traction Light and Power Company, Reports 1970.

[311] Confirmado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, Artículo 12. También Convención Europea de derechos humanos, Cuarto Protocolo, 1963, Artículo 2. Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 22, inc. 2 'Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio'.

[312] La Comisión de Derecho Internacional se ha ocupado largamente del tema. En 1960 entra en vigor la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, firmada en 1954. UNTS, 360, pág. 117. La Convención para reducir los casos de Apatridia, adoptada en Nueva York 1961, en vigor desde 1975. A estos dos documentos sería conveniente sumar la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957. En 1974 la Asamblea General ONU solicita al Alto Comisionado de las NNUU para los Refugiados (ACNUR) que brindara asistencia legal limitada sobre el particular y en 1996 le ordenó ampliar su misión a través de la promoción de la reducción de los

Los refugiados pueden presentar la situación de apátridas de hecho o de derecho, por lo cual se han dispuesto normas internacionales que atienden la cuestión.[313]

La nacionalidad y la protección diplomática son institutos importantes a la luz de la eventual responsabilidad estatal. En el sistema del DI clásico, el daño provocado a un nacional es considerado un perjuicio sufrido por el estado de su nacionalidad, situación que se acomoda a la retórica tradicional que afirmaba que la persona no era sujeto de DI, sino un simple objeto pasible de ser defendido por el estado del cual es nacional.[314]

No obstante lo anterior, si consideramos ambos institutos desde la óptica de los subsistemas centrados en la protección de los derechos de la persona, como mas adelante veremos, su importancia se relativiza. En relación con los crímenes internacionales, coincidimos con Buergenthal – Maier[315] en afirmar que existe una responsabilidad directa del individuo por su participación en ciertos delitos internacionales. Lo mismo ocurre con las violaciones de derechos y libertades fundamentales. El desarrollo progresivo del DIDH indica que las personas físicas poseen derechos y obligaciones bajo el DI que no son derivadas, sino propias. Desde la órbita del DIPenal, la eventual condena que pudiera caberles a funcionarios y agentes estatales por la comisión de crímenes contrarios al jus gentium, no constituye un presupuesto ni condiciona la ulterior responsabilidad estatal.[316]

casos de apatridia a nivel mundial.

[313] Convención sobre el Estatuto internacional de los Refugiados, 1933 por la cual las partes contratantes asumen obligaciones respecto de los refugiados Rusos y Armenios. En 1946 la ONU constituye la Organización Internacional de los Refugiados que en 1952 se convierte en el Alto Comisionado de NNUU para los refugiados -ACNUR-. En 1951 en Ginebra se adopta la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y apátridas, que provee un trato nacional respecto de ciertos derechos básicos.

[314] Buergenthal Thomas y Maier Harold G., Public International Law in a nutshell, 7a. Reedición, United States, 1998, pág. 116. Aquí se cita al tradicional caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Bélgica v. España, CIJ, 1970.

[315] Buergenthal Thomas y Maier Harold G., Public International Law in a nutshell, 7a. Reedición, United States, 1998, pág. 3.

[316] Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, Artículo 25, inc. f.4. 'Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas

En segundo lugar, el estado debe responder por las actividades desarrolladas por las personas dentro de su territorio, y que perjudiquen a otros estados o a sus nacionales, aún cuando quienes ejecuten tales acciones sean extranjeros, doctrina expuesta en el caso Corfú.[317] Eagleton afirma:

> 'un estado debe en todo tiempo la obligación de proteger a otros estados frente a actos dañosos ejecutados por individuos dentro de su jurisdicción'.[318]

En realidad, más allá del consenso existente respecto de la responsabilidad estatal por daños producidos a otros estados, ejecutados por personas que se encuentran bajo su jurisdicción, el problema surge al momento de determinar *pro subjecta materia,* cuáles actos pueden calificarse como dañosos.

El caso de las Papeleras sobre el río Uruguay ventilado ante la CIJ, tuvo por objeto demostrar la responsabilidad de Uruguay por incumplimiento de las obligaciones emanadas del Tratado del Río Uruguay, e igualmente, el perjuicio ambiental causado a Argentina por terceros -la Pastera- situados en territorio Uruguayo.[319] Por su parte,

naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional'.

[317] CIJ, Corfú Channel, fondo, ICJ Reports 1949, págs. 18-23.

[318] Eagleton Clyde, Responsibility of states in International Law, New York University Press, 1928, pág. 80.

[319] El 20/04/2010 la CIJ dictó la sentencia definitiva, resolviendo que Uruguay había violado sus obligaciones procesales de notificar e informar de buena fe, establecidos por el Estatuto del Río Uruguay, pero que no violó sus obligaciones de evitar la contaminación ambiental, considerando desproporcionado ordenar el cierre de la planta de Botnia. En este sentido, la CIJ señaló que 'el Estatuto de 1975 impone a las partes el deber de co-operar con la otra, en los términos allí establecidos, para asegurar que se alcance su objetivo y propósito. Esta obligación de co-operar incluye el monitoreo continuo de una planta industrial como la de Orion (Botnia). En ese sentido la Corte nota que las partes tienen una prolongada y efectiva tradición de co-operación y coordinación a través de la CARU. Actuando a través de la CARU, las partes han establecido una verdadera comunidad de intereses y derechos en el gerenciamiento del Río Uruguay y en la protección del medio ambiente. También han coordinado sus acciones a través del mecanismo conjunto de la CARU, de conformidad con las reglas del Estatuto de 1975, y encontrado soluciones apropiadas para sus diferencias dentro de ese marco sin sentir la necesidad de recurrir a la instancia judicial contemplada por el artículo 60 del Estatuto hasta que el presenta

también Uruguay se constituyó en actor, demandando a Argentina ante el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, y luego ante la CIJ, argumentando en el primer caso que los cortes de ruta que producían los habitantes de Gualeguaychú (Argentina) en el paso hacia Uruguay, constituían una violación al principio de libre circulación de bienes y personas; y en el segundo caso, que tales cortes eran tolerados y utilizados por el gobierno Argentino para presionar al gobierno Uruguayo en las negociaciones referidas a la instalación de las plantas de celulosa.

Una tercera relación 'estado-individuo' que pone de manifiesto la subjetividad internacional de la persona, la constituye los derechos conferidos a individuos por tratados. En el caso Danzig Railway Officials[320], el Tribunal Permanente de Justicia Internacional afirmó:

> 'No puede discutirse que el verdadero objeto de un acuerdo internacional, según la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las Partes de ciertas reglas definidas que creen derechos y obligaciones individuales exigibles ante los tribunales nacionales.'[321]

Así, el TPJI decidió que los funcionarios de trenes de Danzig poseían el derecho de accionar contra el estado Polaco -en la persona de su administración de trenes-, para hacer efectivos los derechos de los cuales eran beneficiarios en razón del tratado.

Bajo las provisiones relativas a la protección de las minorías existentes en los Tratados de Paz de Versailles de 1919[322], se autorizaba a los individuos el recurrir ante un tribunal internacional

caso fue traído ante esta Corte (parr. 281). Corte Internacional de Justicia (20-04-2010). Fallo definitivo en el caso relativo a las plantas de pasta de celulosa sobre el Río Uruguay entre Argentina y Uruguay, (en inglés). El conflicto finaliza tras la firma, el 30/08/2010 en Montevideo, de un acuerdo para conformar un Comité Científico en el seno de la Comisión Administradora del Río Uruguay.

[320] TPJI, Serie B, No. 15, 1928.

[321] Original inglés. La traducción es nuestra. Ver también Brownlie Ian, Basic documents on Human Rights, 2nd edition, 1981, pág. 242.

[322] Artículo 304 (b), Tratado de Versailles, 1919, por el cual los nacionales de las potencias aliadas y asociadas podían presentar demandas contra Alemania ante el Tribunal Arbitral Mixto.

bajo determinadas circunstancias. De igual manera, el Tribunal creado por la Convención para la Alta Silesia de 1922 decidió su competencia para juzgar acciones iniciadas por individuos contra los estados de su nacionalidad.[323]

Si bien la intención primera de los estados fue la de concertar tratados a fin de crear derechos y obligaciones exigibles entre ellos, existe al presente una clara tendencia dirigida a la creación de derechos y obligaciones, reconociendo legitimación activa al individuo para llevar a juicio a los estados.[324]

En cuarto y último lugar, dentro de la cuestión relativa a la responsabilidad individual derivada de la comisión de crímenes internacionales, debe mencionarse la extradición, instituto que forma parte de la cooperación internacional penal entre estados. Al respecto, y sin abundar por el carácter de la obra, diremos que al menos en relación con los crímenes internacionales, existe la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare). Esta afirmación implica a contrario, que respecto de los delitos domésticos, aun cuando las formas de comisión se repitan en los diversos derechos, no existe obligación internacional consuetudinaria que obligue a los estados a extraditar al presunto responsable.

Los conceptos de extradición y asilo se encuentran relacionados entre sí en la medida en que la negativa de extraditar a una persona puede llegar a implicar el otorgamiento de asilo y por otra parte, el otorgamiento de la extradición significa el rechazo a la concesión del asilo. La cooperación internacional en materia penal deja librada la extradición al DI de fuente convencional, el cual como principio, excluye los delitos denominados 'políticos'. A estos delitos políticos, la práctica internacional les brinda desde fines del siglo XIX, la institución del asilo.

[323] Ver Steiner and Gross v. Polish State, 4 AD, pág. 291.

[324] Puede citarse la Convención Europea sobre Derechos Humanos, 1950; los Tratados de las Comunidades Europeas, 1957; la Convención Interamericana de derechos humanos, 1969; el Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, 1966; la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965; y la Convención para la solución de Conflictos de Inversión, 1965.

En términos generales, el asilo consiste en la protección que encuentra una persona, objeto de persecución por parte de las autoridades de otro estado, en aquellas hipótesis en que dichas persecuciones se enfrentan a la prohibición de la persecución dentro de ciertos espacios competentes de la autoridad de otro estado, sin que éste tenga la obligación de facilitar su continuación entregando al refugiado a las autoridades del estado que pretende ejercer tal persecución.[325]

Afirma Oppenheim – Lauterpacht que en tanto los estados ejercen su supremacía territorial sobre toda persona que habite su territorio, el estado extranjero va a constituir un asilo para toda persona que siendo perseguida en el país de origen, cruce su frontera y se interne en su territorio. Si el derecho de asilo se ha entendido tradicionalmente como una facultad jurídica soberana del estado a fin de conceder refugio a individuos perseguidos, últimamente puede hablarse de un derecho de asilo para cada individuo. Esta ultima forma viene siendo consagrada en un número significativo de países que lo afirman en su derecho interno, aun cuando no pueda hablarse de un principio general de derecho en el sentido de las fuentes del DI.

Argentina adoptó el derecho de asilo para los perseguidos políticos al ratificar el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo[326]. Su Artículo 16 afirma la inviolabilidad del asilo para los perseguidos por delitos políticos, aunque establece como deber para la nación otorgante del asilo, el impedir que los asilados realicen actos dentro de su territorio que pongan en peligro la seguridad del estado que los reclama.

El artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece:

> 'toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de

[325] Ver Dictionaire de la Terminologie du Droit International, Paris, Sirey, 1960, pág. 63, préface de J. Basdevant. Ver igualmente Lopez Garrido D., El derecho de Asilo, Ed. Trotta, España, 1991.

[326] Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, suscripto por Argentina, Perú, Uruguay, Paraguay y Bolivia.

> acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.'

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en su artículo 22(7) establece:

> 'toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.'

Similares disposiciones estipulan otros instrumentos internacionales nacidos al amparo del DIDH.[327]

Respecto del asilo reina aún hoy la casi absoluta arbitrariedad estatal, tal como lo demuestra el caso Apablaza Guerra.[328] La Declaración ONU sobre Asilo Territorial de 1967 aporta ciertos principios que los estados deberían observar al conceder el asilo en su territorio. Las perspectivas de lograr la aprobación de una convención internacional sobre el tema no son auspiciosas en base al marcado carácter político de la cuestión.[329]

[327] Disposiciones similares se encuentran en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 12 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y en el artículo 18 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

[328] Ver el caso del asilo concedido por el gobierno Argentino en 2010 al Sr. Galvarino Sergio Apablaza Guerra respecto de quien la Comisión Nacional de Refugiados -CoNaRe- Argentina decidió unánimemente que permaneciera en el país como asilado político, no obstante la decisión previa de la Corte Suprema de Justicia Argentina en sentido contrario. La CSJN había autorizado la extradición aunque también había señalado que la decisión final estaría en manos del Poder Ejecutivo en vista de los derechos del acusado. La CoNaRe es un órgano inter-ministerial del gobierno Argentino del que participan el Ministerio del Interior, el de Justicia, el de Desarrollo Social, la Cancillería, el Inadi y un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), este último con voz pero sin voto. Página 12, edición web 01/10/2010, http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-154154-2010-10-01.html.

[329] En América se firmó en 1928 la Convención de La Habana sobre Derecho de Asilo Político, reformada por la Convención de Montevideo de 1933. En 1954 dentro del marco de la OEA se adopta en Venezuela la Convención sobre Asilo

Entendemos que el individuo es sujeto de DI, aun cuando podamos debatir sobre si es originario o derivado, pleno o relativo, la respuesta afirmativa sobre su subjetividad surge nítida en base al análisis siguiente relativo a diversos puntos que avalan la afirmación.

Ademas de las relaciones históricas entre el estado y el individuo, que han originado instituciones donde se evidencia la subjetividad individual, aún con diversos matices, existen otras situaciones donde claramente, la persona se constituyen en sujeto de DI. Por orden de desarrollo, tratamos la protección internacional de los trabajadores; la protección de la persona como víctima de los conflictos armados; los sistemas internacionales de protección de derechos humanos; la responsabilidad por la participación en delitos internacionales; y las peticiones y reclamos a título personal ante instancias internacionales.

VII.e. La protección internacional de los trabajadores

Una de las primeras manifestaciones de los derechos humanos en el plano internacional fue la referida a los derechos de los trabajadores. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue instituida con la misión de evitar que la competencia económica internacional entre estados llevara a la flexibilización de las normas laborales en perjuicio de los obreros. Las numerosas convenciones y recomendaciones aprobadas por la organización afirman todos los derechos de los trabajadores y obligan a los estados a reconocerlos e instrumentarlos. Frente a la violación directa o indirecta de estas normas, las asociaciones de trabajadores y empleadores, se encuentran autorizadas para realizar los reclamos ante la OIT, debiendo el estado en cuestión realizar su descargo y eventualmente publicarse tanto la denuncia como su respuesta. Si la denuncia partiera de un estado miembro, se nombra una comisión de encuesta para investigar la queja y dictaminar sobre su procedencia. Eventualmente el caso puede llegar ante la CIJ.

Diplomático.

El capitalismo global desarrolla estándares globales de protección de los trabajadores, a fin de evitar el dumping social, considerado como una práctica comercial desleal entre estados. En este contexto de potencial abuso laboral, el incumplimiento de algunas de las conductas debidas, no sólo provoca la violación de normas del DIDH sino también, del DIPenal. Tal el caso del trabajo esclavo y el trabajo de menores, verdaderos delitos internacionales, que llegado el caso y presentes ciertos caracteres, pueden constituir crímenes contra la humanidad.

La OIT ha gestado importantes documentos tendientes a erradicar el trabajo forzoso y a prohibir el trabajo de niños.[330]

VII.f. La protección de la persona como víctima de los conflictos armados

El DIH se propone 'humanizar la guerra', no prohibirla.[331] Siendo su origen anterior al del DIDH, hay quienes lo consideran parte del mismo.[332] Se expresa por medio de sus dos vertientes de La Haya y de Ginebra[333], basadas cada una en principios fundantes: (i) 'el

[330] OIT, Convenio No. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, Ginebra, 1930; el Convenio No. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, Ginebra, 1957; la Convención No. 138 de la OIT relativa a la Edad Mínima Laboral, Ginebra, 1973; y el Programa de Acción de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la Prevención de la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía Infantil, 1992, entre los mas significativos.

[331] Kalshoven Frits y Zegveld Liesbeth, Restricciones en la conducción de la Guerra, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2003, pág. 12.

[332] Buergenthal, Thomas y otros, op. cit., pág. 129. Los autores definen al DIH como la 'rama de los derechos humanos aplicable a conflictos armados internacionales, y en casos limitados, a conflictos armados internos.'

[333] Con respecto al Derecho de La Haya, puede consultarse Hensel, Howard M., The law of armed conflict : constraints on the contemporary use of military force, Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT : Ashgate Pub. Co., 2005; Human rights watch Medio Oriente: proyecto Armas, Civilian pawns: laws of war violations and the use of weapons on the Israel-Lebanon border New York : Human Rights Watch, 1996; Wilson, Heather A., El Derecho Internacional y el uso de la fuerza por los movimientos de liberación nacional, Oxford [Oxfordshire]: Clarendon Press; New York : Oxford University Press, 1988. En relación al Derecho de Ginebra, Véase

derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o los medios de guerra no es ilimitado' (La Haya); y (ii) 'las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad' (Ginebra).[334]

Respecto del ámbito personal, el DIH obliga básicamente a los estados y también a las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados[335]. Establece obligaciones y responsabilidades respecto de 'todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su fuerza armada'. El Artículo 3 del Convenio de La Haya de 1907 sobre la guerra terrestre fue el primero en afirmar la obligación de castigar penalmente a quienes cometan u ordenen cometer las infracciones graves. Esta violación conlleva responsabilidad internacional para el estado implicado en actos internacionalmente ilícitos.[336]

Las Convenciones de Ginebra de 1949 imponen a los estados restricciones y obligaciones en su forma de conducir los conflictos, además de obligarlos a sancionar penalmente a los infractores

Valencia Villa, Alejandro, La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia, Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes: Tercer Mundo Editores, 1991; Comisión independiente sobre cuestiones de DIH, Modern wars: the humanitarian challenge: a report for the Independent Commission on International Humanitarian Issues, London; Atlantic Highlands, N.J.: Zed Books, 1986; Primoratz, Igor, Civilian immunity in war, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2007; Levie, Howard S., Protección de las víctimas de la guerra: Protocolo 1 de las Convenciones de Ginebra de 1949, Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1979-1981; Best, Geoffrey, Humanity in warfare, New York: Columbia University Press, 1980; Reglas básicas de las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales, Comité internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1983; Bory, Francoise, Origen y desarrollo del derecho internacional humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1982.

[334] Pictet Jean, Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario, Curso del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, Universidad Robert Schuman, 1982, pág. 31.

[335] Ver nota anterior. Las fuerzas disidentes o grupos organizados deben hallarse bajo la dirección de un mando responsable, y ejercer sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas a fin de poder aplicar el Protocolo II.

[336] Esta responsabilidad es amplia pues incluiría no sólo a quienes se encuentran bajo su dependencia formal o funcional sino también a civiles que actúan bajo su aquiescencia. En base a este principio se establecieron las indemnizaciones sancionatorias tras la primera Guerra Mundial.

mencionados. La cuestión relevante se centra en conocer cuáles sujetos pueden ser responsabilizados internacionalmente por la comisión de las infracciones graves del DIH. Los estados son los principales responsables de cumplir con las normas previstas en los CG. Sin embargo, el capítulo dedicado a la represión de abusos e infracciones, contiene cuestiones de responsabilidad penal individual. En este apartado, se distingue entre las infracciones graves y otras que no poseen tal carácter.

En este punto divisorio, se generan obligaciones en dos sentidos.

En primer lugar, se impone a los estados la obligación de legislar internamente a fin de proveer sanciones penales efectivas para aquellas 'personas que ejecuten u ordenen ejecutar algunas de las infracciones graves' a la Convención, como también la obligación de buscar a los responsables y hacerlos comparecer ante sus tribunales o los de otro estado.[337] Además, el Artículo 3 común a los CG prohíbe la realización de ciertos actos en todo tiempo y lugar, estableciendo un núcleo duro de derechos humanos, incluyendo a los derechos a la vida, integridad corporal, libertad, dignidad y las garantías básicas del debido proceso.[338]

En segundo lugar, de lo antedicho se deduce la responsabilidad penal individual, sin distinción alguna que efectuar respecto de la calidad personal o funcional del presunto responsable. En este punto, el concepto de individuo obligado a responder aportado por el DIH puede entenderse como relativamente amplio, ya que la obligación impuesta a los estados es genérica y se basa en la búsqueda y castigo de los responsables, sin realizar distinción alguna entre la afiliación estatal del individuo o su pertenencia a otra organización política beligerante.

La falta de distinción puede fundar dos interpretaciones opuestas: (i) es una obligación sólo dirigida a los estados de velar por los individuos que ordenan y ejecutan funciones como parte del mismo, con lo cual, los estados se obligan a perseguir dentro de su

[337] Convenios de Ginebra, Artículos 49 CG1; 50 CG2; 129 CG3; 146 CG4.

[338] Convenios de Ginebra, Artículo 3, Conflictos de carácter no internacional y también Protocolo I, Sección II- Represión de violaciones de las Convenciones y del Protocolo I.

jurisdicción a todo agente o funcionario estatal responsable de alguna de las infracciones graves de los CG; o bien (ii) los estados están obligados a perseguir de manera genérica a cualquier individuo que cometa las infracciones graves, aun cuando no forme parte de una estructura estatal.

Sin tomar partido por alguna de las mencionadas interpretaciones, la no persecución del presunto responsable genera responsabilidad internacional del estado por omisión, y abre la jurisdicción universal a fin que cualquier jurisdicción doméstica o internacional juzgue a los individuos presuntamente responsables.

El DIH distingue dos tipos de mecanismos de control: (i) los relacionados con las obligaciones de protección y de limitación en el uso de armamento y estrategias; y (ii) los que entienden respecto de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, Protocolos Adicionales y leyes y costumbres de la guerra (crímenes de guerra).

Primero, en cuanto a las obligaciones de protección y limitación, cualquier organismo humanitario e imparcial puede ofrecer los servicios a las partes en conflicto para la protección y socorro de las víctimas, reconociéndose al CICR como la autoridad de aplicación tradicional.[339] Iniciado un conflicto internacional, los CG disponen un sistema de Potencias Protectoras, que constituía práctica consuetudinaria en el DI[340] pudiendo reemplazarlas por un organismo humanitario con iguales funciones que las primeras.[341] Hay aquí un reconocimiento de subjetividad internacional a ONGs que tratamos en lugar oportuno.

Segundo, en lo atinente a los crímenes de guerra, los CG no proveen penas para sus infracciones graves, ni instituyen una jurisdicción que las sancione. Se discute si los CG habilitan el ejercicio

[339] El reconocimiento del CICR vienen dado tanto por la tradición como por la historia. CG I, Artículo 3.2; Artículos 9; 11; 23; 26; 38; 44; y 53. CG II, Artículos 3; 9; 10; 11; 24; 25; 41; y 43. CG III, Artículos 3; 9; 10; 11; 56; 72; 73; 75; 79; 81; 123; 125; y 126. CG IV, Artículos 3; 10; 11; 12; 14; 25; 30; 59; 61; 63; 76; 96; 102; 104; 108; 109; 111; 140; 142; y 143.

[340] Kalshoven Frits y Zegveld Liesbeth, op. cit., pág. 83.

[341] CG I, Artículo 10. Por otra parte, el DIH se vale de la acción progresiva consistente en la incorporación de normas humanitarias por los estados, como la obligación de instrucción y educación de las fuerzas armadas y de la población civil. Convenios de Ginebra I a IV, Artículos 47, 48, 127 y 144 respectivamente.

de la jurisdicción universal en relación con sus infracciones y respecto de los agentes estatales. La CIJ vedó esta posibilidad en *Orden de arresto* y en *Ciertas Cuestiones de asistencia mutua*.[342] No obstante, no se pronunció respecto de la misma posibilidad de juzgamiento, aunque en cabeza de una jurisdicción internacional, sea un tribunal internacional como la CPI o un tribunal de naturaleza mixta como el Tribunal de Sierra Leona o Camboya.

Aplican las normas penales del DIH, los tribunales internos dentro de su jurisdicción, los tribunales internacionales y mixtos ad-hoc y la Corte Penal Internacional de carácter permanente, en la medida en que sus estatutos los habilitan al juzgamiento de crímenes de guerra, lo cual tratamos en lugar oportuno. Los tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia y para Rwanda fueron los primeros tras Nüremberg, en aplicar sanciones por la comisión de crímenes de guerra.[343]

En estos casos, el individuo responde a título personal por actos contrarios al DI.

VII.g. Los sistemas internacionales de protección de la persona humana

El DIDH centra su análisis protector en las víctimas de acciones u omisiones estatales. Esta metodología 'víctima estatal - dependiente' que reconoce al estado como único autor posible de las violaciones, prevalece en la consideración jurídica internacional. Conforme estos parámetros, el subsistema del DIDH brinda al

[342] CIJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2002. Caso relativo a Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en materia criminal (Djibouti v. Francia), Sentencia de 04/06/2008, disponible en http://www.icj-cij.org.

[343] Consejo de Seguridad de NNUU Resolución 827 (25 Mayo 1993) por la cual se crea el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Estatuto TPIY Artículos 1, 2 y 3; y Resolución 955 (8 Noviembre 1994) que establece el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, TPIR Artículos 1 y 4. El Tribunal para la ex Yugoslavia afirmó que tras el surgimiento del conflicto, es el propio tribunal encargado de juzgar las infracciones, el que decide sobre el carácter internacional o interno del conflicto junto con las sanciones que se aplicarán a los individuos responsables.

individuo una amplia capacidad para presentar denuncias, y en algún caso, le reconoce legitimación procesal activa.

Sin embargo, el DIDH no acepta otro legitimado pasivo diferente del estado. Los mecanismos regionales de promoción y protección de derechos humanos sólo habilitan a denunciar al estado como presunto violador.[344] Aunque algunos lo interpretan como una carencia, esta circunstancia ciertamente define la naturaleza del subsistema. Buergenthal aclara la esencia del DIDH:

> 'El DIDH se define como aquella rama del DI que se ocupa (…) de la protección de individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones gubernamentales de Derechos Humanos.'[345]

Opina Brownlie[346] que ya en el siglo XX la responsabilidad estatal en el plano internacional aparece ligada a las cuestiones que se encuentran fuera del dominio reservado de los estados, y es en este punto, donde tal responsabilidad se encuentra con la idea de los derechos humanos, regla confirmada -según este autor- por el Artículo 2, parágrafo 7 de la Carta ONU:

> '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;

[344] Sólo a modo de ejemplo, citamos al primer grupo temático creado por el Consejo Económico y Social de NNUU, el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de Personas (GTDF), el cual '(…) sólo entiende en desapariciones de las cuales los gobiernos pueden ser responsabilizados y no acepta casos surgidos de conflictos armados.' Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, GE.05-16877 (E) 200106, E/CN.4/2006/56, 27th Diciembre 2005, pág. 13.

[345] Buergenthal Thomas y otros, Manual Internacional de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Guatemala, CA 1992, pág. 9.

[346] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 553. Ver sobre la jurisdicción doméstica y soberanía Jessup Philip C., A modern Law of Nations, New York: The MacMillan Company, 1948, págs. 68-93; Lauterpacht H., International Law and Human Rights, London, 1950.

> pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.'

Aquí surgen tres cuestiones.

Primero, el párrafo refiere los poderes constitucionales de los órganos de la ONU antes que una regla del DI de fuente consuetudinaria.

Segundo, la reserva del Artículo 2.7 no se aplica respecto de obligaciones creadas por medio de tratado.

Tercero, la regla de la reserva doméstica no se aplica si la ONU afirma la existencia de una violación del DI relativa a los derechos humanos. En este punto, los mayores desarrollos se han producido respecto de violaciones estatales de los derechos humanos, así como a partir del ejercicio del principio de libre determinación de los pueblos.

Coincidimos con Brownlie en que la sustancia del Artículo 2.7 -superviviente del DI clásico-, tiende a desaparecer, en tanto bajo la práctica de los Artículos 55 y 56 de la Carta ONU, cada vez mas cuestiones son rotuladas como de 'interés internacional', quedando así, fuera del dominio reservado de los estados. Entre éstas podemos referir abstracciones tales como el progreso y el desarrollo social; el trabajo; el respeto universal a los derechos humanos, etc... .

La protección internacional de los derechos humanos se realiza mediante procedimientos internacionales provistos por la ONU y otros regionales, todos de fuente convencional. La ya desaparecida Comisión de Derechos Humanos ONU[347] resolvió en el inicio de su actividad -y conforme al DI clásico-, no poseer atribuciones para la adopción de medidas respecto de quejas individuales.[348] Como ya

[347] Reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos ONU, conforme Resolución AG ONU de 3/04/2006, A/RES/60/251.

[348] Resolución 75-V de 1947. Citada por Garretón, Roberto, "La protección internacional de los derechos humanos. El sistema universal", XX Curso Interdisciplinario Rodolfo E. Piza Escalante, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio-agosto de 2002, ponencia; Mantilla Julissa, Derechos humanos. Selección de textos, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 167. Como consecuencia, las quejas se agrupaban en la Secretaría General de la ONU sin solución, hasta que en 1959 se estableció un sistema mínimo de tratamiento que consistía en la confección de listas de quejas de carácter reservado. Extraído de Perez León, op. cit., pág. 618.

mencionamos, en este punto, se ha producido un desarrollo progresivo que permite hoy distinguir entre (i) una capacidad reconocida al individuo limitada a la presentación de denuncias o peticiones[349]; y (ii) una verdadera legitimación activa que le permite llevar a un estado ante una jurisdicción internacional.

Las Convenciones temáticas de derechos humanos nacidas dentro del esquema de protección internacional de la ONU son un claro ejemplo de lo primero. Las normas del DIDH expresan la totalidad de derechos que deben promoverse y respetarse en situaciones de paz.[350] El mecanismo internacional de protección descansa en dos tipos de entes: (i) los creados en la Carta ONU; y (ii) los originados en tratados temáticos.[351] En ambos casos, los procedimientos permiten (i) que los individuos y estados denuncien violaciones de los respectivos instrumentos; (ii) su investigación por Comités creados al efecto[352]; y (iii) la eventual aprobación de un

[349] CADH Artículo 44 '… cualquier persona, grupo de personas, o entidad no-gubernamental legalmente reconocida...'. CEDH Artículo 34 '… cualquier persona, organización no gubernamental o grupo de individuos que aleguen ser víctimas. CADHP Artículo 55 otras comunicaciones (distintas a las de los estados partes) y Protocolo Adicional I (1999) Artículo 6 '...en circunstancias excepcionales la Corte podrá permitir a los individuos, organizaciones no gubernamentales y grupos de individuos presentar casos... '.

[350] A excepción de las situaciones de conflicto armado internacional o interno previstas por el DIH o la comisión de delitos internacionales tratadas en el DIP, que aun repitiéndose constantemente, constituyen anomalías dentro de sistema internacional.

[351] Entre los primeros encontramos los Comités referidos a la discriminación racial, la discriminación contra la mujer, la tortura y los derechos del niño. Entre los segundos, mencionamos el actual Consejo de Derechos Humanos (anterior Comité de Derechos Humanos), el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, las Agencias especializadas y los Programas y Fondos manejados por el Secretario General de ONU. El procedimiento genérico incluye la posibilidad que una persona efectúe una comunicación alegando la violación de un derecho reconocido en una convención internacional por parte de un estado ratificante de la misma. Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Volumen 7, Períodos de sesiones 66 a 74, (julio de 1999 – marzo de 2002), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006.

[352] Existen seis Comités de Control temáticos en el marco de Naciones Unidas, a saber: contra la Tortura; de Derechos Humanos; sobre la Eliminación de la

informe que, elevado a la Asamblea General, detalla la violación y expone al estado frente a la opinión pública internacional.

Encontramos variados ejemplos de tratados temáticos. La Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial de 1965 otorga a los individuos el derecho de comunicar al Comité que crea, las alegadas violaciones de los derechos existentes en la Convención que hubieran sido cometidas por el estado de su residencia, siempre que el Estado hubiera aceptado la competencia del Comité para recibir tales comunicaciones. El Protocolo Adicional No. 1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCyP)[353] reconoce al individuo la posibilidad de denunciar al estado que presuntamente incumple los derechos allí mencionados, documentando las comunicaciones o quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos. La víctima debe ser exclusivamente una persona física. El Comité de Derechos Humanos desestimará cualquier queja relativa a la violación de derechos de personas jurídicas reconocidos en el PIDCP. La decisión final del Comité, al igual que la de todos los otros Comités de derechos humanos nacidos convencionalmente, constituye una recomendación, que implica para el Estado denunciado, una obligación de medios más que de resultados.[354]

El sistema universal comentado posee carácter básicamente administrativo, en tanto los sistemas y procedimientos regionales comparten características consultivas y contenciosas.

En lo regional, Europa, América y África cuentan con mecanismos de protección jurisdiccionales con diferente grado evolutivo y consecuentemente, de reconocimiento de la capacidad

discriminación contra la mujer; sobre la Eliminación de la discriminación racial; de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias; y el Comité de los Derechos del Niño. Cada uno de ellos se constituye en órgano de aplicación de la respectiva convención internacional.

[353] PIDCP, 16/12/1966. Protocolo Facultativo I del PIDCP, 16/12/1996.

[354] El Comité del PIDCP ha fortalecido la eficacia del mecanismo establecido en el Protocolo, pudiendo decidir medidas provisionales tendientes a evitar daños irreparables a la presunta víctima. Ver Buergenthal Thomas, Derechos humanos internacionales, México, Gernika, 1996, pág. 72.

procesal de la persona humana.[355] A este respecto, el mundo Árabe se encuentra en ciernes.[356]

[355] En América, el mecanismo se estructura en el marco de la OEA, su carta constitutiva y básicamente, la Convención Américana de Derechos Humanos (CADH, 1969). El procedimiento prevé la participación de dos órganos principales, la Comisión y la Corte InterAméricanas de Derechos Humanos. La primera fase ante la Comisión brinda una amplia legitimación activa en tanto en la segunda fase ante la Corte, la Comisión es la única legitimada para someter casos contenciosos, aun cuando la participación del individuo afectado o denunciante tienda a ser aceptada en la práctica. Nieto Navia, Rafael, Introducción al sistema InterAméricano de protección a los derechos humanos, Temis, 1993; Fix-Zamudio, Héctor, 'Notas sobre el sistema InterAméricano de derechos humanos', en La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, coordinado por Domingo García Belaunde, 1997, págs. 163-224; del mismo autor, El sistema Américano de protección de los derechos humanos; Buergenthal, Thomas, El sistema intermericano para la protección de los derechos humanos, Anuario Jurídico InterAméricano, 1981. Washington, D.C. OEA; Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, 1982, págs. 121-164; Nikken, Pedro, La protección internacional de los derechos humanos (su desarrollo progresivo), IIDH, Editorial Civitas, Madrid, 1987; Vasak, Karel, La Commission Inter Américaine des droits de l'homme, Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968.

En Europa, el mecanismo establecido es el Consejo de Europa y reconoce dos fuentes: (a) la Convención para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales (CEDH, 4/11/1950) y sus diversos protocolos adicionales (números 3, 5, 8, 11; 14; 14bis (este último cesó el 1/06/2010), cada uno de ellos, de Mayo de 1963, 20/01/1966; 19/03/1985; 28/11/1996; 13/05/2004, y 27/05/2009; respectivamente); y (b) la Carta Social Europea. La CEDH establece el estándar mínimo de derechos civiles y políticos que poseen todos los habitantes del espacio territorial conformado por los estados partes. Se permite que personas físicas y jurídicas además de los estados, accedan directamente a la Corte de Estrasburgo en reclamo ante eventuales violaciones (esto a partir de la entrada en vigencia del Protocolo XI en 1/11/1998). Por su parte ante el incremento de las demandas que llegan a la Corte de Estrasburgo, el Protocolo XIV establece mecanismos para filtrar las demandas individuales, y su adopción obedece al propósito de reforzar y mantener la eficacia del sistema de control de la CEDH. Ver respecto del sistema Europeo, Carrillo Salcedo, Juan A., El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tecnos, España, 2003; Jiménez García Francisco, 'El sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social', en Derecho internacional de los Derechos Humanos, coordinado por Carlos R. Fernández de Casadevante y Romaní, 2000, págs. 161-182; Ruiz Miguel Carlos, La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional, Tecnos, España, 1a reimpresión, 1997; Dijk Pieter; Hoof Godefridus J. H.; y Heringa A. W., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Publishing, 3a edición, 1998.

En África, el sistema funciona dentro de la estructura de la Unión Africana. La

La Comunidad Europea afirmó hace ya tiempo que la 'protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales no pueden en forma alguna ser consideradas una interferencia en los asuntos internos de un estado'.[357] De igual forma se hizo referencia al 'derecho moral de intervenir dondequiera que los derechos humanos sean violados'.[358] El Protocolo 9 a la CEDH[359] introdujo un valioso aporte al sistema, legitimando activamente al individuo a fin de acceder al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque previo

protección se centra en la Carta Africana de derechos del Hombre y de los Pueblos (1986). La protección de los derechos se realiza a través de un procedimiento basado en "comunicaciones o quejas" (Carta, artículos 46 a 54) que pueden ser presentadas por personas físicas, jurídicas y Estados partes. El sistema cuenta con una Corte recientemente conformada que posee funciones jurisdiccionales y consultivas y a la que aún no pueden acceder las personas físicas o jurídicas. El 22 de enero de 2006, en la Octava Sesión Ordinaria del Consejo Ejecutivo de la Unión Africana, se eligieron los once jueces miembros de la Corte, que se reunió por primera vez entre el 2 y el 5 de julio de 2006. Protocol of the Court of Justice of the African Union, Maputo 11 July, 2003. El Protocolo provee un acceso opcional de las ONG y los individuos a la jurisdicción de la Corte: el Artículo 34 (6) exige como requisito que el estado interesado haya realizado una declaración en tal sentido. Hasta 2009, de los 21 estados parte, sólo Burkina Faso había realizado tal declaración. Respecto del sistema Africano, véase Alston, Philip; Goodman, Ryan and Steiner, Henry J., International Human Rights in Context. Oxford University Press, 3rd revised edition, 2006; Mutua, Makau, The African Human Rights System, A Critical Evaluation, State university, New York, 1999, inédito; Okafor, Obiora Chinedu, The African Human Rights System, Activist Forces and International Institutions, Cambridge University Press, Reino Unido, 2007.

[356] La Comisión Permanente Árabe de Derechos Humanos es un órgano de la Liga de Estados Árabes, y posee competencia para fomentar los derechos humanos, desarrollar una concepción común entre los Estados miembros sobre derechos humanos y formular recomendaciones al Consejo de la Liga de Estados Árabes. El Consejo Islámico adoptó la Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre en 1981; y la Liga de Estados Árabes adoptó en 15/09/1994, la Carta Árabe de Derechos Humanos.

[357] EICN.4I1991ISR. 43, pág. 8, afirmado en UKMIL, 62 BYIL, 1991, pág. 556.

[358] Idem anterior. Ver la Declaración de la Comunidad Europea en 1992 en igual sentido, UKMIL, 63 BYIL, págs. 635-6. En forma contraria, la formulación de la fatwah Iraní condenando a muerte al escritor Británico Salman Rushdie fue criticada por el gobierno Británico poniendo en tela de juicio el cumplimiento por parte de Irán del principio de no intervención en los asuntos internos del Reino Unido, ibid., pág. 635. Ver Reisman M., 'Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law', 84 ArIL, 1990, pág. 866.

[359] Protocolo 9, Artículo 3.

trámite ante la entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos. Este acceso quedó consolidado al desaparecer la referida Comisión, con la entrada en vigencia del Protocolo 11, que incorpora el jus standi del individuo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El sistema Interamericano, conformado a similitud del Europeo, avanza en forma lenta aunque firme, hacia constituirse en la garantía regional de efectiva protección de los derechos fundamentales. El mismo permite al individuo denunciar ante la Comisión IDH, la violación por parte de un estado miembro de cualquiera de los de derechos humanos reconocidos en la Carta OEA, la Convención Americana de derechos humanos o las Convenciones temáticas regionales.

Nuevamente debemos afirmar que en la actual etapa de desarrollo, las decisiones del sistema y básicamente las recomendaciones de la Comisión Interamericana, constituyen obligaciones de medios antes que de resultado, tal como se afirmó en Loayza Tamayo v. Perú.[360] No obstante, el avance cualitativo más destacable del tercer Reglamento de la Corte IDH, consistió en otorgar a los representantes de las víctimas o sus familiares la facultad de presentar, en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones.[361] Por último, el cuarto Reglamento de la Corte IDH[362], reconoce capacidad jurídica procesal al individuo, que salvo respecto de la presentación de la demanda, logra una

[360] Corte IDH, Loayza Tamayo v. Perú, Sentencia del 17/09/1997, serie C, núm. 33, parágrafo 80: ' (…) en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)'.

[361] Reglamento de la Corte IDH, 1996, artículo 23.

[362] IV Reglamento de la Corte IDH, aprobado el 24/11/2000, en vigor desde el 1/06/2001, Artículo 23. Este reglamento fue parcialmente reformado por la Corte IDH en su LXI período ordinario de sesiones (20/11/2003 al 4/12/2003; en vigor desde 1/01/2004).

participación plena en todas las etapas del proceso ante la Corte Interamericana. La lógica detrás de este reconocimiento, se basa en que frente al reconocimiento de un derecho, su titular debe contar con la capacidad procesal para ejercerlo.[363] Cançado Trindade, entonces juez de la Corte IDH, es un pionero del reconocimiento de la legitimación activa internacional del individuo:

> 'El espectro de la persistente denegación de la capacidad procesal del individuo peticionario ante la Corte Interamericana, verdadera *capitis diminutio*, emanó de consideraciones dogmáticas propias de otra época histórica tendentes a evitar su acceso directo a la instancia judicial internacional, consideraciones éstas que, en nuestros días… carecen de sustentación o sentido, aún más tratándose de un tribunal internacional de derechos humanos.'[364]

Con el último Reglamento de la Corte IDH, las presuntas víctimas, sus familiares o representantes pueden presentar solicitudes, argumentos y pruebas autónomas durante todo el proceso.[365] Por último, cabe destacar que la participación directa del individuo no se limita a los casos contenciosos y opiniones consultivas, sino que también abarca el pedido de medidas provisionales[366], tal como

[363] Ver Corte IDH. Caso Castillo Páez v. Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia del 30/01/1996, serie C, núm. 24, voto razonado del juez Cançado Trindade, parágrafo 14; Corte IDH. Caso Loayza Tamayo v. Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia del 31/01/1996, serie C, núm. 25, voto razonado del juez Cançado Trindade, parágrafo 14. Citado por Perez León, op. cit., pág. 628.

[364] Corte IDH. Caso Castillo Páez v. Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia del 30/01/1996, serie C, núm. 24, voto razonado del juez Cançado Trindade, parágrafo 16. Citado por Perez León, op. cit., pág. 628.

[365] Reglamento de la Corte IDH, Artículo 23.1 . Pueden además los peticionarios durante las audiencias públicas, hacer uso de la palabra para la presentación de sus argumentos y pruebas.

[366] CADH, artículo 63.2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. Ver Faúndez Héctor, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, 3a. ed.,

aconteció en Tribunal Constitucional y en Loayza Tamayo[367], donde fueron directamente las víctimas quienes solicitaron las medidas precautorias.

El sistema Africano, creado por la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos[368], cuenta con el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, nacido a partir de un Protocolo[369] que contempla la posibilidad para los individuos de presentar denuncias en contra de los estados, previa aceptación de la jurisdicción del Tribunal por parte de éstos.

Akehurst[370] duda sobre si el acceso que los individuos poseen bajo ciertas condiciones a procedimientos de protección de derechos humanos, constituye realmente un reconocimiento de su subjetividad. Se funda en que tal acceso depende de tratados en los que han consentido previamente los estados, quienes pueden luego retirarlo. También menciona que en una cantidad importante de casos, las disputas relativas a violaciones de los derechos humanos constituyen quejas de personas contra su propio gobierno, en tanto que en las disputas relativas a inversiones existe un gobierno extranjero involucrado.

Si bien es cierto que el estado puede obligarse y luego retirar tal obligación a voluntad, no es menos cierto que su exclusivo arbitrio derivado de su carácter soberano se encuentra limitado por normas imperativas del DI (jus cogens). El desarrollo progresivo del DIDH arroja como resultado que la existencia de un 'núcleo duro' de derechos humanos fundamentales que es hoy parte del jus cogens. La

San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, págs. 509-590.

367 Corte IDH, Tribunal Constitucional v. Perú, Resolución sobre medidas provisionales, 14/08/2000; Loayza Tamayo v. Perú, Resolución sobre medidas provisionales, 3/02/2001.

368 Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, Banjul, 27/07/1981.

369 Protocolo a la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, 10/06/1998, artículo 5. Acceso a la Corte… 3. El Tribunal puede permitir a los individuos y a las organizaciones no gubernamentales (ONG) dotadas de estatuto de observador ante la Comisión, la introducción, directamente ante el Tribunal, de denuncias de conformidad con el artículo 34 (6) de este Protocolo.

370 Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 101.

disponibilidad de los estados respecto de estos derechos se encuentra sumamente limitada. Comenta el profesor Nanda:

> 'Realmente, la persona humana como individuo se está convirtiendo en un completo demandante con legitimación para buscar amparo judicial en la arena internacional. La protección de los internacionalmente reconocidos derechos humanos constituye sea cual fuere la perspectiva, un cambio revolucionario.'[371]

VII.h. La responsabilidad por la participación en delitos internacionales

Largamente se ha debatido -y básicamente negado-, la posibilidad que el individuo posea obligaciones internacionales. Al respecto, la opinión mayoritaria de la doctrina clásica era negativa.[372] Sin embargo ya Kelsen se levantó en contra de esta opinión, recogiendo una teoría que había sido esgrimida anteriormente por Rehm[373], según la cual, el DI de fuente convencional posibilita considerar al individuo como sujeto de hechos antijurídicos directamente regulados por el DI, y sin necesidad que el derecho doméstico capte tales conductas. Kelsen ejemplificaba con actos tales como la piratería y la violación de un bloqueo por buques neutrales. Hoy, sumaríamos las numerosas formas de comisión de los tres delitos internacionales tipificados en el Estatuto de Roma: el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.

Contesta Verdross a lo anterior, mencionando que el DI no obliga a perseguir la piratería -ni los demás crímenes, agregaríamos-, sino que sólo faculta a los estados para ello, 'autorizándolos excepcionalmente a proceder contra ellos (…) sobre la base de su

[371] Nanda Ved, "International Law in the twenty – first century", capítulo 5 en Jasentuliyana N. (ed.), Perspectives on International Law, London, Kluwer, 1995, pág. 83. La traducción es nuestra.
[372] Ver Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, pág. 200.
[373] Rehm, Untertanen als subjekte volkerrechtlicher Pflichten, Z. V., I, 1906, pág. 59.

ordenamiento jurídico.'[374] Los desarrollos ocurridos en torno del DIPenal, habilitan a complementar el pensamiento de Verdross, con la obligación estatal derivada del principio 'aut dedere aut judicare', que si bien ya era mencionada por Grocio, constituye al presente, la piedra fundamental de la cooperación penal internacional y de la lucha contra la impunidad, al menos respecto de los delitos internacionales referidos en el párrafo anterior.

La violación sistemática y generalizada de derechos humanos fundamentales por parte de ciertos estados, ha generado la elaboración de teorías que tienden a responsabilizar a los individuos que han ordenado y ejecutado tales violaciones. En este sentido, la responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes internacionales suma otra arista de la creciente subjetividad de la persona humana. Desde la II guerra mundial en adelante queda claro que ciertas conductas positivas y negativas (actus reus), perpetradas con la intención de cometer tales actos (mens rea), constituyen un grupo de conductas rigurosamente prohibidas que podemos calificar como verdaderos 'delicta jure gentium' (delitos internacionales). Tales conductas se encuentran hoy tipificadas en el Estatuto de Roma y otros estatutos de tribunales internacionales penales ad-hoc, que codifican en este punto la costumbre internacional, incluyendo las diferentes formas de comisión (i) del delito de genocidio; (ii) de los crímenes contra la humanidad; y (iii) de los crímenes de guerra; además del (iv) crimen de agresión, que aún esta tipificar.

El carácter internacional de estos delitos arroja como consecuencia que aquellos individuos que participan en sus diversas formas de comisión, puedan ser perseguidos tanto por una jurisdicción doméstica o internacional legalmente habilitadas, las cuales aplicarán el DIPenal.

El DIPenal reconoce a la persona humana y a la Humanidad como objeto de su protección. Contrastando con el enfoque del

[374] Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, pág. 200. Es verdad que este autor refiere luego a los delitos contra el DI -delicta juris gentium- pero aquí afirma que los particulares solo tienen deberes. Esta situación ha cambiado en parte al menos en lo que respecta a la actividad de las ONGs de naturaleza penal y del rol que a las víctimas les cabe dentro del esquema del Estatuto de Roma.

DIDH, centra su análisis en la responsabilidad penal individual, en los partícipes penalmente responsables de la comisión de violaciones al núcleo duro de derechos-delitos internacionales. La responsabilidad penal internacional es hasta el momento, dominio exclusivo del individuo, ya sea que actúe a título exclusivamente personal -piratería o trata de esclavos-, o bien como agente o gobernante del estado u otra organización política -los crímenes internacionales tipificados en el Estatuto de Roma-. Este carácter exclusivo se corresponde con la opinión mayoritaria de autorizada doctrina, que afirma que las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta penal, ya que el delito se elabora sobre la base de la conducta humana individual, aun cuando en determinadas situaciones, la ley penal genere consecuencias para las mismas.[375]

La sentencia del Tribunal de Nüremberg refutó al positivismo extremo, que señalaba que el DI era sólo aplicable a los estados. Es clásico el pasaje de la sentencia dictada en los juicios de Nüremberg, piedra de toque del desarrollo del DIPenal contemporáneo:

> 'Se ha dicho que el Derecho Internacional sólo se ocupa de las acciones de los estados soberanos, y que no provee castigo para los individuos … En la opinión del Tribunal, [esta alegación] debe ser rechazada. Es largamente reconocido que el Derecho internacional impone obligaciones y responsabilidades tanto a los individuos como a los estados... La verdadera esencia de la Carta es que los individuos poseen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el estado individual. Quien viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad mientras actúa en nombre de la autoridad estatal, si el estado al autorizar la acción lo hace fuera de la competencia que le reconoce el DI.'[376]

[375] Zaffaroni Eugenio, Tratado de Derecho Penal, Parte General III, Ediar, Buenos Aires, 1999, página 55. Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también Bacigalupo Silvina, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ed. Bosch, Barcelona, 1998. Igualmente la opinión de Maier Julio B., Derecho Procesal Penal Argentino, página 206 y notas a pie. Ed. del Puerto, 1996.

[376] Nazi Conspiracy and Aggression Opinion and Judgement (Washington, United States Government Printing Office, 1947), pág. 52.

Medio siglo después de Nüremberg, la Cámara de los Lores Inglesa en Pinochet repetiría la idea:

> '¿Puede afirmarse que la comisión de un delito que constituye un crimen internacional contra la humanidad y el jus cogens, es un acto realizado bajo una capacidad oficial en nombre del estado? . Creo que constituye un fundamento de peso el afirmar que la implementación de la tortura tal como se la define en la Convención contra la Tortura no constituye una función del estado.'[377]

Tras Nuremberg, la CDI afirma el principio de responsabilidad individual por la comisión de delitos internacionales, reformulando la referencia hecha en términos generales a 'quienes actuaron en el interés de los estados del Eje Europeo', que existía en el Estatuto de Nüremberg[378], para elevarla a 'Principio de DIPenal'.[379] Dejando de lado la controversia sobre la validez legal de los principios de Nüremberg en el tiempo en que fueron formulados, concordamos con Brownlie en que el Artículo 6 del Estatuto de Nüremberg es parte, desde aquel momento, del DI general. El Acuerdo de Londres fue firmado por las principales potencias de la época -los Estados Unidos, el Reino Unido, Francia y la Unión de Repúblicas Socialistas

[377] Lord Browne – Wilkinson, Pinochet 3rd case, R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3) 2000, 1 AC 147, at 203. La traducción es nuestra, en el original inglés: 'Can it be said that the commission of a crime which is an international crime against humanity and jus cogens is an act done in an official capacity on behalf of the state? I believe there to be strong ground for saying that the implementation of torture as defined by the Torture Convention cannot be a state function.'

[378] Estatuto de Nüremberg, Artículo 6, sub-paras. (a), (b) y (c), donde se afirma la competencia del tribunal para procesar y castigar a las personas que a título particular o como miembros de organizaciones y actuando conforme los intereses de los estados del Eje Europeo, habían cometido los crímenes bajo examen.

[379] Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. Texto adoptado por la CDI en su segunda sesión, en 1950, y enviado a la Asamblea General como parte del Reporte de la Comisión cubriendo el trabajo de la sesión. ILC Report, A/1316 (A/5/12), 1950, part III, paras. 95-127, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II.

Soviéticas-, junto con otros 19 estados que luego adhieren a él. Y sin solución de continuidad, la Asamblea General ONU afirmó los Principios de DI reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y las sentencias del Tribunal.

La Carta Anexa al Acuerdo para la persecución y castigo de los mayores criminales de guerra de 1945 (Acuerdo de Londres), proveía específicamente la responsabilidad individual por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.[380] El contenido de esta Carta de Nüremberg puede ser hoy considerado parte del DI general. Esto es así porque la Asamblea General ONU afirmó en 1946 los principios de la Carta, así como los fundamentos de las decisiones del Tribunal creado.[381] El Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996)[382] afirma la responsabilidad penal internacional en relación con los crímenes de agresión[383], genocidio[384], crímenes contra la humanidad[385], crímenes contra las Naciones Unidas y su personal asociado[386], y crímenes de guerra[387]. Por su parte, el Consejo de Seguridad al tratar la situación en Somalia, a principios de la década de 1990, condenó unánimemente a través de sendas Resoluciones las violaciones al DIH ocurridas en la región, afirmando que los autores de tales violaciones o quienes las habían ordenado serían individualmente responsabilizados por ellas.[388]

[380] Ver Artículo 6, 39 AJIL, 1945, Supp., pág. 259. Ver igualmente Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, págs. 565-6, y Lauterpacht, International Law and Human Rights, London, 1950, pág. 6.
[381] Resolución 95 (l). Ver International Law Commission's Report on Principles of the Nuremberg Tribunal, Yearbook of the ILC, 1950, vol. 11, pág. 195; así como Convention on the Non - Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, 1968. Ver también Shaw Malcolm N., 'The subjects of International Law', International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003, pág. 235.
[382] Documento A/51110, pág. 9; y Artículo 2.
[383] Artículo 16.
[384] Artículo 17.
[385] Artículo 18.
[386] Artículo 19.
[387] Artículo 20.
[388] CS ONU Resoluciones 794 (1992) y 814 (1993).

Además de la responsabilidad estatal por delitos internacionales -que no ha logrado mayores avances al momento-, existen las personas de carne y hueso que ejecutan los crímenes y personas que los ordenan: ellos también responderán por quebrantar la prohibición del DI general. Se van diferenciando así dos sistemas de responsabilidad internacional por actos ilícitos: (i) el primero contempla al estado ; (ii) el segundo gira en torno del individuo. En este sentido, la antijuridicidad, el daño causado, el nexo causal, el factor de atribución y la extensión de la responsabilidad, diferirán según se analice el caso desde la órbita de la responsabilidad del estado o desde la del individuo.

Afirma Cassese que el individuo se encuentra bajo obligaciones internacionales de diverso tipo:

> '(…), some solely relating to armed conflict, others (those on crimes against humanity, genocide, aggression, terrorism, torture) also concerning peacetime. These obligations are incumbent upon all individuals of the world; they are all obliged to refrain from breaching the aforementioned rules, if they do not do so, they are accountable for their, transgression.'[389]

El subsistema del DIPenal complementa la consideración del individuo como 'sujeto de protección' brindada por el DIDH, a la vez que lo afirma como titular de obligaciones internacionales. Ya en el tradicional texto de Oppenheim se leía:

> 'los diversos desarrollos ocurridos después de las dos guerras mundiales no justifican mas la opinión que, en derecho positivo, sean los estados los únicos sujetos del DI. A medida que la conciencia de ese hecho gana terreno, debe aumentar la disposición para tratar a los individuos, dentro de una esfera limitada, como sujetos del DI.'[390]

[389] Cassese Antonio, International Law, 2a. ed., Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005, págs. 144 y 145.

[390] Oppenheim's International Law, Lauterpacht, Longman, Londres, 1962, 8ª edición, Tomo I, página 639, citado y traducido por Barboza, Julio en su Derecho

Al comentar las obligaciones internacionales del individuo, Verdross afirma que:

> 'sólo estaremos ante un deber jurídico internacional de un individuo, cuando el propio DI asocie a un supuesto de hecho -Tatbestand- una sanción contra un individuo, de tal manera que estas normas puedan aplicarse directamente...'[391]

Esta situación existe desde la vigencia del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional que crea, y en relación con los delitos internacionales allí tipificados.

En suma, el DIPenal amplía la subjetividad internacional, centrando su atención en el individuo como posible sujeto activo de las acciones típicas. Complementa así al DIDH, aún cuando conserve diferencias en cuanto a sus fines inmediatos.[392]

El subsistema del DIPenal desconoce la legitimación activa del individuo, con la única excepción de la situación de las víctimas. Ellas intentan encontrar su lugar dentro del procedimiento ante la CPI, en tanto el Estatuto de Roma les otorga la posibilidad de presentarse como parte civil dentro del proceso penal. La lucha contra la impunidad, dirigida a convertirse en un principio básico del DIPenal, encuentra en las víctimas individuales una herramienta eficaz para su consolidación. Perez León afirma que la Corte Penal Internacional

> 'supera el modelo adversarial *process*, propio del *Common Law*, el cual fue seguido por los tribunales penales internacionales precedentes; para incluir algunos elementos del proceso inquisitorial *system* del *Civil Law*,

Internacional Público, Zavalía, Buenos Aires, 1999, página 587.

[391] Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, pág. 201.

[392] En el caso del DIDH, la protección de la persona frente a posibles abusos estatales (así el DIDH 'sacó' a la persona de la jurisdicción interna del estado) y en el caso del DIP, el eventual castigo de los partícipes (en sentido amplio), de los delitos internacionales.

> el cual hace factible, como recuerda Schabas[393], la participación de las víctimas en calidad de parte civil.'[394]

La Cámara Preliminar de la CPI respecto de la situación ocurrida en el Congo[395], determinó que una vez abierta la investigación existe el derecho de la víctima a participar, en función de la lucha internacional contra la impunidad. La Cámara señaló:

> 'A la vista del contenido básico del derecho a ser oído establecido en el Artículo 68 (3) del Estatuto, aquellas personas a quienes se les ha reconocido el estatus de víctimas serán autorizadas, no obstante cualquier procedimiento específico desarrollado en el marco de tal investigación, a ser oído por la Cámara con vistas a presentar sus puntos de vista y preocupaciones y completar documentos relativos a la actual situación en la República Democrática del Congo (…) la Cámara posee una obligación dual: por un lado, permitir a las víctimas presentar sus puntos de vista y preocupaciones, y por el otro, examinar las mismas.'[396]

En relación con la legitimidad pasiva, el subsistema del DIPenal reconoce la misma. En este punto, nos inclinamos por un

[393] Schabas, William, Introduction to the International Criminal Court, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pág. 172.

[394] Perez León, op. cit., pág. 636. Destaca este autor que las víctimas además de las observaciones que pueden presentar ante la Sala de Cuestiones Preliminares, y la CPI en las actuaciones referidas a la competencia y la admisibilidad, pueden tomar parte en el proceso que se sustente ante la CPI. Estatuto de la CPI, artículo 15.3. Ver igualmente Artículos 68.3; 75; y Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 85.

[395] CPI, Situation in the Republic Democratic of the Congo Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5 and VPRS6. Decisión del 17 de enero de 2006, parágrafo 79.

[396] Ídem ant. Traducción del autor, original inglés: In the light of the core content of the right to be heard set out in article 68(3) of the Statute, persons accorded the status of victims will be authorized, notwithstanding any specific proceedings being conducted in the framework of such an investigation, to be heard by the Chamber in order to present their views and concerns and to file documents pertaining to the current situation in the DRC (…) the Chamber has a dual obligation: on the one hand, to allow victims to present their views and concerns, and, on the other, to examine them.

concepto amplio de responsabilidad internacional individual, que incluya no solo a los líderes estatales sino también a los líderes y miembros de organizaciones políticas opuestas al estado.[397] Es aquí oportuno recordar la teoría desarrollada por Wengler respecto de la responsabilidad internacional. Este autor distingue entre el acto ilícito (delito), por un lado, y la responsabilidad, por otro. Así, el acto ilícito es la condición de una sanción, mientras la responsabilidad consiste en ser el destinatario de tal sanción, independientemente de ser el autor material del acto ilícito.[398]

La participación real que se acuerde a las víctimas importará desarrollos radicales para la subjetividad internacional del individuo, en tanto constituye el nexo entre el responsable penal individual y el estado u organización política criminal utilizados como instrumento dirigido a provocar la violación de los derechos.

[397] Creemos que el estado está obligado a perseguir al partícipe de crímenes de guerra sin distinguir entre su pertenencia al mismo estado u otra organización política. Como apoyo de esta interpretación amplia de la participación criminal, el Artículo 3 común a los CG concluye afirmando que 'La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto'. Así, el DIH deja a salvo que esta situación de brindar a los miembros de una organización política beligerante el mínimo de derechos del artículo 3 (y eventualmente castigar a sus líderes conforme la aplicación de normas internacionales) no implica para el estado en cuestión, reconocimiento internacional alguno de la personalidad jurídica de tales organizaciones que lo combaten.

[398] Barberis agrega: 'Esta distinción es importante, pues hay casos donde no existe identidad entre el autor del acto ilícito y el destinatario de la sanción. [Wengler] también analiza el derecho de la guerra y estima que todo individuo o comunidad que sea objeto de una sanción en este ámbito, es sujeto de derecho internacional. Wengler generaliza luego este análisis y llega a la conclusión que sujeto de derecho de gentes es quien es responsable internacionalmente, o sea, todo aquel que puede ser destinatario de una sanción internacional". Barberis Julio A., Los sujetos del derecho internacional actual, Tecnos, Madrid, 1984, nota 12, pág. 24. Ver Wengler Wilhelm, Public International Law: Paradoxes of a Legal Order, 158 Recueil des Cours, 1977, págs. 16-18.

VII.i. Peticiones y reclamos a título personal ante instancias internacionales

El sistema de denuncias o peticiones, menos gravoso en sus consecuencias para los estados, ha sido tradicionalmente una concesión aceptada por éstos, evitando así, otorgar legitimación procesal plena al individuo.

La dinámica del sistema se explica cuando el individuo presenta su denuncia ante un órgano de naturaleza política de una organización internacional -no ante un tribunal internacional-, el cual investiga las alegaciones y decide las acciones que considera necesarias y posibles contra el estado denunciado[399], entendiendo siempre que se está frente a un ente soberano. Esto último implica que ante una negativa estatal de cumplimiento, el resultado final no trasciende la mera retórica del informe -aún cuando el mismo pueda ser dado a publicidad-.

Preguntamos, ¿puede actualmente el individuo demandar a un estado ante una jurisdicción internacional? . La respuesta no es absoluta. Si bien el DI clásico negaba esta posibilidad -véase el Estatuto de la CIJ[400]-, la tendencia se dirige a establecer matices y a, eventualmente, tornar la excepción en regla. Por otra parte, que el individuo no pueda ejercer a título personal acciones directas contra los estados en el plano internacional, no implica la ausencia de subjetividad, ya que como opina Brownlie, gran parte de las obligaciones reconocidas por el DI de fuente consuetudinaria son impuestas a los estados y a sus gobiernos y en consecuencia, carece de sentido que el individuo las ejerza.[401] En consecuencia, no es conveniente plantear esta problemática en términos absolutos.

Para Lauterpacht[402] la capacidad procesal del individuo bajo ciertos tratados permite concluir que conforme la práctica

[399] Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, pág. 103.

[400] Estatuto CIJ, Artículo 34 '… sólo los estados pueden ser partes en casos ante la Corte'.

[401] Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 581.

[402] Lauterpacht Hersch, Oppenheim's International Law, 8a. ed., Londres, Longman, 1962, nota 45.

internacional, los Estados no son los únicos sujetos de DI. Sorensen[403] menciona tres importantes antecedentes referidos a la legitimación procesal internacional activa del individuo: (a) la Corte Internacional de Presas Marítimas[404], que actuaba como corte de revisión; (b) la Corte de Justicia Centroamericana[405], creada a principios del siglo XX; y (c) el Tribunal Arbitral de la Alta Silesia.[406]

La primera y segunda guerra mundial posibilitaron considerar al individuo como legitimado activo de reclamos vinculados con las consecuencias civiles y aún penales de los conflictos armados. El problema de conferir a la persona legitimación activa internacional fue analizado en 1920 por un Comité de Juristas designado para la redacción del Estatuto de lo que luego sería el TPJI. En ese momento, sólo dos de sus diez miembros se mostraron favorables a incluir este tipo de legitimación con lo cual la idea fue desechada.

El sistema de la Liga de Naciones preveía el procedimiento de denuncias respecto de los habitantes de los territorios bajo mandato - minorías nacionales-, pero sólo de manera indirecta ya que el interesado dirigía su petición a la Comisión Permanente de Mandatos, a través del gobierno mandatario interesado, en caso que considerara haber sido víctima de discriminación.

La ausencia de representación procesal plena del individuo en el sistema de la Liga de Naciones, creaba una disparidad de armas dentro del proceso judicial. Esta circunstancia motivó que el Consejo de la Liga de Naciones ideara un procedimiento previo al proceso ante el TPJI. El 14/12/1939 el mismo Consejo emitió una Resolución por la cual solicitaba una opinión consultiva sobre los 'Antiguos Funcionarios de la Comisión del territorio del Saar'. Esta Resolución permitió a los individuos denunciantes presentar un memorándum dirigido a la Liga, el que luego sería respondido por el

[403] Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pág. 489.

[404] Conferencia de Paz de La Haya, 1907, debía actuar como corte de apelaciones en casos de presa. 2 AJIL, Supl., 1908, pág. 174. La Corte jamas entró en funciones.

[405] 2 AJIL, Supl., 1908, pág. 231. La Corte de Justicia Centroamericana fue constituida en 1907 por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador.

[406] Instituido en la Convención Germano-Polaca de 1922, Artículos 5 y 6. Reichsgesetzblatt, 1922, II, pág. 238; Steiner and Gross v. Polish State, Tribunal Arbitral de la Alta Silesia, 30/03/1928, AD, 1927-28, caso No. 188.

Secretario General, que así afirmaría la opinión de la misma Liga de Naciones. Estos documentos serían luego enviados al Tribunal, junto con la solicitud de opinión consultiva.[407]

La Carta de la ONU contiene dentro del sistema de fideicomiso, una referencia específica sobre peticiones. Su Artículo 87 dispone que la AG y el CAF pueden aceptar peticiones de territorios fideicometidos, y examinarlos en consulta con la autoridad fideicomitente.[408]

Las Convenciones temáticas de derechos humanos nacidas a partir del esquema de protección internacional de la ONU citadas en el punto anterior son otro claro ejemplo. Allí remitimos. En estos casos, el individuo solo inicia el procedimiento, perdiendo posteriormente todo control sobre su dirección y contenido. El sistema ahorra gastos al individuo, y es popular entre los estados, al proveer un medio rápido para descartar reclamos infundados -tal es la función de los requisitos de admisibilidad de la denuncia-.

En el caso del 'Tribunal Administrativo de Naciones Unidas'[409], en una controversia suscitada ante el mismo organismo en el cual el individuo posee plena legitimación procesal, la Asamblea General ONU decidió solicitar una opinión consultiva a la CIJ.[410] La cuestión controversial era la forma en que la CIJ iba a tener conocimiento de las alegaciones de los funcionarios internacionales. Si sólo los órganos

[407] Finalmente, la Liga renunció al ejercicio del derecho a presentar sus afirmaciones escritas y verbales en tanto igual posibilidad le era negada a los peticionarios. Ver Rosenne Shabtai, The law and Practice of the International Court, A. W. Sijthoff, Leiden, 1965, pág. 737.

[408] Si bien los 11 territorios fideicometidos inicialmente han ejercido el principio de la libre determinación de los pueblos -el último de ellos en 1994-, restan aún territorios a los cuales se sigue aplicando la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, los cuales son supervisados por el Comité de Descolonización.

[409] El Estatuto del Tribunal fue adoptado por la Asamblea General el 24/11/1949, estando facultado para entender en cuestiones relativas al incumplimiento de contratos laborales del personal de Naciones Unidas.

[410] El pedido de opinión consultiva de la AG se fundaba en la Resolución 785A (VIII) del 9/12/1953. En el caso concreto el Director Ejecutivo de UNESCO puso en duda la validez de ciertas decisiones de los tribunales de la Organización Internacional de Trabajo. ICJ Reports, 1956, pág. 77. Es de destacar que varias organizaciones hacen uso del Tribunal de la OIT.

que los empleaban tenían acceso -a través de la AG- a ser oídos ante la misma Corte y no lo funcionarios internacionales, entonces, se produciría una lesión al debido proceso. Durante la tramitación de los procedimientos, la Federación Internacional de Asociaciones de Servidores Públicos, se dirigió al Secretario de la Corte, preguntándole si el Estatuto de la CIJ o la Corte conforme su discrecionalidad, permitiría a la Federación exponer sus puntos de vista ante ella. La respuesta fue negativa. Consecuentemente un grupo de abogados Neoyorquinos que se había ya presentado ante el Tribunal Administrativo ONU representando los intereses individuales de los funcionarios internacionales, solicitó la posibilidad de presentar un memorándum y participar del debate oral. Fundaron su petición en que los intereses de sus clientes podía ser afectados directamente por el Tribunal, considerando sobre todo que las reglas en las opiniones consultivas, permitían una mayor flexibilidad que en los procesos contenciosos. Otro argumento esgrimido fue la práctica adoptada por la misma CIJ en el caso del África Subsahariana[411], respecto de la Liga Internacional por los derechos del Hombre, donde se permitió a esta ONG actuar como amicus curiae.

Desde la Secretaría -instruida por el Presidente de la CIJ-, se respondió que la Corte:

> 'estaría ligada por las limitaciones fijadas en el Artículo 66, párrafo 2 del Estatuto' y en consecuencia 'no estaría autorizada a solicitar o recibir declaraciones escritas u orales tanto de los sus clientes o en el propio nombre de los consejeros legales que los habían representado en los procedimientos ante el Tribunal Administrativo.'[412]

Dijo la CIJ:

> 'Aquí la ausencia de igualdad emana … del articulado del Estatuto de la Corte... . El carácter judicial de la Corte requiere que ambas partes directamente afectadas por

[411] ICJ Reports, 1950, pág. 128. En este caso, se permitió a la Liga la presentación de un escrito referido a las cuestiones legales de la situación en debate.
[412] CIJ Caso del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas, ICJ Pleadings, pág. 394.

> estos procedimientos sean colocadas en una posición que les permita expresar sus puntos de vista y argumentos a la Corte.
> En el caso de UNESCO, el Estatuto y las Reglas de Procedimiento de la Corte no constituyen obstáculo en este sentido… En el caso de los funcionarios, la situación es diferente.'[413]

Los dos principales sistemas regionales de protección de derechos humanos reconocen al individuo plena legitimación procesal -como el Consejo de Europa y su Corte de Estrasburgo-, o bien permiten al denunciante y a su asistencia técnica, participar de los procedimientos judiciales -como el Sistema Interamericano y su Corte de Costa Rica-. En este último sistema, la Comisión[414] y Corte[415] Interamericanas de derechos humanos aceptan la institución del amicus curiae. A modo de ejemplo, en el caso Olmedo Bustos y o. c. Chile, la Corte Interamericana admitió el memorial presentado por el señor Sergio García Valdés en calidad de amicus curiae, en fecha 18/09/2000.[416]

[413] CIJ - ICJ Reports, 1956, pág. 86.
[414] Por ejemplo, en el caso "Saldaño c/Estados Unidos" (Nº 12.254), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentó un amicus curiae ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de someter a consideración de dicho tribunal algunos argumentos de derecho internacional de los derechos humanos de relevancia para resolver el fondo del caso, específicamente vinculados con la prohibición de dictar una condena teniendo en cuenta pruebas basadas en prejuicios raciales. El 18/04/2002 la Comisión Interamericana se pronunció a favor de la admisibilidad de la presentación realizada.
[415] Puede mencionarse el caso "Consuelo Benavides Cevallos c/Ecuador", donde la Corte Interamericana aceptó el instituto del amicus curiae, presentado por Amnistía Internacional, en fecha 18/12/1997.
[416] García Valdés junto con varios otros habían actuado previamente en la instancia interna Chilena. Ver copia de la sentencia de 20 de enero de 1997 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante la cual se acoge el recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, en nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos.

Las jurisdicciones nacionales ejercen la jurisdicción internacional cuando aplican las normas del DI, actuando como un brazo de éste.[417] Sorensen opina que

> 'no existe ninguna razón inherente por la cual a un individuo se le deba negar el acceso a un tribunal que, de hecho, ejerce su jurisdicción entre un estado y dicho individuo en casos relacionados con cuestiones de DI'.[418]

Los tribunales domésticos aceptan la institución del *amicus curiae* en causas de interés público. Estados Unidos e Inglaterra son dos de los países con mayor receptividad jurisprudencial del instituto. Por ejemplo, en Pinochet, Amnistía Internacional presentó un memorial en calidad de *amicus curiae* ante la Cámara de los Lores Inglesa.[419] En Argentina, la causa ESMA[420] sentó un importante precedente, cuando el 18/05/1995, la Cámara Federal en pleno admitió un memorial presentado por dos organismos internacionales de derechos humanos: el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional -CEJIL- y Human Rights Watch/Americas, quienes argumentaron sobre las obligaciones estatales que emanan del DI, respecto de los familiares de las víctimas de desaparición forzada, así como sobre el derecho a la verdad de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad en su conjunto.

[417] Confrontar Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 580. Para el autor no constituyen una jurisdicción internacional, sino que la ejercen.

[418] Sorensen Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pág. 491.

[419] En Paraguay, su Corte Suprema de Justicia de dicho país aceptó en 1997 la presentación de un amicus curiae presentado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el International Human Rights Law Group en el juicio que el PE Chileno había iniciado contra la constitucionalidad de la ley Nº 838/96 que regulaba la indemnización de las víctimas de la última dictadura militar paraguaya. Ver CELS, Informe sobre el instituto del 'amicus curiae', página web http://www.ceijus.org.ar/upload/amicus_instituto_completo_CELS.pdf .

[420] Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, caratulada 'Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada" (Causa Nº 761).

La Corte Suprema Argentina en Bussi[421] admitió tácitamente -al no rechazarlo-, el escrito presentado en calidad de amicus curiae por el Centro de Estudios Legales y Sociales -CELS-, por el cual se procuraba que la Corte consagrara explícitamente los criterios respecto de la idoneidad que debe poseer todo funcionario público, conforme lo establecido por las normas constitucionales y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, a los cuales Argentina se ha comprometido a respetar.[422] En 2004 el instituto recibe admisión formal.[423]

También la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina receptó el instituto. En Felicetti[424], diferentes organismos de derechos humanos presentaron argumentos relevantes fundados en el DIDH, para resolver el recurso de revisión presentado por la defensa de los detenidos por la toma del regimiento de La Tablada, especialmente a fin de cumplir las decisiones internacionales que garantizan la doble instancia a los detenidos.

Sumando a lo hasta aquí comentado, varios e importantes tratados multilaterales contienen provisiones que otorgan al individuo legitimación procesal para incoar acciones contra estados soberanos.

Primero, mencionamos ya la XII Convención de La Haya de 1907 que estableció la Corte Internacional de Presas, y cuyos Artículos 4 y 5 permitían a individuos neutrales reclamar ante la Corte, a fin de defender sus derechos frente a un estado extranjero. El estado cuya nacionalidad ostentaba el individuo podía negarle esta

[421] CSJN Argentina, causa nro. B310/00, caratulada 'Bussi, Domingo Antonio s/ recurso extraordinario'.

[422] Ver http://www.cels.org.ar/Site_cels/documentos/e_amicus/amicus_pdf/5.e.1.pdf . Si bien la CSJN no se expidió expresamente sobre la admisibilidad de este instituto, el memorial fue anexado al expediente.

[423] Así, según la Acordada CSJN N 28/2004 de fecha 14/07/2004, el Amicus Curiae es un instrumento destinado a permitir la participación ciudadana en la administración de Justicia en asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público. Los terceros intervinientes son ajenos a las partes, y deben poseer una reconocida competencia en las cuestiones que se debaten, a fin de poder ofrecer argumentos de trascendencia para la solución del conflicto.

[424] Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, caso Felicetti, Roberto y otros s/revisión (causa Nº 2831), resuelto el resuelto el 23/11/2000.

posibilidad, en caso que dicho estado incoara la acción en su lugar. Esta Convención nunca entró en vigencia.[425]

Segundo, la Corte Centroamericana de Justicia que funcionó entre 1908 y 1918, además de resolver litigios entre estados, poseía competencia para dilucidar cuestiones planteadas por individuos de cualquiera de las cinco repúblicas de América Central que la integraban, en contra de cualquiera de los estados contratantes. Las acciones debían fundarse 'en violaciones de tratados y convenciones, y otros casos de carácter internacional', sin importar si el propio gobierno apoyaba dicho reclamo o no. Para acceder a la jurisdicción internacional se respetaba la regla del agotamiento previo de los recursos internos o en su defecto, debía demostrarse una denegación de justicia. Sorensen menciona que esta Corte llegó a tratar ocho casos, cinco de los cuales eran relativos a individuos. Sólo para la anécdota, de éstos, cuatro fueron declarados inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos internos, y el quinto fue decidido en forma contraria a los intereses del individuo.[426]

Tercero, el Tribunal Arbitral de la Alta Silesia creado por la Convención Germano – Polaca del 15/05/1922[427], poseía jurisdicción respecto de reclamos de individuos contra cualquiera de los gobiernos contratantes, aun cuando fueran nacionales, en caso de violación de sus derechos adquiridos. Las reglas de procedimiento del tribunal (Artículos 16 a 24 de la Convención) no efectuaban distinción alguna entre representantes de los gobiernos e individuos que actuaban en su capacidad privada, en cuanto a su legitimación procesal. Por esto, la persona humana poseía plena capacidad procesal conforme la citada Convención.

[425] Ver Scott James B. (ed.), The Hague Conventions, Carnegie Endowment, New York, London, 1915, págs. 189-190. Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, pág. 583.

[426] La Convención que da origen a la Corte Centroamericana fue firmada en 20/12/1907, Hudson Manley O., The Permanent Court of International Justice 1920-1942, The Macmillan Company, New York, 1943, págs. 42-70. Este autor menciona 10 casos tratados por la Corte en lugar de los 8 a los que alude Sorensen.

[427] Ver Kaeckenbeeck Georges, The International Experiment of Upper Silesia, Royal Institute of International Affairs, Oxford, 1942; y el caso Steiner and Gross v. Polish State, Annual Digest, 4 (1927-1928), no. 188.

Cuarto, los Tribunales Arbitrales Mixtos contemplados en el Tratado de Paz de Versailles[428], así como los otros tratados de Paz firmados en su consecuencia, facilitaron el acceso directo de individuos a los tribunales internacionales. El Tratado de Versailles otorgó el derecho de compensación a los nacionales de las potencias aliadas y asociadas. Mediante el mismo podían reclamar las pérdidas sufridas tanto a los nacionales de los estados vencidos como también a estos últimos.[429] Un importante número de reclamos se presentaron ante el Tribunal durante sus diez años de existencia.[430] No obstante, gran parte de sus decisiones versaron sobre puntos de derecho privado y sobre la interpretación de los tratados de paz.

Quinto, Brownlie menciona otros tratados bilaterales de variada importancia que otorgaban cierta capacidad procesal al individuo. Como ejemplo, el celebrado entre Estados Unidos y Alemania mediante un Acuerdo realizado en 10/08/1922, por el cual se creó una Comisión Mixta de Reclamos para que entendiera respecto de: (i) peticiones de ciudadanos Norteamericanos contra Alemania por daños a su propiedad, sus derechos e intereses radicados en Alemania; (ii) otros reclamos por daños que fueran consecuencia de la guerra; y (iii) deudas de ciudadanos Alemanes y del Estado Alemán. Numerosos laudos emitidos por esta Comisión afirmaron los intereses de los ciudadanos, en un pie de igualdad con los del estado Alemán. Sin embargo, los peticionarios no poseían legitimación procesal completa, sino que eran representados por abogados designados por cada gobierno.

Sexto, el final de la segunda guerra mundial recreó la misma necesidad expresada en Versailles, esto es, la creación de tribunales arbitrales destinados a resolver conflictos surgidos con motivo del conflicto armado. Esta vez la solución fue diferente, ya que la cuestión de los reclamos patrimoniales fue tratada como un asunto de naturaleza estatal. En este contexto, la llamada Corte Suprema de Restitución[431] constituyó una excepción a lo que históricamente venía

[428] Tratado de Paz de Versailles, Artículos 296, 297, 304 y 305

[429] Tratado de Versailles, Artículo 297 (e). Se presentaron cerca de 20.000 reclamos al Tribunal Franco-Germano; y cerca de 10.000 ante el tribunal Británico-Germano.

[430] Lauterpacht Hersch, International Law and human rights, Londres, 1950, pág. 50.

[431] Conformada en 1952 entre Estados Unidos, Reino Unido y Francia por un parte y

sucediendo, ya que poseía jurisdicción respecto de reclamos iniciados por las víctimas del Nazismo y dirigidos a la restitución de propiedades identificables y a los bienes ocupados por el régimen Nazi. Ante esta jurisdicción, los individuos podían comparecer como demandantes o demandados. En segundo lugar, la Comisión Mixta de 1954[432] tuvo jurisdicción sobre disputas entre acreedores y deudores relacionados con las deudas exteriores Alemanas.

Séptimo, el Tribunal Arbitral de Estados Unidos e Irán[433], surgido a partir del derrocamiento del régimen del Sha Reza Pahlevi, incluyó en su articulado, los reclamos sostenidos por nacionales de ambos estados.

Octavo, hallamos el procedimiento establecido para la Comisión de Compensación de Naciones Unidas[434], creada luego de la derrota militar de Irak en 1991, cuya misión consistió en priorizar los miles de reclamos de víctimas individuales en contra de Irak, antes que las demandas de las grandes compañías. La citada Comisión no operó como un órgano de justicia.

Noveno, hemos referido ya los sistemas regionales. El individuo cuenta con legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[435] Sumado a ello, el Protocolo Nº 11, adicional a la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales,

Alemania por la otra, a partir de la firma de la Convención para la solución de los Asuntos surgidos de la guerra y la ocupación de fecha 26/05/1952. El mismo tratado instituyó la Comisión Arbitral de Bienes, un órgano internacional de revisión de resoluciones administrativas o judiciales Alemanas.

[432] Establecida en función del Acuerdo sobre Deudas Exteriores Alemanas de 1953 celebrado entre veinte estados.

[433] Ver la Declaración del Gobierno de Argelia de 19/01/1981, Artículo 2. Al día de hoy (enero 2011) el Tribunal ha concluido 3.900 casos, restando aún complejas controversias entre los estados. El tribunal surgió a partir de la detención de 52 nacionales Estadounidenses en la embajada de EEUU en Teherán en 1979 y el posterior congelamiento de los activos Iraníes en EEUU.

[434] Comisión creada por el Consejo de Seguridad ONU en Ginebra en 1991.

[435] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales telle qu'amendée par les Protocoles nos 11 et 14 accompagnée du Protocole additionnel et des Protocoles nos 4, 6, 7, 12 et 13, Art. 34. Sitio web de la Corte Europea (visita abril de 2011)
http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FRA_Conven.pdf

afirma el status del individuo en el sistema europeo. En cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la última reforma del Reglamento de la Corte reconoce a la víctima y sus representantes, después de notificado el escrito de sometimiento del caso, la capacidad de presentar de forma autónoma, su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, así como la posibilidad de continuar actuando durante todo el proceso.[436] El sistema Africano de protección de los derechos humanos se estructura en torno de la "Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos" de Octubre 21, 1986. Son sus órganos de supervisión la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos creada en 1998, en funciones desde 2004 y cuyo Estatuto fue recientemente reformado (2012).[437]

Décimo, es de mencionar el renovado impulso que la subjetividad individual en el ámbito procesal cobra hacia fines del siglo XX.

Desde la década de 1980 en adelante, se generó una tendencia relativa a la solución pacífica de controversias, por la cual un número creciente de organizaciones regionales e internacionales comenzaron a proveer su propio esquema de solución pacífica, en cuyo contexto, los tribunales arbitrales han constituido el medio favorito, conformados por expertos en las particulares cuestiones que le dan vida.

En la década de 1990, la histórica Corte Permanente de Arbitraje de La Haya alienta el conocimiento de controversias entre estados y particulares. Se encuentra facultada por sus diversas reglas de procedimiento, para entender en conflictos entre estados; entre estados y entes privados; entre estados y organizaciones internacionales; y entre organizaciones internacionales y entes privados.[438]

[436] Reglamento de la Corte Interamericana de derechos humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28/11/2009, Artículo 25. Participación de las presuntas víctimas o sus representantes.

[437] Ver Buergenthal Thomas y Maier Harold G., Public International Law in a nutshell, 7a. Reedición, United States, 1998, pág. 117 y ss.; Farinella, F. El derecho internacional de los Derechos Humanos, Ed. Suarez, Mar del Plata, Argentina, 2005, p. 68 y ss. En internet sitio African Union http://www.au.int/en/organs/cj

[438] Ver Sitio de la Corte Permanente de Arbitraje http://www.pca-

En el acuerdo que da marco al bloque regional de América del Norte (NAFTA) las personas de carácter privado tienen acceso a los tribunales arbitrales que pueden laudar en ciertos casos determinados.[439]

En la órbita del Mercosur, se habilita a los habitantes de un estado parte a efectuar denuncias contra los demás estados parte, en caso que éstos decidan medidas que obstaculicen el comercio regional, contrariando los principios sentados en el Tratado de Asunción.

La legitimación procesal del individuo se presenta en forma convencional, toda vez que un individuo y un estado acuerdan en que sus conductas serán gobernadas por el DI. Como consecuencia, los individuos adquieren los derechos estipulados en el contrato. Esta capacidad procesal individual de carácter convencional ha dado origen a situaciones controvertidas. Tomemos tan sólo a título de ejemplo, los contratos de concesiones petroleras anteriores a la gran crisis petrolera de 1973, que habían sido celebrados entre los estados e inversores extranjeros. A fin de resolver estos problemas, un avance significativo respecto de las controversias de carácter económico se ha producido dentro de los sistemas de solución pacífica del Banco Mundial y de la OMC.

El Banco Mundial[440] posee un sistema de arbitraje destinado a resolver controversias sobre inversiones que se susciten entre un estado y los nacionales de otros estados. El default Argentino de inicios del siglo XXI[441] trajo a primer plano la utilidad del CIADI, órgano de solución de controversias del Banco Mundial. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y

cpa.org/showpage.asp?pag_id=1188 .

[439] Por ejemplo, en disputas relativas a la inversión, anti-dumping, y medidas de retorsión.

[440] Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

[441] Argentina posee una particular situación ante este organismo, ya que resulta ser el país más demandado del mundo ante el CIADI, con 49 casos sobre un total de 184 iniciados. Hacia el año 2006 ya un informe del propio organismo del Banco Mundial notaba que las causas contra la Argentina ocupaban un 32% del total de demandas presentadas, que incluso rebasa al resto de Latinoamérica en su conjunto (que posee un 16% del total de demandas). Datos a Diciembre de 2010.

Nacionales de Otros Estados[442], como su nombre lo indica, habilita a las personas físicas y jurídicas[443] a ser parte en procesos relativos a inversiones cuando la contraparte es un estado. Por su parte, los estados se comprometen a no conceder protección diplomática ni promover reclamos internacionales respecto de aquellas diferencias en que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter al arbitraje.

La Organización Mundial de Comercio brinda sólo a los estados parte, la legitimación necesaria para recurrir al mecanismo de solución de diferencias o para ser objeto de tal procedimiento.[444]

VII.j. Importancia de la 'cláusula democrática' para el reconocimiento de la subjetividad individual

La cláusula democrática se presenta en el contexto de la globalización como una guía que direcciona a los estados hacia el respeto de los derechos y libertades fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el reconocimiento de la subjetividad individual. Un sistema democrático consolidado brinda al individuo mayores posibilidades de ser considerado sujeto de DI vis-a-vis los estados.

El DI clásico enseña que los principios de igualdad soberana de los estados, de soberanía política e integridad territorial, en frágil equilibrio con la autodeterminación, se conjugan para reconocer a los

[442] El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. El Convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial). El 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos sometieron el Convenio, con un Informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del Convenio. El Convenio entró en vigor el 14/10/1966, cuando fue ratificado por 20 países. A Marzo de 2011, 156 estados han ratificado el Convenio para convertirse en Estados miembros.

[443] Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Artículo 25, inc. a y b.

[444] WTO, Annex II, Dispute Settlement Understanding, Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, Artículos 3, 4 y ss. Ver sitio web http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#dispute.

pueblos el derecho de elegir libremente su propio sistema político. La Resolución 2625 afirma 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'.[445]

Y además,

> 'El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.'[446]

La misma CIJ, en Nicaragua v. Estados Unidos, afirmó:

> '(…) el principio de la soberanía de los estados deja a éstos libertad de elección en cuestiones como el sistema político, económico, social y cultural'.[447]

Preguntamos: ¿cuánto más importa hoy, en relación con los tiempos precedentes, que los pueblos ejerzan su derecho a la libre determinación dentro de ciertos límites aceptables en función de la evolución de los sistemas políticos?. Ciertamente mucho.

La llamada 'cláusula democrática' constituye una declaración de principios, pero es también un requisito ineludible para acceder al reconocimiento de un nuevo estado, y hasta podría entenderse como una limitación del derecho a la libre determinación. Se consolida así la

[445] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24/10/1970, que contiene la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de amistad y a la Cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.
[446] Ídem anterior.
[447] CIJ, Nicaragua v. Estados Unidos, 1986 Reports, pág. 109.

'democracia' como el sistema político mas apto para hacer florecer los derechos fundamentales de la persona humana, y he aquí su relación con los derechos humanos.

Europa adopta la cláusula democrática en relación con el reconocimiento de los nuevos estados de Europa del Este, tras la desintegración de la ex-URSS y luego, la ex-Yugoslavia. En sendas Declaraciones[448] se somete el reconocimiento de los nuevos estados a que éstos cuenten con una base democrática y se comprometan a respetar una serie de obligaciones internacionales, derivadas de la Carta de la ONU, el Acta de Helsinki de 1975 y la Carta de París de 1990 y otros compromisos referidos a los derechos humanos, los derechos de las minorías, la inviolabilidad de las fronteras, el desarme, la no proliferación nuclear, el arreglo pacífico de controversias y el no reconocimiento de los entes nacidos de la agresión.[449]

En la órbita del MERCOSUR, existen cláusulas de este estilo que actúan a modo de requisito de admisibilidad de nuevos estados miembros, o bien como estándar para mantener la calidad de miembro pleno, en relación con los demás estados parte. El Protocolo de Ushuaia[450] afirmó el carácter esencial del gobierno democrático para afianzar la integración regional. En este instrumento se afirma que en caso de ruptura del orden democrático en un Estado Parte del Protocolo, los demás estados promoverán consultas entre sí y con el Estado afectado. En caso que tales consultas resultaren infructuosas, los demás estados partes considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Estas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos.

[448] Véase la Declaración relativa a las líneas directrices sobre el reconocimiento de nuevos estados en Europa Oriental y en la Unión Soviética y la Declaración sobre Yugoslavia adoptadas por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores.

[449] Así lo explica Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a. ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 182.

[450] Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile. 24/07/1998.

Los países asociados a la UNASUR dispusieron la vigencia de la 'cláusula democrática' con la intención de proteger a sus miembros de posibles intentos de golpe contra el orden constitucional.[451] Según se dispone, el instrumento se aplicará

> 'en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos.'[452]

Los presidentes de América del Sur a través del Comunicado de Brasilia[453] afirmaron la 'clausula democrática', sosteniendo que

> 'El mantenimiento del estado de derecho y el pleno respeto al régimen democrático en cada uno de los doce países de la región, constituyen un objetivo y un compromiso compartidos, tornándose desde hoy, condición para la participación en futuros encuentros sudamericanos.'[454]

Cláusula democrática y derechos humanos se encuentran intrínsecamente unidos. La *raison d'être* de la cláusula democrática reside justamente, en la promoción y protección de los derechos humanos y en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Esto es así porque el sistema democrático se funda y por esto

[451] UNASUR, IV Reunión de Presidentes, Cumbre de Guyana, 26/10/2010. Firmada en forma unánime por los representantes de los países que en ese momento componían el bloque: Argentina, Venezuela, Ecuador, Guyana, Surinam, Brasil, Colombia, Paraguay, Uruguay, Chile, Perú y y Bolivia.
[452] Protocolo Adicional al Tratado constitutivo de la UNASUR, Artículo 1. Entre las posibles sanciones, se prevé el cierre parcial o total de fronteras; la suspensión del comercio, del tráfico aéreo y marítimo, de las comunicaciones, de la provisión de energía, de los servicios y suministros; el sugerir la suspensión del Estado en otros organismos regionales e internacionales; la promoción de penalizaciones ante terceros países y otras sanciones políticas y diplomáticas adicionales, Artículo 4.
[453] Comunicado de Brasilia, Reunión de Presidentes de América del Sur. Brasilia, 01/09/2000. El 'Compromiso andino por la Democracia' de 1998 marcha en igual sentido.
[454] Comunicado de Brasilia, párr. 23.

privilegia, el reconocimiento pleno de los derechos individuales, a la par que prioriza la solución pacífica de controversias.

La 'cláusula democrática' actúa como límite del derecho a la libre determinación de los pueblos, e incluso, ya en su formato jurídico, de la soberanía de los estados. En el siglo XXI, la tendencia se dirige a la democratización de las constituciones y consecuentes sistemas políticos internos. Con esto, el DI abandona su posición neutral frente a la elección política de los estados, y comienza a imponerles la forma democrática. Es todavía una facultad del estado la libre elección de su sistema político, pero esta libertad se ve cada vez mas acotada por la cláusula democrática, cuya inobservancia tiene por consecuencia el eventual aislamiento del sistema internacional. Y es en este punto de la entronización de la democracia como sistema político preferente, donde la subjetividad individual se consolida, en tanto la naturaleza democrática se centra en la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales, afirmando en suma un enfoque antropocéntrico.

VIII

La subjetividad individual y una mirada desde la dimensión de la justicia

El DI clásico negaba la personalidad internacional del individuo, fundado en la necesidad de inmediatez de contacto de las obligaciones y derechos con el DI.[455] Conforme este razonamiento, si un ente recibe los derechos y obligaciones a través de otro, en palabras de Barboza, 'no estará actuando por sí mismo -o sea como persona internacional-, por lo menos en cuanto a esos particulares derechos u obligaciones se refiere'.

Esta lógica varias veces centenaria adoptada por el DI, ha desconocido la distinción entre capacidad de hecho y de derecho, que aún siendo propia del derecho interno, no encontramos razón para negarla dentro del sistema del DI. La idea del individuo como simple 'objeto de protección', y en consecuencia, *protegido* sólo en la medida en que su estado de nacionalidad decida ejercer el instituto de la protección diplomática, ha demostrado su ineficacia si se la evalúa conforme parámetros de justicia e igualdad.

Moncayo - Vinuesa - Gutiérrez Posse adelantan su opinión favorable a lo que comentamos cuando afirman:

> 'La sola imputación directa de derechos y obligaciones internacionales confiere al individuo subjetividad dentro del ordenamiento jurídico internacional. Y esto es así, independientemente de que el individuo haya sido habilitado o no, para el ejercicio directo de las acciones correspondientes'.[456]

[455] Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a. ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, pág. 155 y la bibliografía citada en el Capítulo 9 de su obra.
[456] Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, Derecho Internacional Público, Tomo 1,

Entendemos ilógico negar la personalidad jurídica internacional del individuo, cuando el fundamento consiste en que sus derechos los ejerce a través de otro ente o en que no existe un representante habilitado para el ejercicio de los mismos, circunstancias que por otra parte, se dan rutinariamente en el derecho interno. La ficción del 'individuo – objeto', mantenida durante siglos, comienza a desaparecer frente a una realidad evidente para el DIDH: el individuo posee capacidad legal para ser titular de derechos y obligaciones internacionales y en consecuencia, reclama la aptitud para el ejercicio directo de tales derechos. Lentamente lo viene logrando, como hemos visto a partir de las situaciones comentadas e instituciones existentes en los tres subsistemas basados en la protección de la persona humana y en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales internacionales.[457]

Al momento, el individuo es titular de derechos, que en su mayoría no ejerce por sí en el plano internacional, sino a través de la asistencia de su representante clásico, el estado. A su vez, el estado se encuentra obligado -no facultado- a brindar tal protección. La ausencia de defensa de los nacionales que sufren la violación de derechos básicos, genera responsabilidad internacional del estado por omisión.

La ausencia de coacción respecto de las decisiones tomadas por la comunidad internacional en relación con un estado soberano, problema decano de las relaciones internacionales, no invalida la afirmación anterior.

Tampoco es útil como justificación de la incapacidad individual la ausencia de legitimación procesal activa o pasiva, sino al contrario, representa un aspecto injusto que ha mantenido la solidez del sistema de estados soberanos, y que hoy llama a ser corregido.

La legitimación procesal se constituye en la verdadera naturaleza del derecho cuando éste deja de ser controvertido, y esto ocurre con los derechos y libertades fundamentales. El derecho interno marca la tendencia: al presente, un incapaz sin representante

Ed. Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, Argentina, 1990, pág. 16.

[457] En forma coincidente opina Perez León Juan P., El individuo como sujeto de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de Méjico, Anuario Mejicano de Derecho Internacional, vol. VIII, 2008, pág. 605.

legal, no constituye un 'objeto de protección', sino un verdadero sujeto de derechos, al cual el estado le debe brindar una titularidad efectiva.

Resumiendo lo expuesto, y bueno es recordarlo, el ejercicio efectivo de los derechos -en este punto, la existencia de procedimientos de defensa de los derechos del individuo frente a los estados, y su consecuente habilitación procesal-, mueve a que afirmemos con Gearty[458] que al presente, 'enforcement is nine tenths of the law'.

[458] Gearty Conor, The Right's Future website project, London School of Economics, UK, Track 20, 2011. En internet therightsfuture.com/t20-enforcement-nine-tenths-of-the-law . Traducción: el ejercicio efectivo constituye el 90% del Derecho.

IX

¿Es el individuo un sujeto 'derivado'?

¿Es la personalidad jurídica reconocida al individuo de carácter originario o deriva de la voluntad de los estados?. En todo caso, ¿cuál es la verdadera relevancia de esta cuestión? .

La doctrina tradicional centrada en el estado como sujeto originario y supremo, hace depender toda otra subjetividad internacional, de la exclusiva voluntad estatal. Diez de Velasco no duda en afirmar que a la par de los estados,

> 'coexisten otros sujetos, que cabe calificar de secundarios o derivados, poseedores de alguno o algunos de los rasgos que integran la capacidad internacional'.[459]

En esta lógica, ya sea por vía de costumbre o de convención, todo sujeto internacional, poseerá tal calidad gracias a la voluntad exclusiva de los estados.

Pero entonces, aun concediendo sin aceptar, ¿revela esta dependencia la fragilidad de toda otra subjetividad internacional diferente de la estatal?. Y en consecuencia, ¿puede el estado retirar su voluntad y con esto desconocer capacidad a la persona para que ejerza sus derechos?.

No estamos seguros que así sea. De los tres subsistemas -de los derechos humanos, de derecho humanitario y de derecho penal internacional-, el DIDH es el que menos debe su existencia a la voluntad estatal. Resume siglos de historia de reivindicaciones de la

[459] Díez de Velasco, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, 16a. Edición 2007; Edit. Tecnos, Madrid, pág. 271.

persona humana frente al poder. De esta historia evolutiva hacia el reconocimiento internacional de la subjetividad humana, el estado moderno sólo ocupa algo más de tres siglos. En realidad, podríamos afirmar que la protección de los derechos humanos, siendo su naturaleza absolutamente reivindicatoria, existe *a pesar de los estados y en contra de los intereses del poder gubernamental.*

El hecho que sean los estados quienes reconocen capacidades legales a entes que, como consecuencia, devienen sujetos de DI, poco dice sobre la existencia de una potestad exclusiva de los estados dirigida a crear sujetos de DI. Mucho menos sindica al estado como responsable de la perdurabilidad de la personalidad jurídica de tales entes una vez creados, todo lo cual parece desprenderse de la calificación de 'derivada' que se brinda a la subjetividad de varios de los entes que hemos analizado. El hecho que la capacidad de alguno de estos entes sea funcional, es decir, se encuentre limitada a la realización de ciertas conductas, nada agrega en favor de la tesis de la subjetividad exclusiva del estado.

Ciertamente, en caso que aceptáramos hablar de una subjetividad 'derivada', no debería entenderse ésta como una personalidad accesoria a merced de la voluntad arbitraria del estado. El núcleo duro de 'derechos humanos – delitos internacionales' y la protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales, existen hoy con manifiesta independencia de la voluntad de reconocimiento estatal y aún en contra de negativas expresas que pudieran contener derechos internos no democráticos.

El estado es una construcción social, creada a partir de individuos y de grupos sociales, quienes en ejercicio de su soberanía inherente, han delegado en él su representación exterior, dándole sentido al derecho entre naciones antes que entre estados. Para comprenderlo de forma evidente, realicemos la analogía del derecho doméstico: el estado crea las normas jurídicas a través de sus órganos. Contamos aquí con la ficción del contrato social, conforme el cual la persona es la depositaria de la soberanía, en tanto los órganos del estado crean, aplican y juzgan las infracciones al Derecho, que define quiénes y bajo qué requisitos constituirán un sujeto de derecho. Y no por esto se nos ocurre poner en duda dentro del derecho interno, ni la subjetividad individual ni la de las personas jurídicas.

Preferimos situar la noción de 'subjetividad derivada' como un antecedente histórico, restándole importancia actual. En realidad, la distinción existente entre sujetos originarios y derivados confunde la capacidad de generar normas de manera directa, con la capacidad de derecho que emana de tales normas. El estado genera normas internacionales de manera directa, y se encuentra obligado a respetar otras que exceden su voluntad circunstancial -normas de *jus cogens*-, todo lo cual crea derechos y obligaciones tanto para él como para otros verdaderos sujetos internacionales, como las organizaciones internacionales cualquiera sea su tipo; el individuo; las corporaciones transnacionales; etc.

X

Conclusiones

El DI clásico enseña que la personalidad jurídica internacional puede adquirirse tanto por el reconocimiento o la aquiescencia prestados por otros sujetos internacionales ya reconocidos, como también por una combinación de provisiones convencionales.

En tercer lugar y desde la visión de los derechos humanos agregamos que en otras ocasiones, la subjetividad internacional será el resultado de una evolución histórica y social. Es éste el caso de los derechos y libertades fundamentales que forman hoy parte del jus cogens, y que deben ser respetados por los estados en condiciones de igualdad y no discriminación. En este punto, el sistema westfaliano ha debido aceptar lo inevitable: capacidades funcionales necesarias para el ejercicio efectivo de reivindicaciones históricas triunfantes ejercidas tanto por individuos como pueblos frente al estado.

El derecho a la igualdad es un simple pero claro ejemplo en cabeza de los individuos; el derecho a la libre determinación de los pueblos cristalizado en la Carta ONU y los Pactos Internacionales I y II, ejemplifica un reclamo histórico varias veces centenario, que había sido ya expuesto por de Vitoria, Grocio, Pufendorf y de Vattel.

En tanto no existen al presente reglas que detallen de forma exhaustiva la extensión de los derechos y obligaciones de los sujetos internacionales, la cuestión de la subjetividad internacional no se centra tanto en la capacidad de derecho que un ente posee a fin de adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales, sino sobre la atribución real de derechos y deberes, la cual es determinada por una variedad de factores. Éstos van desde la capacidad procesal para efectuar reclamos hasta ciertas funciones taxativamente prescriptas que el pretendido sujeto puede realizar por sí mismo. En este punto, el reconocimiento, la aquiescencia y el estoppel constituyen

importantes principios que, en el contexto de la personalidad jurídica internacional, suman al momento de responder afirmativamente sobre la subjetividad internacional del ente en análisis. Por otra parte, la aceptación de la personalidad jurídica internacional no necesita ser objetiva, al grado de vincular a los estados que no la consientan, aunque tampoco deban soslayarse los requisitos de tiempo y contenido.

Dilucidar si cada uno de los entes hasta ahora discutidos, constituyen sujetos de DI plenos o relativos, o simples entes con algún grado de subjetividad internacional de carácter funcional, es una cuestión que requiere analizar las circunstancias del caso en particular.

Los estados son los sujetos originarios porque han creado el DI. Son además, sujetos 'plenos' porque poseen la totalidad de las capacidades para adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales y ejercerlos por sí mismos. La 'calidad de estado' que implicará el reconocimiento de la personalidad jurídica del ente nacerá como resultado de la satisfacción fáctica de ciertos criterios legales establecidos. Esto es así ya que su personalidad deriva de la misma naturaleza y estructura del sistema internacional que origina el mismo DI.

El surgimiento del estado moderno se confunde así con la misma creación del DI, tanto por vía de costumbre como de convención.

Dentro de los entes de naturaleza política que reúnen algunos de los requisitos que satisfacen los estados -aunque no todos-, situamos a las asociaciones verticales como el protectorado y el vasallaje; las asociaciones interestatales horizontales como el Commonwealth; los estados dependientes como las uniones federales; los condominios internacionales; los diferentes tipos de territorios internacionales; las regiones dentro del territorio de un estado soberano que reciben derechos de autonomía; la administración exclusiva de un territorio por parte de una organización internacional; los territorios no autónomos y su derivación, los estados asociados. De cada uno de estos tipos hemos brindado ejemplos al analizarlos, y si bien comprenden una gama de matices ciertamente extensa, comparten como denominador común la forma embrionaria estatal: reúnen ciertos requisitos como territorio

y población en su gran mayoría; pero adolecen de otros, siendo el poder y la soberanía las ausencia mas notorias.

Las organizaciones internacionales y supranacionales de carácter público -intergubernamentales-, como la ONU y las que establecen esquemas asociativos regionales, constituyen verdaderos sujetos de DI, en base a que su personalidad jurídica deriva en forma inherente del sistema internacional o regional.

Las restantes personas jurídicas de la globalización -las organizaciones internacionales de carácter privado e interés público como las ONGs y las corporaciones transnacionales, se encuentran en una situación embrionaria en cuanto al reconocimiento de su subjetividad internacional incompleta.

La capacidad de las organizaciones internacionales privadas como las ONGs es siempre relativa en la medida en que se encuentra limitada por el objeto para el que fueron creadas. Si bien en teoría no constituyen un sujeto de DI, en la práctica ciertas ONGs que desempeñan funciones similares a otras organizaciones intergubernamentales son tratadas como sujetos de DI. No es de esperar que en un futuro inmediato, las ONGs sean incluidas en el selecto grupo de personas jurídicas que gozan de capacidades de hecho de carácter funcional.

La subjetividad internacional de las corporaciones transnacionales debe ser atendida jurídicamente, ya que en caso contrario, las situaciones se resuelven de facto, en perjuicio del ente mas débil -generalmente los estados en desarrollo- afectando en suma a sus sociedades civiles.

Dentro de las personas no soberanas, incluimos a las restantes organizaciones internacionales de carácter gubernamental, tales las agencias creadas tanto por estados como por organizaciones internacionales. Respecto de las agencias, las capacidades funcionales de las que gozan, al haber sido delegadas por otro sujeto que los crea y respecto del cual son accesorias, no las habilitan para ser consideradas como sujetos de DI.

En este mismo grupo carente de soberanía incluimos los cuatro tipos especiales de personalidad ya analizados: (i) los pueblos no autónomos; (ii) los movimientos de liberación nacional; (iii) las comunidades beligerantes; y (iv) la Humanidad.

Todos éstos constituyen sujetos no plenos del sistema internacional. Comparten como característica común que sus capacidades son funcionales, esto es, conferidas por el DI sólo de manera excepcional y con miras a la realización de conductas regladas dentro del marco de legalidad supraestatal signado por el respeto de valores comunes del DI. También poseen diferencias.

Los pueblos y comunidades originarios cuentan hoy con una protección legal internacional generada por los estados. No obstante, aun siendo su origen de fuente convencional, la observancia actual de sus derechos escapa ya a la voluntad arbitraria de los estados. Diferente es la cuestión relativa a su subjetividad. Existe una insalvable dificultad –al menos al momento-, para distinguir a una minoría étnica de una comunidad originaria, a lo que debe agregarse la imprecisión del concepto jurídico de 'pueblo'. En este punto, debemos concluir que en el presente estado del DI, los pueblos originarios no constituyen sujetos del sistema internacional.

Los movimientos de liberación nacional y las comunidades beligerantes que poseen un control de parte del territorio, se constituyen en autoridad de facto respecto del buen gobierno del mismo, y en este sentido están obligados a respetar las normas fundamentales del DI general. Sus miembros individuales poseen obligaciones internacionales referidas al respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y la prohibición de la comisión de los delitos internacionales que forman parte del jus cogens.

No vemos obstáculo alguno en reconocer la personalidad jurídica de la Humanidad como un colectivo titular de ciertos derechos, mas como un paraguas simbólico dirigido a la defensa de los global commons que al ejercicio de una protección efectiva, lo cual constituye una asignatura pendiente.

Los entes sui generis se explican y aceptan por si mismos. Existen razones históricas, políticas y religiosas que actúan como concausa de su reconocimiento. Incluimos aquí entes sui generis tales como la Soberana Orden de Malta; la Santa Sede; y los gobiernos en el exilio.

Por último, el estatus internacional del individuo es una cuestión trascendente para el futuro del DI. Si hasta ahora hemos manifestado que el DI clásico le negaba subjetividad de manera rotunda, el DI contemporáneo se la reconoce de manera relativa.

Estamos transitando el cambio de paradigmas desde el DI de naturaleza interestatal hacia un DI de naturaleza intersubjetiva. En consecuencia, afirmamos que la legitimación procesal se constituye en la verdadera naturaleza del derecho cuando su mera existencia deja de ser controvertida. Los derechos y libertades fundamentales conforman un marco teórico que sirve de presupuesto para la acción. Este verdadero paradigma de la post-modernidad mueve a re-significar tradicionales conceptos del DI general, entre los cuales se encuentra la cuestión de la subjetividad internacional.

Indice

Prólogo del Dr. Juan Antonio Travieso 5
Palabras previas 9
I. Introducción 11
II. Los caracteres permanentes de un sujeto internacional requeridos por el DI clásico 19
III. Sujetos tradicionales del DI 25
III.a. Los Estados y sus atributos 27
III.a.1. El territorio 29
III.a.2. La población 33
III.a.3. El gobierno 35
III.a.4. La capacidad de entrar en relaciones con otros estados 38
III.a.5. Otros atributos 44
III.b. Entes de carácter político que se asemejan a los estados. 47
III.c. Organizaciones internacionales y supranacionales de carácter público 56
III.d. Agencias de los estados y de organizaciones internacionales 66
IV. Entes sui-generis 69
IV.a. Orden de Malta 71
IV.b. La Santa Sede y el Vaticano 72
IV.c. Otras iglesias y sociedades civiles internacionales 75
IV.d. Gobiernos en el exilio 75
V. Tipos especiales de personalidad 77
V.a. Pueblos no autónomos (minorías étnicas y comunidades originarias) 79
V.b. Movimientos de liberación nacional 90
V.c. Comunidad beligerante 95
V.d. La Humanidad 100
VI. La subjetividad en las personas jurídicas de la globalización 103
VI.a. Organizaciones internacionales de carácter privado e interés público: las ONGs. 105
VI.b. Las corporaciones transnacionales 111

VI.c. Los bloques regionales 116
VII. La persona humana 121
VII.a. Desarrollo de su subjetividad internacional 123
VII.b. El derecho de fondo 126
VII.c. El derecho de forma 128
VII.d. Relaciones entre el estado y el individuo 129
VII.e. La protección internacional de los trabajadores 137
VII.f. La protección de la persona como víctima de los conflictos armados 138
VII.g. Los sistemas internacionales de protección de la persona humana 142
VII.h. La responsabilidad por la participación en delitos internacionales 152
VII.i. Peticiones y reclamos a título personal ante instancias internacionales 161
VII.j. Importancia de la 'cláusula democrática' para el reconocimiento de la subjetividad individual 173
VIII. La subjetividad individual y una mirada desde la dimensión de la justicia 179
IX. ¿Es el individuo un sujeto 'derivado'? 185
X. Conclusiones 191

eudem