

ILADIR

Instituto Latinoamericano de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales

www.iladir.com

Gobernanza Global

Director:

Manuel Rodríguez Cuadros

Jefa de Edición y Redacción:

Luciana Cumpa García Naranjo

Año 1, Número 2,
Mayo - agosto 2009

ISSN 2225-007



Contenido

Juan Antonio Travieso

El Derecho Internacional Contemporáneo: Claves para cambiar de rumbo

Alicia Cebada Romero

La Sensibilidad Cultural y el Derecho Internacional en los Procesos de Mediación Internacional

Augusto Hernández Campos

Definición del crimen de agresión: evolución del concepto de crimen contra la paz hasta el Tribunal Internacional de Nuremberg

Manuel Rodríguez Cuadros

Diplomacia y cooperación descentralizada: un instrumento para el desarrollo y la gobernabilidad de las regiones

Giovanna Gismondi

Casos presentados por Estados Latinoamericanos ante la Corte Internacional de Justicia

El Derecho Internacional Contemporáneo: Claves para cambiar de rumbo”

Juan Antonio Travieso (*)

“¡Ay! -dijo el ratón-. El mundo se hace cada día más pequeño. Al principio era tan grande que le tenía miedo. Corría y corría y por cierto que me alegraba ver esos muros, a diestra y siniestra, en la distancia. Pero esas paredes se estrechan tan rápido que me encuentro en el último cuarto y ahí en el rincón está la trampa sobre la cual debo pasar” ...

... Continuará al final del artículo ...

Franz Kafka

I. Introducción

La cita de Kafka nos recuerda que ese mundo tan pequeño se hace cada día más complicado, azotado por la economía y la contaminación con las mil y una enfermedades.

¿Cuál es la solución?, ¿Cambiar de rumbo?, ¿Cuál será la herramienta para atender a ese proceso de cambios?

Consideramos que hay una herramienta conceptual indispensable: el derecho internacional público.

El derecho internacional público requiere además de su definición, caracteres y conceptos generales la descripción

del escenario y de los medios de los que dispone. La tarea consiste en transformarse en un intérprete de la comunidad internacional, asimilable a la tarea de un comentarista que excede su comentario sin darse cuenta que se convierte en una especie de arquitecto institucional cuya tarea consiste en dibujar en el papel un diseño, esto es en lenguaje jurídico relatar la situación como un cronista de acuerdo con la situación imperante.

Si este trabajo se hubiera escrito a fines del siglo XX, es probable que nos hubiéramos referido a los caracteres que se presentaban en la realidad de posguerra: La independencia y la interdependencia que hacían del estado el sujeto y agente generador de las relaciones internacionales, solitario en el curso de la historia. Pero el caso es que hoy el estado no esta solo, pues no es el único sujeto y agente generador de normas jurídicas, sino que también

(*) Doctor en Derecho y Catedrático de la Universidad de Buenos Aires.

su presencia se halla en tela de juicio.

Con ese cuadro, la realidad tiene tal velocidad que estamos como relatando un film, igual que en el decolaje de un avión, pero de un avión que no está terminado, que se está construyendo. De un avión, que además está sobrevolando ciudades fuera de los radares. Un avión que vira hacia dos objetivos: uno el del horror y el otro el de la televisión, en vivo y en directo.

A partir del 11 de septiembre de 2001 con el ataque a las torres Gemelas de Nueva York se inició una nueva etapa con una comunidad internacional que pasa a ser diferente a la anterior de un día para otro.

Ante estos hechos se impone la serenidad. Primero habría que cuestionar si hay un ensanchamiento del campo

operativo del derecho internacional y en segundo lugar habría que ver si los mecanismos del Derecho Internacional actual se hallan adecuados para proveer a los nuevos desafíos.

Un buen medio de efectuar un test a esa situación se plantea en el centro de operaciones del Derecho Internacional: la ONU, estemos de acuerdo con ella o no lo cierto es que congrega aproximadamente a más de 200 estados de la comunidad internacional; para luego finalizar verificando si dentro de este panorama de solución de conflictos crearon nuevas herramientas.

La realidad, al margen de todas las especulaciones que formulemos acerca del tema tiene como destino al principal componente de la sociedad del siglo XXI: el estado.

II. Los Estados y las Alarmas Internacionales

Recordemos que el mapa de los estados en 1914 totalizaba 62 estados y hoy son aproximadamente 200 estados que interactúan en el orden internacional. Por eso preguntarnos ¿Cual será el rumbo de los estados? ¿Seguirán siendo una cuestión estratégica? ¿En el 2050 permanecerán los estados como en la actualidad?

No hay dudas que la paz internacional se fundamenta en la libertad individual. No existen precedentes de democracias liberales que hayan sostenido guerras entre sí en los últimos años.

Desde hace varios años están sonando las alarmas internacionales con relación a los estados. La turbulencia estatal es cada vez mayor. Quizás no hemos atendido a esos avisos.

En realidad, la cuestión de la globalización, regionalización y nuevos esquemas del mundo está obliterando las reflexiones. Estos tres conceptos plantean un enfo-

que diferente en el derecho internacional y quizás el gran tema táctico es lo que podríamos denominar el cambio del tiempo verbal en el pensamiento. Parece que en el transcurso de los últimos cincuenta años pasamos del yo soberano a un pensar en nosotros. Ese plural, se desarrolla en un esquema de amenazas variadas que van desde el terrorismo internacional hasta las amenazas de contaminación en todos los espacios terrestres.

1.- La disminución de la soberanía y la presencia de la globalización

El otro tema es el referente a la soberanía y el derecho internacional en el estado contemporáneo que se encuentra integrando la comunidad internacional.

Se ha expresado con crudeza que la soberanía mone-

taria y militar así como también la capacidad de regular la economía, información y comunicación han sido disminuidas cuando no reducidas a jirones.

En la actualidad el Estado es el actor quizás más débil de la relación económica.

Lo cierto es que el estado se presenta en ocasiones como demasiado grande y pesado y otras como demasiado pequeño e inerte. El estado de Bienestar cayó en crisis presentándose el mercado como el único que puede asegurar equidad en un mundo globalizado.

El estado es un sobreviviente tomando como referencia el siglo XVI hasta el presente. En la actualidad, en general, los estados que especialmente se desarrollan en ámbitos integrados no tienen defensa nacional depositando su confianza a organizaciones internacionales como la OTAN. Lo que se ve como el progreso del derecho y de las libertades, en lugar de ampliar el espacio del estado lo ha socavado. El estado en la integración ya no es dueño de su espacio económico y la creación primero del GATT y ahora de la OMC que fuera del estado redujo los aranceles a más del 40 % están definiendo un nuevo mundo.

¿Encontraremos el famoso requisito sobre el cual apuntan los autores, en cuanto a que tanto la emisión y el control así como también la regulación de los instrumentos financieros son materia exclusiva de los estados? ¿Donde queda el principio derivado del anterior que surge del caso de los Empréstitos Serbios de 1929 de la Corte Permanente de Justicia Internacional que afirmaba que "es un principio generalmente admitido que todo estado tiene el derecho de determinar por si mismo su moneda". Recordemos que a partir de enero de 2002 ha comenzado a regir en el ámbito de la Unión Europea una sola moneda: el euro. Pero hay otras cuestiones más graves: ¿Hasta que punto responde a la realidad la consideración de que se estima en 1.800.000 millones de millones de dólares los movimientos diarios del mercado de capitales y sólo 1.200.000 millones de millones las reservas de todos los bancos del mundo?

Incluso el gran patrimonio de los estados, el patrimonio inmaterial, el del derecho, hoy tampoco les pertenece a los estados. Personalmente sostengo coincidentemente con todos los autores nacionales y extranjeros ese criterio

en mis obras y publicaciones científicas. Un vistazo a la constitución Argentina reformada en 1994, y a las que se hallan en su sintonía marca que el derecho argentino, el derecho estatal se halla por debajo del derecho internacional de los tratados jerarquizados.

Eso sin dejar de percibir que el estado también ha perdido la soberanía del espacio, así como se recibe vía satélite otros estados, la pregunta oportuna sería ¿si el Muro de Berlín cayó por la televisión o por otros motivos? Curiosamente, mientras se expande la internacionalización, entre los estados crecen los nacionalismos. Veamos la situación en España con las comunidades autónomas, pero también, veamos lo que puede suceder entre los flamencos y balones en Bélgica a pesar de su federalización o bien el afán separatista de Escocia y Gales que fracciona la unidad territorial británica. De la misma forma las unidades autónomas van acumulando derechos, casi en el nivel de que las provincias quieren independizarse del corcé federal.

Como ejemplo, observamos el caso Quebec y la misma Constitución Argentina que permite celebrar tratados con conocimiento del gobierno federal (CN art. 124). El caso fuera de discusiones es que la brecha esta abierta. Quizás la causa de esta suma de inconvenientes tenga algo que ver con las tendencias a nivel del derecho y el individualismo que se observa.

En la actualidad los sectores claves del futuro: telecomunicaciones, informática y video, presentan a la soberanía como obstáculo. La soberanía, pues, se presenta como un elemento que interesa cada vez menos luciendo una reducción sólo en los aspectos impositivos y fiscales, aunque cada vez en forma más laxa. Las transacciones internacionales se hallan fuera del control soberano y no pagan impuestos. El desenlace se advierte en el caso de las crisis financieras internacionales y la falta de reflejos del estado contemporáneo. La consecuencia inevitable es que el estado contemporáneo, en principio aparece indefenso ante amenazas globales como la del terrorismo, que en principio carece de una base territorial determinada y aprovecha todas las ventajas de la globalización.

III. La ampliación del campo operativo del derecho internacional. El crecimiento cuantitativo de los estados.

El planteo se produce en dos niveles. Un primer nivel, de acuerdo con lo previsible, se refiere al aumento de la cantidad de los estados y un segundo nivel al desarrollo de los sujetos de derecho internacional.

En 1945 nos hubiéramos referido básicamente a los estados y hubiéramos dedicado una parte sustancial de este trabajo a desarrollos doctrinarios por los cuales otras entidades que sin ser estados revestían el carácter de sujetos del ordenamiento. Recordemos también que en esa época los estados no eran, en general, los estados actuales. Hay que tener en cuenta que el mapa de los estados de 1914 totalizaba 62 estados y hoy son 193. Hoy esos casi 200 estados tienen una fisonomía absolutamente distinta a la que se presentaba en esa época. Efectivamente los estados hoy son más antiguos, pero el tiempo que ha pasado es el menor de los signos de la diferencia.

Por eso la pregunta entre las líneas de esta presentación esconde, por supuesto, la cuestión estratégica del rumbo hacia donde va la comunidad internacional y los estados ¿En el 2050 permanecerán los estados como hoy?

Como hemos expuesto, desde hace varios años están sonando las alarmas internacionales con relación a los estados. La turbulencia estatal es cada vez mayor. Lo cierto es que a pesar de las críticas diversas e interdisciplinarias, este componente básico del derecho internacional contemporáneo, por ahora no ha encontrado un modelo que lo sustituya.

En términos económicos, las críticas se presentan en el papel porque en los presupuestos la situación resulta diferente. Si observamos el gasto de los gobiernos como parte del PBI ha crecido en términos de porcentaje del 28% en 1960 al 40 % en 1980 y al 43 % en 1998 y sigue la

espiral en el 2008. De la misma manera los impuestos que alimentan en parte esa voracidad estatal se han elevado considerablemente en el mismo período. El estado agoniza en los textos y gasta en los presupuestos, mientras los textos insisten en analizar la presencia de la soberanía.

Un mecanismo erróneo puede consistir en analizar la existencia de la soberanía en su contenido residual actual en el derecho internacional contemporáneo. Esa operación significaría caer en la trampa de algunos autores que parecen atrapados en las telaraña del mundo viejo de Vatell, una civilización anterior a la Revolución Francesa pero hoy difundida por Internet. Un mundo virtual en mirriñaque.

Es una paradoja que aún hoy se estudie si una costumbre para cristalizarse requiere 100 ó treinta años, entre tanto por un lado vemos el desborde de E-mails que se produce en las computadoras. A veces recordamos con interés a los autores que se referían a la "Coutume sauvage" -la costumbre salvaje- como formadora del Derecho Internacional y nos cuestionamos si en el mundo de E-mails de anglicismos inevitables o faxes de plurales dudosos, no habrá costumbres instantáneas y nuevos modos de formación del Derecho Internacional que rompen el dique de las fuentes del art. 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Coincidimos con Reisman que considera que, si un programa de computadora puede cambiar con sólo apretar una tecla, sería necesario que el derecho internacional se actualizara rápida y eficiente

Por eso que el ensanchamiento del campo operativo del derecho internacional tiene que ver con la globalización, y es directamente proporcional con la disminución de la soberanía.

1.- Los sujetos del derecho internacional después de 1945.

Lo nuevo es el tema de los grupos de personas, unificados por una determinada problemática, el derecho de las pequeñas comunidades que a veces pueden convertirse en grandes. Otras veces esos grupos se unifican en ONG's que comienzan a influir en el derecho internacional de fines del siglo XX.

Respecto a los estados en el derecho Internacional existe la sensación de que luego de la mega exposición de estados en San Francisco en 1945 uno tiene la percepción, de que esa era la época del telescopio de subjetividades que sólo permitía ver a las grandiosas estrellas de la subjetividad: los estados y luego las organizaciones internacionales a partir de su mayor astro: La ONU. En una segunda etapa tenemos la sensación de que estamos en un proceso de buscar a los sujetos de derecho internacional mediante una lupa de aumento. En la etapa final, por la vía de la especialidad y siguiendo con los ejemplos ópticos nos veremos obligados a usar un microscopio para detectar sujetos del ordenamiento.

Las discusiones sobre la subjetividad de las multinacionales ya integran miles de páginas que amarillean en las bibliotecas. Lo cierto es que aquellas han permanecido (siempre haciendo referencia a las discusiones y multinacionales) tienen suma presencia incluso más que en los sesenta, época ésta que el sesgo de la crítica ideológica que se presentaba en todos los foros internacionales. Hoy las multinacionales pisan fuerte en todos los escenarios internacionales y en especial en los organismos económicos internacionales, con presentaciones de los Estados que respaldan sus reclamos. Las demandas de las multinacionales ahora son las demandas de los estados. Por ejemplo en la OMC en el órgano de solución de diferencias su presencia ya no es novedad. (Recordemos el célebre caso Kodak vs Fuji).

2.-El derecho internacional después de 1945

La ONU

No es novedad que además del estado hay nuevos protagonistas. El mundo no creció en superficie. En el mismo mundo tienen que entrar más estados y más sujetos de derecho internacional, como por ejemplo organizaciones internacionales. Al mismo tiempo cada vez hay más personas que tienen sueños y planes que ponen en vilo a la sociedad pero que también le aportan creatividad y futuro.

Si nos referimos a este cambio no podemos dejar de analizar a la organización internacional más importante del mundo: la ONU.

¿El rumbo del derecho internacional se halla ligado al rumbo de la ONU? La primera observación a realizar es que un traje de mediados del siglo pasado ¿debe entrar cincuenta años después?. Ha cambiado mucho y no sólo las modas. Después de medio siglo parece que hay excesos y carencias en el orden internacional y en especial en el sistema constitucional del derecho internacional de la Comunidad Internacional. A primera vista las críticas son variadas como las de color onusiano que afirman que menos de un 0,5 % de la superficie y algo menos todavía del porcentaje de la población mundial detentan un 25% de los votos de la Asamblea General.

La pregunta que se presenta para determinar el rumbo del derecho internacional es qué pasa en ocasión de las crisis como las que estamos viviendo. Por ejemplo, luego de la crisis suscitada en la ex Yugoslavia, en Kosovo en el año 2000, muchos se plantearon "si estaba la ONU ¿Porque no la utilizaron?" ¿Ese será el mismo planteamiento dentro de pocos años con relación al terrorismo internacional?

La ONU ha sido una ingeniería armada para un objetivo político internacional a mediados del siglo XX. En pleno siglo XXI, como afirma Hobsbawm, consideramos que la ONU está estructurada y en condiciones para el mantenimiento y para la construcción de la paz y no para la lucha armada. Recordemos que la ONU no tiene fuerzas armadas (art. 43 Carta ONU).

No decimos nada nuevo afirmando que la ONU es lo que los vencedores de la guerra han querido que fuera y no puede pretenderse una ONU perfecta en un mundo imper-

fecto. La ONU es lo que los estados son.

La pregunta es inevitable ¿Si desaparece la ONU o cumple un rol deslucido en las crisis internacionales, desaparece el derecho internacional? Recordemos que el derecho internacional existe desde hace más de 300 años y la ONU sólo desde poco más de medio siglo. Pero la complejidad del mundo en el pasado no era como la de ahora. Quizás no sería demasiado audaz ni de excesivo fatalismo decir que en caso de que desaparezca la ONU, el problema del rumbo del derecho internacional se habrá transformado en un problema abstracto.

En esa hipótesis, adelantamos la respuesta con una pregunta fatalista ¿Habrá que prepararse para dejar el mundo?

No cometamos el error de saltar al vacío. La ONU tiene el corpus para construir la paz en todas las controversias y situaciones. En la Carta de la ONU, la primera oración del preámbulo es "preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra" y "...no se usará la guerra sino en servicio del interés común". El art. 1 afirma el propósito de solucionar las amenazas a la paz, los actos de agresión y otros quebrantamientos de la paz por medios pacíficos de conformidad con la justicia y el derecho internacional. El art. 2 inc. 3 de la carta de la ONU prescribe la solución de controversias para que no se ponga en peligro la paz, la seguridad o la justicia. El art. 2.4 de la misma Carta, dispone la abstención de la amenaza o del uso de la fuerza contra la integridad territorial, la independencia política o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos y principios de la ONU.

Probablemente puede cuestionarse si no se trata de principios y propósitos en papel, abstractos. Pero imaginemos su no existencia y que el nivel organizacional fuera el de la Sociedad de las Naciones.

La Asamblea General y el Consejo de Seguridad tienen funciones precisas en relación al mantenimiento de la paz. Es verdad que no lo consiguieron en todos los casos. El Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad primordial de hacerlo, individualizando la existencia de amenazas a la paz, quebrantamientos u actos de agresión.

Por eso entonces es que vivimos en una era de reestructuración: la mundialización se difunde pero aumenta la fragmentación y la afirmación de las diferencias, se amplían las zonas de paz y aumentan las zonas donde hay violencia, se crea una riqueza sin precedentes pero hay bolsones de gran pobreza, la voluntad y los derechos de los pueblos se celebran y se violan al mismo tiempo, la ciencia y la tecnología mejoran la vida humana pero sus efectos secundarios amenazan a los sistemas que sustentan la vida en el planeta.

En el Informe Princeton (Forging A World of Liberty Under law . U.S. National Security In The 21st Century – Final Reporto of the Princeton Project on National Security - G. John Ikenberry and Anne-Marie Slaughter Co-Directors) se consideró que "El debate sobre el uso preventivo de la fuerza se reavivó durante la administración Bush con la "Estrategia de Seguridad Nacional" (2002) y alcanzó su punto máximo con la invasión a Irak en el año 2003. En un notable aporte en particular, el Grupo de Alto Nivel de la ONU ha reconocido que desde que se firmó la Carta de la ONU han surgido nuevas formas de amenaza que requieren la atención de la comunidad internacional, por ser amenazas que en ciertas circunstancias humanitarias o de seguridad podrían justificar el uso preventivo de la fuerza.

Se ha dicho, en el informe citado que "En este sentido es importante distinguir entre dos conceptos de uso preventivo de la fuerza apuntando a los terroristas mientras que el otro resulta aplicable a las naciones. El primer concepto de prevención involucra el uso de la fuerza frente a un peligro inminente. El ejemplo más claro es el ataque de Israel contra fuerzas árabe en 1967. Este tipo de acción, contra actores estatales o no estatales siempre se consideró legítimo y apropiado. El segundo concepto apunta a la prevención, quizá ese informe está sembrando el camino a recorrer en el futuro.

3.- La comunidad internacional. El modelo de 1945 y el nuevo modelo.

La globalización en el modelo de mediados del siglo pasado respondía a la carta de la ONU. Hoy cabe preguntarse si a la luz de los hechos recientes, la globalización pasa por ese meridiano.

Ahora nos preguntamos, ante las imágenes de Afganistán si falló el sistema de solución de controversias y de acción en caso quebrantamientos o amenazas a la paz (Capítulos VI y VII de la Carta de la ONU)

Una primera respuesta, nos introduce al problema del futuro de la organización, muy ligada al futuro del mundo teniendo en cuenta la efectividad del derecho internacional. Es evidente que en un balance no podemos considerar que la ONU ha sido la estructura más exitosa de la civilización, pero de la misma manera no podemos decir que su fracaso haya sido estrepitoso. Podemos referirnos a resultados desiguales, algunos con una sensación de caída en cámara lenta y otras de éxito espectacular.

Sería injusto transmitir una sensación de fracaso de la ONU. Nuestro criterio es que la ONU está cambiando y esta evolución puede ser útil y eficiente como lo ha sido en los conflictos de El Salvador y Guatemala en donde la ONU ha operado en forma razonable o no tal mal; en la crisis de China y Taiwán, así como también en la de la India y Cachemira, e incluso en el juego del todo o nada de Timor Oriental. Destacamos asimismo que últimamente se llevaron a cabo múltiples misiones de mantenimiento de la paz, más que en toda la historia de la ONU (desde 1948 a 1987 13 misiones y desde 1987 hasta la actualidad 37 misiones)

Asimismo, destacamos que en materia de resoluciones el Consejo de Seguridad en los últimos diez años ha aprobado la mayor cantidad en los últimos 40 años. El tema vetos, esto es, la posibilidad que tienen los miembros permanentes de oponerse al progreso de resoluciones produjo un cambio fundamental. Desde 1946 a 1966 se emitieron más de cien vetos por parte de la URSS y desde 1945 hasta 1986 49 vetos de Estados Unidos de América, contabili-

zándose una disminución drástica de los vetos. Esa circunstancia significa un aspecto positivo de consenso entre los Estados.

4.- Las perspectivas de la ONU en la Comunidad Internacional.

Si nos referimos a sujetos no podemos dejar de analizar en perspectiva a la organización internacional más importante del mundo: la ONU .

¿El rumbo del derecho internacional se halla ligado al rumbo de la ONU? La primera observación es que un traje de mediados de siglo debe entrar cincuenta años después. Ha cambiado mucho y no sólo las modas. Ha cambiado la estructura y sus componentes y además han pasado los años. Como diría Racine: El irreparable ultraje de los años. José María Ruda, en sus clases sobre la ONU reflejaba el entusiasmo optimista, casi hormonal de los sesenta, el entusiasmo de los poderes que ejercía la Asamblea General de la ONU en la Resolución 377-5.

Hay una conocida ecuación que relata lo siguiente: En caso de conflicto entre dos estados, uno grande y otro chico ¿desaparece el chico?. En caso de conflicto entre dos estados chicos... desaparece el problema. En caso de conflicto entre dos estados grandes: desaparece la ONU.

Pero aun quedan otros cuestionamientos. Ponemos como ejemplo el caso del gran desarrollo del derecho internacional que había consistido en la aprobación de la Resolución 1514 de 1960 que reafirmaba el concepto de la integridad territorial considerando que su quebrantamiento contradecía el derecho internacional.

Sin embargo, lejos de formular esas aspiraciones, ha sucedido lo contrario, observando los conflictos étnicos y religiosos a fin del siglo y los remedios que las normas han previsto. A la luz de los sucesos de la ex Yugoslavia y de la ex URSS, produjo un incremento paradójico del nacionalismo, de las nacionalidades o quizás con mayor tecnicismo el desarrollo de los poderes locales. En plena globalización hay una tendencia a atomizar la realidad internacional y la resolución 1514 de 1960 se presenta he-

cha jirones. También sería impensable una nueva resolución 377-5¹ actualizada con una cuarta parte de estados que no llega a un porcentaje del 1% de la población y de la superficie del mundo y con 20 estados que se hacen cargo del 90% del presupuesto de la ONU. Sería imposible que ante un vacío de poder, nuevamente la Asamblea General retome acciones que pertenecen, en principio, al Consejo de Seguridad.

En el Informe Princeton citado, con relación a la ONU se ha considerado: "Impulsando al mismo tiempo la reforma de las Naciones Unidas y otras importantes instituciones mundiales, los Estados Unidos deben trabajar con sus amigos y aliados para elaborar el "Concierto de las Democracias" - una nueva institución destinada a fortalecer la cooperación en materia de seguridad entre las democracias liberales del mundo. Este concierto que institucionaliza y ratifica la "paz democrática". Si las Naciones Unidas no puede ser reformada, el Concierto proporcionaría un foro alternativo para las democracias liberales para autorizar la acción colectiva, incluido el uso de la fuerza, por una mayoría apreciable". Se trata pues, de un aporte creativo para el futuro.

5.- La solución de controversias internacionales y sus perspectivas.

El derecho internacional del viejo régimen está actuando como un dique, como un corcé. Stuart-Mill decía que la humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás. Los hechos actuales nos hacen percibir que los ejes parecerían ser los mismos que en la época de Hobbes y Bodin.

Hay autores que dicen que se ha cumplido la profecía de Marx y el estado esta muriendo. Ha durado desde el siglo XVI hasta hoy. No tiene defensa nacional y la confía a organizaciones internacionales como la OTAN. Lo que se ve como el progreso del derecho y de las libertades, en lugar de ampliar el espacio del estado lo ha socavado.

¹ Naciones Unidas Pro Paz: Por esta Resolución, y ante el retiro de la Unión Soviética del Consejo de Seguridad, la Asamblea General adoptó acciones para el caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de ésta o actos de agresión.

La verdad es que los estados no pueden resistir 24 horas un ataque de una especulación organizada –como lo ha recorrido George Soros. Lo mismo sucede con relación a ataques terroristas que demuestran la vulnerabilidad de la sociedad a nivel nacional e internacional.

Curiosamente, mientras se expande la internacionalización, entre los estados crecen los nacionalismos y los conflictos étnicos. Tenemos la sensación como que estamos hablando del árbol mientras se está serruchando la rama en la que la que estamos ubicados.

Otro medio exploratorio consiste en verificar si dentro de este panorama de solución de las controversias, opera una selección por especialidad, esto es determinar si existe un proceso de aumento de controversias y correlativo aumento de soluciones por medios especiales y por tribunales

La cuestión que abordaremos se vincula con los mecanismos de solución de controversias internacionales para atender a nuevas cuestiones y temas.

La marcha del Derecho internacional plantea, en general, la marcha de todo el derecho, esto es la aceptación e imposición del sistema de solución de controversias .

Para efectuar una suerte de estadística acerca de si los estados aceptan o no los sistemas de solución de controversias, un buen elemento para tomar en cuenta consiste en las declaraciones que han efectuado los estados en virtud del art. 36 párrafo 2 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia o sea la aceptación de la Competencia de la mencionada corte. Observamos que de las 55 declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte, 11 fueron formuladas desde 1990. Hay que tener en cuenta que esa cantidad representa un porcentaje del 20% del total y que de toda la comunidad internacional, agregando los siete estados subsistentes de la época de la Corte Permanente. Así resulta que una tercera parte de la comunidad internacional acepta la competencia de la corte para solucionar controversias. Es increíble que el sistema subsista después de 70 años cuando aún la comunidad internacional no superaba los 50 estados. Es increíble también el progreso operado desde el celebre caso Alabama de fines del siglo pasado hasta el presente.

Pero el sistema de la Corte Internacional no es actualmente el único para la solución de las controversias. Además de las soluciones de controversias económicas a las que nos hemos referido, hay que incluir una serie de tratados que prevén sistemas especiales de solución que están marcando una tendencia de especialización en la solución de controversias. Nos referimos a los casos referentes al medio ambiente que prevén una solución especial, a medida de cada tratado como en el caso de la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992. En materia del medio ambiente ¿Quién hubiera imaginado en 1945 que se crearía una Sala de medio Ambiente en la Corte Internacional de Justicia?

En otros sectores se observan desarrollos, por ejemplo en la Convención del mar se ha establecido el Tribunal Especial del Mar, y también los Tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda a la que se le agrega la Corte penal Internacional establecida en el Tratado de Roma de 1998. Es bastante insólito que los Tribunales que más han crecido, han sido los vinculados con la responsabilidad de las personas humanas.

Lo insólito del caso es que la persona es uno de los sujetos de derecho internacional más actuales. En ese sentido nos referimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica y a la Corte Europea de Derechos Humanos de Europa. Destacamos a título informativo que la Corte Internacional de Justicia tiene un presupuesto de 11 millones de dólares versus la Corte Penal Internacional que ya tiene un presupuesto de algo más de 70 millones de dólares. El nivel presupuestario está señalando el interés de la comunidad internacional, sin dejar de reconocer que en la Corte Penal Internacional acceden las personas y no solo los estados como en la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

Ha sido muy difícil establecer la competencia internacional más o menos obligatoria para los estados. A veces ha sido por la vía de la especialidad o *ratione materiae*, como en el tribunal del mar, ahora el paso del futuro será la posibilidad de que las organizaciones internacionales puedan acceder a los sistemas de solución de controversias.

También estamos verificando desde el principio de este trabajo que hay que tener presente que el ensanchamiento

del campo operativo, parecería que ha significado en los hechos un achicamiento del campo científico del derecho internacional por vía de la sustracción que se opera con la especialización. En los años cincuenta se hablaba del derecho internacional incluyente que en una llave sinóptica abarcaba a todas las disciplinas internacionales. Luego se fueron independizando o con lenguaje de esta disciplina se fueron autodeterminando científicamente varias disciplinas con criterios autonómicos en lo que respecta al objeto y método propio como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional económico, el derecho internacional del medio ambiente, etc.

6.- El derecho internacional y la economía.

Se presenta un cuestionamiento frecuente: ¿Quién está primero, huevo o la gallina? Igual sucede con el derecho y la economía. Lo cierto es que la situación internacional contemporánea que impone el escenario de los próximos años exige ineludiblemente tratar a la economía, proyección y consecuencias que han de producirse en el derecho.

Se ha dicho reiteradamente que una de las preguntas clásicas en materia económica es la referida a la diferencia entre una recesión y una depresión. La respuesta encierra una broma de economistas con una dosis de ironía. Dicen que una recesión ocurre cuando la gente común pierde sus trabajos, y una depresión es cuando los economistas pierden el suyo. Más allá de cualquier comentario, lo cierto es que nos sentimos como si estuviéramos en el aire sin paracaídas.

El espacio donde se percibe con claridad esa relación dual se presenta en el comercio internacional que es la sangre que alimenta el derecho y por supuesto a todas las instituciones por la que se capilariza la actividad económica sujeta a regulación internacional. El problema es que la cantidad de sangre que alimenta a todo el sistema, ha disminuido y la perspectiva es que continúe con esa tendencia. De esta manera y con un necesario *by pass*, es posible que la globalización, sufra un stand by. Hasta que

la situación revierta y se revascularice la actividad económica.

Saliendo de las similitudes orgánicas, lo cierto es que el mundo no está atravesando una depresión, sino una recesión espectacular, un verdadero tsunami si cabe ese término, como se considera en un informe publicado en *The Economist*, dentro de un estudio especial llamado *Economist Intelligence Unit (EIU)* que se refiere a la globalización estancada. (*Globalization stalled*)

El tema es fácilmente comprensible. Si varios autos compiten en una carrera y lentamente van aumentando la velocidad, el cambio no es estructural, pues todos se van adaptando a la nueva velocidad. El problema es a la inversa, esto es, si los autos van a velocidades de dos dígitos y de golpe se detienen. Es fácil imaginar el descalabro. Verdaderamente así pasó con la economía que creció en los últimos años a tasas muy altas. La burbuja creció y se desvaneció.

Veamos lo que sucedió con el comercio internacional. Creció entre el 2004 y 2008 a un promedio del 7,5% anual. El futuro no es optimista y se espera que en los próximos cinco años el comercio crezca a sólo el 1,6 % anual. Estos porcentajes demuestran una desaceleración inédita, que incluso se hallaría por debajo del crecimiento del PIB mundial.

Un comentarista señaló que es posible visualizar esos efectos en Google Earth, que en uno de sus programas en el Mar de la China permite distinguir con color rojo los buques parados y con azul los activos. Todo el mar de la China está rojo, con los buques inactivos esperando una carga que no llega.

Todo este tema produce una gran confusión intelectual con escepticismo hacia la economía de mercado y con un clima de negocios bastante lento con relación a otras épocas. La pregunta es ¿Cuándo termina la recesión y cuando se espera la reactivación? La respuesta no es fácil.

Porque si bien el Capitalismo fue la forma más eficiente de manejar la economía en los siglos XIX y XX se ha perdido el rumbo, la pregunta es: ¿donde se halla la solución?.

Así es entonces que la globalización trae buenas y malas noticias. En primer lugar una nueva noción de soberanía. El destino del derecho internacional tiene relación con el modelo de estado que se propone para los próximos años. En ese diseño la economía a nivel nacional e internacional tienen un papel esencial.

Sobre la base de la agenda internacional, es imposible interpretar el mundo sin conceptos vinculados a la economía internacional. Pero esto no es todo. Se trata de un mundo en el que lo global también forma parte de amenazas mundiales, como las del terrorismo internacional.

En ese contexto hay que plantear las acciones y oportunidades a nivel global.

¿Cual puede ser la solución? Se han propuesto dos salidas para esta encrucijada:

Por una parte, quizás podemos delinear un nuevo paradigma, que signifique desarrollar una nueva noción de modernidad, con una inmersión global, sujeto a la prevención de desastres nucleares y ecológicos con sistemas de comunicación masivos, nuevas formas de crear o contagiar enfermedades como la gripe H1N1, nuevas formas de convivir con seguridad y derechos ante amenazas globales como la del terrorismo internacional.

La segunda salida parte de un esquema realista de la situación. Advertimos que el proyecto posmoderno parece desmembrar cualquier tipo de identidad común.

Pero también se impone la redistribución del poder hacia abajo, con esto hacemos referencia a unidades más pequeñas, desde la regionalización hasta llegar a la persona humana en pueblos y ciudades que permitan una intermediación en la protección de los derechos humanos y económicos con democracia.

La pregunta es ¿qué y cómo hacer? La primera solución es estática, resignarse con lo existente. Otra, Quedarnos sólo con la parte buena de la historia, con el desarrollo del derecho internacional contemporáneo de los principios de la irretroactividad, de la extraterritorialidad, de la responsabilidad individual y estatal por crímenes y delitos internacionales. La otra alternativa consiste en entender la historia integralmente y esforzarnos para desentrañar los

mecanismos del futuro, que implicaría determinar hacia donde va el derecho internacional, que solución se ofrece ante amenazas globales a la paz y seguridad internacionales,

problemática introducida en cierta forma por el terrorismo internacional.

IV. La ampliación cualitativa en el derecho internacional contemporáneo.

El segundo enfoque es el referente al ensanchamiento cualitativo, o bien podríamos denominarlo aquel que tiene en cuenta los aspectos *ratione materiae* o el área temática.

1.- Proponemos dos métodos para enfocar este aspecto. El primero de ellos consiste en repasar los temas que los principales autores están exponiendo en los textos más conocidos.

En líneas generales, los temas expuestos a excepción del derecho internacional económico, siguen siendo los mismos en un porcentaje bastante elevado: formación del derecho internacional, es decir fuentes, sujetos, personalidad, relación entre derecho nacional e internacional y solución de controversias.

Los autores como Kelsen tenían otras preocupaciones, que tenía que ver con el rumbo del derecho internacional de los cincuenta y fines de los sesenta con una bisagra representada por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Se trataba de la creación de una disciplina, mas que su aplicación concreta, porque en realidad en la época de Kelsen, el derecho internacional lucía como un conjunto bastante limitado de reglas generales, porque la preocupación era la determinación de las esferas de validez de los ordenes jurídicos nacionales por el orden jurídico internacional. En verdad casi todo giraba alrededor o tangencialmente con el estado. Hay muy pocos autores que ensayaban la ampliación cualitativa y entre ellos señalamos a Wilfred Jenks, que curiosamente ofrecía una visión que parecía una extralimitación del derecho in-

ternacional hacia otras fronteras. El extremo puede estar representado por Brownlie que en su libro de múltiples ediciones llega al extremo insólito de desarrollar con minuciosidad los modos de adquisición de la competencia territorial, casi al estilo del siglo XVIII².

El otro método que propuesto es el de recorrer los catálogos jurídicos más detallados de la materia. Tomaremos los de Martinus Nijhoff y allí en el recorrido temático de diversos autores, se presenta el ensanchamiento cualitativo que abarca además de ese proceso de ampliación, los perfiles de las decisiones de algunos jueces de la Corte Internacional de Justicia, junto con los aspectos jurídicos del terrorismo internacional, la posición de las organizaciones intergubernamentales, la función de las ONG's en el derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos, pueblos y minorías, contaminación transfronteriza, sistema de solución de controversias y las normas especiales como las del derecho del mar. Junto con esos temas comienzan a hacer irrupción los textos con las decisiones de la UNCITRAL y los del CIADI en una frontera indefinida entre el derecho internacional público y el privado. En realidad, si observamos catálogos de los ochenta la diferencia temática no es apreciable. Si lo es la diferencia temática de los sesenta y setenta que todavía respaldan al estado en su posición todavía respetable con un contenido apreciable de ideología.

Pero también consideramos que hay otros métodos

² Ian Brownlie "Principles of International Law", Oxford University Press, 3ed. 1979, pag. 109

para detectar hacia donde va el derecho internacional. Consisten en observar la producción de normas, esto es en especial tomando en consideración a la fuente más importante del derecho internacional actual: los tratados internacionales. No nos detendremos en los negociados y ratificados directamente por los estados, sino a los generados en el marco de la codificación y el desarrollo progresivo en especial en el marco de la Comisión de Derecho Internacional. (Carta de la ONU art. 13 inc. a)

La CDI ha procedido a actuar fuertemente en la codificación del Derecho Internacional, pero se observa que parecería que hay dos CDI. Una primera CDI que se hallaría identificada con la redacción y conclusión exitosa de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados o la de las Convenciones sobre Diplomáticos y Cónsules, que actuaron con eficiencia y rapidez en décadas de guerra fría buscando y alcanzado consensos y desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Una segunda CDI se podría identificar con el proyecto pendiente sobre Responsabilidad Internacional. Comenzó la redacción en plena Guerra fría y parece que aún no acierta a concluirlo, sin dejar de reconocer su complejidad.

Se ha avanzado mucho en materia de responsabilidad y esta afirmación tiene relevancia a la luz de los nuevos tribunales. el Tribunal Penal Internacional, los Tribunales de la Ex Yugoslavia, de Ruanda, etc., más allá de la dudosa legitimidad de los dos últimos por la creación pretoriana por parte del Consejo de Seguridad.

Dentro de ese enfoque cualitativo, por supuesto, se presenta un nuevo planteo de la responsabilidad internacional.

Ese tema ha sido objeto de especial estudio por nuestra parte, al analizar la subjetividad internacional y la necesidad de proveer a un enfoque renovado. En ese sentido, consideramos que la subjetividad internacional, esto es, la posibilidad de reclamar internacionalmente contra el estado causante de un ilícito internacional, tiene profundos contactos con la situación del orden democrático y del control popular.

De acuerdo con nuestra posición, las masas humanas

que van a ser objeto de las sanciones no pueden influir sobre sus gobiernos para obligarlos a cumplir con el derecho internacional. Por tal motivo debe existir un orden democrático y control del poder.

Sin dudas, en materia de responsabilidad como en otras materias, el paradigma clásico del derecho internacional fue reformulado por distintos medios. En primer lugar aparecieron nuevos sujetos de derecho internacional que desalojaron la primacía del estado como único sujeto y agente generador de normas jurídicas. En segundo lugar, luego de esta ampliación de sujetos, en gran parte fruto del realismo internacional se ha corrido el velo en una especie de "disregard" a nivel internacional, se ha tratado de centralizar la responsabilidad en la persona sin necesidad de ficciones.

La pregunta inevitable es si Kelsen ha recobrado el centro de la escena. ¿El individuo sigue siendo el centro de imputación de normas y por tanto sujeto pasivo de la responsabilidad mediante imputación con aplicación de la teoría subjetiva de la culpa al mejor estilo clásico?. Eso no significa que las normas que va elaborando la Comisión de Derecho Internacional en sus diversos informes, acerca de la responsabilidad del estado por actos no prohibidos por el derecho internacional, quede fuera de la escena. Lo que ha sucedido es que las crisis internacionales con violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes internacionales han sido de tal envergadura que han requerido cristalizar y tipificar de la mejor forma posible los delitos "jure gentium", crímenes y actos de genocidio en el marco de conflictos internacionales.

Quizás el cambio en lugar de renovador ha sido restaurador de las viejas doctrinas, aunque en realidad, esas doctrinas viejas son nuevas para el derecho internacional que en realidad desde hace pocos años ha reconocido que la persona humana esta dotada de subjetividad internacional. En el Primer Informe sobre Responsabilidad internacional de Quentin Baxter, el razonamiento se desarrollaba sobre una máxima latina que en síntesis significa que el que causa un daño debe repararlo, concepto que surge desde el famoso arbitraje del caso Trail Smelter con Clyde Eagleton que sostenía en una obra clásica acerca de la Responsabilidad de los Estados que el estado debe responder cuando causa daños sean directos o transfronterizos.

La cuestión en el mundo actual, las violaciones masivas de los derechos humanos el tema de la responsabilidad está ejerciendo un poder de demanda que debe cubrirse con una oferta de normas eficaces, bajo apercibimiento de que el orden internacional pierda eficacia y su nivel de cumplimiento quede reducido a sólo una larga enumeración de buenos propósitos que se firman y ratifican en

tratados que después no se cumplen.

Insistimos en que el derecho internacional de los derechos humanos a través de su técnica de aplicación lleva a la necesidad de reconocer que la atmósfera intelectual en la que se debe aplicar hoy el derecho internacional se ha modificado.

V. El derecho internacional y sus nuevos enfoques.

De acuerdo con lo expuesto se impone, la reflexión sobre los temas nuevos que se presentan en la agenda del derecho internacional. Se percibe a una comunidad internacional con nuevos contratos sociales en cuanto a los derechos humanos, ambiente, recursos naturales, población, hábitat y desarrollo humano, que propone soluciones a problemas pendientes no resueltos desde el siglo XIX. Los resultados de Río 1992, Ginebra 1993, Beijing, Copenhague, y El Cairo están indicando los temas de la agenda y su aspiración de concretarlos.

Lo nuevo produce una apertura temática y conceptual que abarca otros aspectos como ser la globalización.

Autores de la talla de Jackson están planteando la necesidad de una Constitución del Comercio que regule todos los aspectos nacionales e internacionales referentes a la desregulación, liberalización y competencia internacional. Ese autor, también plantea sugestivamente la necesidad de empezar a pensar en la jerarquización de los tratados económicos como lo de derechos humanos.

Como hemos visto anteriormente el cambio cualitativo que se registra en los autores, indica la presencia muy firme de la materia, en especial del derecho Internacional económico. Autores clásicos como Dominique Carreau, se internan en el Droit International Economique concluyendo

con el estudio de instrumentos financieros internacionales vinculados con el intercambio de divisas e intereses y la securización y los euro efectos de esa situación en cuanto a la obtención de créditos flexibles internacionales.

Por supuesto influye la soberanía y su nueva concepción teniendo en cuenta su adelgazamiento. Los autores remarcan que es poco lo que se ha avanzado. Jackson destaca que hay muchas razones para estar descontentos y preocupados por la debilidad y los defectos que se presentan en el mundo interdependiente.

Sobre ese contexto, nos planteamos entre los nuevos rumbos del derecho internacional el camino hacia un derecho internacional en el que la economía tiene un rol fundamental. Desde el GATT hasta la OMC se ha transitado una extensa avenida que va consolidando una práctica discontinua pero constante.

VI. Conclusiones

En esa perspectiva, es preciso coincidir en que lo esencial será ponerse de acuerdo en la agenda del siglo XXI muy bien planteada por Helio Jaguaribe cuando expresa que el "mundo contemporáneo enfrenta cuatro problemas principales: 1) estable y confiable, compatibilizando la legitimidad democrática con la racionalidad pública; 2) la administración racional y equitativa de la ecología; 3) la incorporación a la modernidad y al desarrollo de las sociedades retrasadas y 4) la eficaz y equitativa administración internacional de los intereses generales de la humanidad, conduzcan hacia una optimización mundial de la calidad de vida". El marco de ese escenario, está en la articulación e instalación global del derecho internacional en la comunidad internacional.

Retomemos para ver como termina el cuento de Kafka:

"¡Ay! -dijo el ratón-. El mundo se hace cada día más pequeño. Al principio era tan grande que le tenía miedo. Corría y corría y por cierto que me alegraba ver esos muros, a diestra y siniestra, en la distancia. Pero esas paredes se estrechan tan rápido que me encuentro en el último cuarto y ahí en el rincón está la trampa sobre la cual debo pasar"...

-Todo lo que debes hacer es cambiar de rumbo dijo el gato... y se lo comió.

Franz Kafka

"Ahora es el momento de cambiar el rumbo, para que no nos suceda lo que le sucedió al ratón"

* Juan Antonio Travieso: Doctor en Derecho y Catedrático de la Universidad de Buenos Aires.

La Sensibilidad Cultural y el Derecho Internacional en los Procesos de Mediación Internacional

Alicia Cebada Romero (*)

1. Introducción²

Cuando se defiende que aquellos que intervienen en procesos de construcción de paz deben aplicar un cierto grado de sensibilidad cultural, se debe partir del reconocimiento de la importancia de la sociedad civil como un agente vital en el camino hacia la paz y de que es necesario conocer los parámetros, valores y principios culturales por los que se rige su comportamiento.

En el desarrollo de misiones u operaciones de paz se ha puesto de manifiesto que debe haber una interacción entre los efectivos militares y civiles que la integran y la población local del territorio en que están desplegados. La sensibilidad cultural facilita la comunicación entre los efectivos, civiles y militares, y la población local. En efecto, los que operan en el marco de una misión de paz deben conocer las claves culturales que pueden hacer más sencilla la comunicación con los locales.

También la labor de los mediadores, y especialmente la de los mediadores no oficiales, que trabajan directamente con representantes de la sociedad civil de las partes enfrentadas en un conflicto, debe estar impregnada de esa

sensibilidad cultural.

En este trabajo me referiré, en primer lugar, a cómo el diseño de los procesos de mediación se puede ver influido por la aplicación del enfoque cultural. La paz es el objetivo, pero puede haber muchas formas de llegar a ella, y la sensibilidad cultural nos puede llevar a elegir uno u otro camino en esa búsqueda de la paz.

En segundo lugar, me voy a ocupar de una cuestión que siempre está presente cuando se habla de sensibilidad cultural, lo que supone partir de la base de que se acepta la diversidad cultural, me estoy refiriendo a la definición de los límites en la aplicación del enfoque cultural, límites que vienen marcados por la existencia de normas internacionales aceptadas universalmente y cuyo objetivo es proteger a las personas. Para tratar esta cuestión, la encuadraré en el marco de uno de los dilemas que se suele plantear en los procesos de resolución de controversias, incluyendo la mediación. Me estoy refiriendo al dilema entre paz y

(*) Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid; Directora del Programa de Gestión de Crisis y Consolidación de la Paz (Centro Internacional de Toledo para la Paz: www.toledopax.org)

² Este artículo está basado en una presentación realizada en el Seminario: "Militares en misión de paz y población civil: la incorporación de un enfoque cultural en la acción exterior de las Fuerzas Armadas". Organizado por el Centro Internacional de Toledo para la Paz, con la colaboración del Instituto Español de Estudios Estratégicos y celebrado en Madrid, el 17 de junio de 2009 (<http://www.toledopax.org/es/actividad/59/militares-en-mision-de-paz-y-poblacion-civil-la-incorporacion-de-un-enfoque-cultural-en-la-actuacion>)

justicia, que puede considerarse además en muchos casos como un falso dilema pues no se puede establecer una paz duradera si se ha descuidado groseramente la justicia³. No obstante, a lo largo de este trabajo se verá que existen zonas grises⁴. La idea de justicia y la definición de formas de “hacer justicia” están impregnadas de patrones, valores y principios culturales. Además, en situaciones de conflicto se puede producir un cambio radical en el entendimiento

de la justicia⁵. Y esto complica naturalmente también la definición de paz, pues en muchas circunstancias la paz debe entenderse como una forma de justicia. Se tratará de demostrar a lo largo de este trabajo que para definir de una manera universalmente aceptable tanto la paz como la justicia hay que volver la mirada al Derecho internacional y ciertamente a algunas de sus normas.

II. Sensibilidad Cultural y Procesos de Mediación Internacional.

En los últimos años venimos asistiendo a un auge imparable de la mediación internacional. El marco político y jurídico en que se encuadra la mediación es el arreglo pacífico de controversias internacionales, principio fundamental del ordenamiento jurídico internacional, consagrado como tal en el artículo 2.5 de la Carta de Naciones Unidas (en adelante, la Carta). Es bien sabido que junto a la mediación el artículo 33 de la Carta enumera, sin pretensiones de exhaustividad, también otros medios de solución pacífica: la negociación, la investigación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial y el recurso a arreglos u organismos regionales⁶. La Organización de Naciones Unidas cumple un papel fundamental en lo que se refiere a

la resolución pacífica de controversias, pues sus distintas Instituciones – Asamblea General, Consejo de Seguridad, Secretario General y Tribunal Internacional de Justicia – tienen asignadas funciones específicas en esta área, que deben ser reconocidas por los Estados⁷.

Así pues, la mediación se sitúa en el grupo de medios diplomáticos de resolución de controversias, que se caracterizan frente a los medios jurisdiccionales, porque las Partes en el conflicto son las dueñas de la solución. En efecto, la solución jurídica final de la controversia a través de la mediación consiste siempre en un acuerdo entre las

Partes. La mediación se caracteriza, además, porque éstas reciben la asistencia de un tercero - el mediador -, que trata de acompañarlas en el camino hacia el acuerdo y al que se puede atribuir incluso la potestad para hacer propuestas. Sobre la base de estas coordenadas generales se puede definir la mediación como un mecanismo diplomático de resolución de controversias que se caracteriza porque en su desarrollo interviene un tercero que asiste a las partes, proponiendo incluso puntos de acuerdo para facilitarles el logro de una solución⁸.

El Secretario General de Naciones Unidas ha publicado recientemente (8 de abril de 2009) un informe sobre mediación (“Enhancing mediation and its supporting activities”⁹) en el que afirma que la demanda de los servicios de mediación de Naciones Unidas se ha disparado en los últimos 10 años, para a continuación subrayar que esa creciente demanda no ha ido acompañada del necesario aumento de recursos destinados a esta actividad. A iniciativa del propio Secretario General se ha creado una Unidad de Apoyo a la Mediación, en 2006, dentro del Departamento de Asuntos Políticos. Y en 2008 se ha establecido el “Mediation Support Stand-by Team”¹⁰, adscrito al mismo Departamento. A pesar de estos esfuerzos, el Secretario General deja muy claro en su Informe que los recursos siguen siendo insuficientes.

No cabe duda de que la mediación internacional ha ido ganando una importancia creciente en el terreno de la construcción de la paz. El propio Secretario General de Naciones Unidas lo califica en su informe como el mecanismo de arreglo pacífico de controversias “más prometedor”¹¹.

Para tener una foto completa de lo que es la mediación internacional en nuestros días, hay que tener en cuenta que los Estados y las organizaciones internacionales no son los

únicos sujetos que están desarrollando funciones de mediación. En efecto en la actualidad junto a la mediación oficial o de primera vía, existe una potente actividad de mediación “no oficial” o de segunda y tercera vías, desarrollada por actores que carecen de personalidad jurídica internacional. Se trata, más exactamente, de actores no estatales que tampoco poseen la condición de organizaciones internacionales. La mediación desarrollada por estos actores también se conoce como “diplomacia privada” o “diplomacia paralela”.

En el Informe del Secretario General, se destaca que el arreglo pacífico de controversias es una responsabilidad soberana de los Estados y que éstos deberían desarrollar sus capacidades en este terreno¹². También la Unión Europea aspira a ganar peso como actor global para la paz y, con ese afán, debe desarrollar sus capacidades de mediación que, como Martti Ahtisaari (premio Nobel de la paz en el año 2008) ha puesto de relieve recientemente¹³, se encuentran infrautilizadas. Pues bien, sería necesario que en el desarrollo de estas capacidades, tanto los Estados, como las organizaciones internacionales, prestasen la debida atención a la existencia de los actores de diplomacia privada con el fin de desarrollar modelos que se podrían considerar como de “construcción descentralizada de la paz” o si se quiere precisar más, de diplomacia descentralizada, en los que se reconozca un papel relevante a estos actores privados. La idea es muy sencilla, igual que hoy no se puede concebir la cooperación para el desarrollo sin contar con las ONGs, tampoco se debería hablar de diplomacia sin contemplar a los actores de diplomacia paralela o privada.

Como es bien sabido, en la mediación de primera vía u oficial, el mediador oficial trabaja con los negociadores oficiales, que representan a las partes. En cambio, en la mediación de segunda vía actúa un mediador “no oficial” que interviene e intercede entre personas que aparecen dotadas de especial autoridad o legitimidad y que, si bien no

³ “Thus, the choice presented to negotiators is whether to have peace or justice. Sometimes this dichotomy is presented along more sophisticated lines: peace now and justice some other time. The choice is, however, frequently fallacious and the dichotomy may be tragically deceptive. Surely, no one can argue that peace is unnecessary and not preferable to a state of violence. But the attainment of peace is not necessarily to the exclusion of justice, because frequently, justice is necessary to attain peace”. M. Cherif Bassiouni. “Accountability for violations of International humanitarian law and other serious violations of human rights”. En: Bassiouni (Ed.) *Post-Conflict Justice*, Transnational Publishers: New York, 2002, p. 8.

⁴ En palabras de Bassiouni: “While accountability should never be bartered in a realpolitik fashion in order to arrive at political expediency at the expense of both the dictates of international law and the interests of the victims, that does not necessarily mean that every individual “violateur must be prosecuted in order to assure accountability” Ibidem, p. 41.

⁵ En su libro sobre la Justicia transicional, Teitel establece que este es el principal dilema en este tipo de contextos: “The threshold dilemma of transitional justice is the problema of the rule of law in periods of radical change. By their very definitions, these are often times of massive paradigm shifts in understandings of justice”. Ruti G. Teitel. “Transitional Justice”. Oxford University Press, 2000, p. 11.

⁶ Otros textos jurídicos relevantes adoptados en el marco de Naciones Unidas son estas Resoluciones de la Asamblea General: Resolución 37/10, de 15 de noviembre de 1982: Declaración de Manila sobre resolución pacífica de disputas internacionales; la Resolución 43/51 de 5 de diciembre de 1988: Declaración sobre la prevención y la resolución de disputas y situaciones que pueden amenazar la paz y seguridad internacionales; y la Resolución 44/21, de 15 de noviembre de 1989: Declaración sobre el reforzamiento de la paz internacional, la seguridad y la cooperación internacional. Disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/555/03/IMG/NR055503.pdf?OpenElement>

⁷ Véase la Declaración de Manila, cit. supra.

⁸ Para un concepto más restrictivo de mediación, véase: Viveke Vindelov. “Mediation: a non-model”, Copenhagen, Djoef Publishing, 2007. Para ella y otros autores en la verdadera mediación, el mediador no realiza propuestas de solución.

⁹ S/2009/189, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/category/COI,,THEMREPORT,,49e6f2880,0.html>

¹⁰ Es un equipo de cinco personas: <http://www.un.org/News/Press/docs/2008/pa1.doc.htm>

¹¹ S/2009/189, p. 3.

¹² Ibidem, p. 3.

¹³ Ahtisaari: “I have been a bit surprised that the EU has been less proactive than others in the field of international peace mediation, although it is a political machinery of negotiation and mediation.” Mr Ahtisaari said at a debate in the European Parliament in Brussels” Disponible en: <http://euobserver.com/9/27893/>.

representan oficialmente a las distintas partes enfrentadas, sí encarnan diferentes intereses en juego y pueden, además, ejercer cierta influencia – que puede acabar siendo determinante – sobre los representantes oficiales de las partes. En esta “segunda” vía se puede llegar a alcanzar un grado de creatividad más elevado, pues se pueden proponer y discutir soluciones más innovadoras y atrevidas que los negociadores oficiales todavía no están preparados para aceptar, propuestas que pueden acabar en algún momento en la mesa de negociación oficial. Además, en los procesos de mediación no oficial suele ser más fácil que los negociadores se desplacen desde las posiciones hacia la definición de necesidades y la articulación de pretensiones relacionadas con la satisfacción de éstas, terreno donde se puede facilitar una cierta identificación entre las Partes, lo que puede llevarlas a un diálogo fructífero. Aunque los procesos de mediación son, en general, flexibles, los niveles de flexibilidad son aún mayores cuando se trata de procesos de mediación “no oficiales”¹⁴.

El Secretario General de Naciones Unidas en su Informe sobre mediación internacional reconoce la importancia de los actores privados de mediación y se refiere a ellos expresamente en el anexo en que analiza las ventajas comparativas asociadas a los diferentes actores internacionales. Menciona primero la principal debilidad de estas organizaciones, a saber, la imposibilidad de hacer un seguimiento de la implementación de los acuerdos¹⁵. Y, más adelante, se refiere a otro de sus puntos débiles: “Most non-governmental organizations, however, have far more limited resources than the United Nations or regional and subregional organizations, as they are usually entirely dependent on voluntary contributions, making their staying power more tenuous”. No obstante el Secretario General reconoce también la importante colaboración que pueden brindar en el análisis de la situación sobre el terreno. Subraya

también que normalmente estas organizaciones se pueden movilizar más rápidamente. Reconoce que: “they may also be less threatening to Status parties (...) Since they are not seen as pursuing their own geopolitical or regional goals or capable of using coercive forms of leverage, they may be perceived as less threatening to the parties and thus be more able to create an environment of trust, where parties feel free to test ideas and build relationships”. Y añade: “Non-governmental organizations can help to facilitate informal processes that can feed into official mediation efforts, where those who have influence on the official negotiators are brought together in problem-solving workshops to enhance understanding of one another’s interests, to explore creative ideas for resolving differences and to build channels of communication. Non-governmental organizations are also useful when they possess particular expertise on thematic, regional or process issues, which can be used to assist official mediators or the parties themselves. Local non-governmental organizations, which may have been involved in a particular context for years, can contribute to building constituencies for peace by engaging influential individuals and grass-roots actors and by linking these processes to official peace talks. They can help to ensure that civil society voices are heard, especially the voices of those that are often excluded, such as women, young people, victims, displaced persons and ethnic minorities, and that their perspectives are considered in the official mediation process”.

El Secretario General de Naciones Unidas va también desgranando las ventajas comparativas de la mediación privada, refiriéndose a ésta como una especie de elemento complementario de los procesos de mediación oficial. Sin embargo, los procesos de mediación gestionados por actores privados no siempre acompañan o van de la mano de un proceso de mediación oficial. En muchos casos se ponen en marcha cuando los procesos oficiales han fracasado o no se han iniciado en absoluto. En otras ocasiones coexisten con los procesos oficiales sin que se haya formalizado ningún tipo de conexión entre ellos. Lo ideal sería que hubiera una coordinación entre todos los mediadores, oficiales y no oficiales, que están actuando simultáneamente en un mismo escenario, para evitar que se pueda generar confusión y que se potencie el forum-shopping, pero la verdad es que esta coordinación no es una realidad siempre.

¹⁴ Se habla también de procesos de vía 1,5 cuando tenemos un mediador oficial intercediendo entre personas que no representan oficialmente a las partes o a los negociadores oficiales en un proceso establecido por un mediador no oficial. La tercera vía consiste en un mediador privado intercediendo entre representantes de la sociedad civil (grass-rot level) sin ninguna influencia directa en los negociadores oficiales. Cuando se combinan todas las vías se habla de “multi-track diplomacy” o mediación de múltiples vías.

¹⁵ Informe, cit. supra, páginas 23 y 24.

La mediación privada tiene una ventaja clara sobre la mediación oficial, cuando nos aproximamos a un conflicto desde determinados paradigmas, como el transformativo. De acuerdo con este enfoque, propuesto y conceptualizado por Bush y Folger¹⁶, el objetivo de un proceso de mediación no es sólo resolver problemas, sino provocar cambios más profundos en las personas y en las relaciones entre las partes. Las dos claves en este paradigma son el empoderamiento y el reconocimiento. Empoderamiento no entendido como la transferencia de mayor poder o influencia a las partes, sino como un proceso en el que se dota a éstas de herramientas adecuadas para que gestionen de una manera más eficaz el conflicto, para que puedan resolverlo por sí mismas. En un proceso de mediación que se enfoque desde este paradigma transformativo, el mediador tratará de ayudar a las partes facilitándoles la adquisición de habilidades y técnicas que les permitan analizar los problemas de un modo diferente y finalmente tomar decisiones que no habrían tomado antes. El reconocimiento se consigue cuando una parte ha desarrollado empatía hacia la otra y es capaz de ser comprensivo con los intereses y necesidades de ésta¹⁷.

Como ya he dicho, el enfoque transformativo retrata mejor la mediación desarrollada por entes privados. A este enfoque se le han ido añadiendo matices. Dentro del paradigma transformativo es probablemente cierto que el mediador puede intervenir, precipitando ese proceso de reconocimiento y empoderamiento, formulando las preguntas adecuadas en el momento oportuno y de la mejor manera. Por otro lado, a veces poder establecer el diálogo es ya un logro en sí mismo. Si se consigue involucrar a las partes en un proceso de diálogo real, de calidad, se habrá producido probablemente el empoderamiento y las partes se encon-

trarán en la ruta adecuada para llegar al reconocimiento. El diálogo es, en efecto, una herramienta transformadora poderosísima, un instrumento democrático de primer orden¹⁸.

¿Se pueden añadir otros matices? Si consideramos que la mediación está, en última instancia, al servicio de las personas y que de lo que se trata es de protegerlas de las consecuencias de una mala gestión de un conflicto, el círculo se cierra. Una mediación al servicio de las personas será una mediación humanitaria¹⁹.

En el marco del paradigma transformativo, así matizado, los actores de diplomacia privada están llamados a desplegar un abanico de actividades mucho más amplio que el que se asocia a los diplomáticos oficiales. El diálogo, en el ámbito de la diplomacia privada, no tiene que ir necesariamente ligado a una negociación, sino que se concibe como una dinámica que pretende transformar profundamente la relación entre las partes e incluso la forma en que cada una define sus posiciones. Los procesos de mediación no oficial abren un espacio para la participación de las sociedades civiles locales, representando una oportunidad de reforzar el papel de la sociedad civil en la promoción de la paz. A medida que la participación de la sociedad civil se va afianzando se genera también una presión adicional para afrontar la cuestión de la justicia²⁰. O dicho de otra manera, el desarrollo de acciones de diplomacia privada favorece la participación de la sociedad civil en la búsqueda de justicia y en la depuración de responsabilidades²¹.

¹⁶ Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition* (San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1994), COMENTARIO EN: <http://unitednationstest.beyondintractability.org/action/essay.jsp?id=28619&nid=1293>

¹⁷ Sobre las diferencias entre el modelo transformativo y el modelo de resolución de problemas, véase: Sterling Newberry. “Problem solving versus transformative mediation”, disponible en: <http://www.mediate.com/articles/redwing1.cfm>. Habla de “estilos de mediación” Zena Zumeta. “Styles of mediation: facilitative, evaluative, transformative”. Disponible en: <http://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm>

¹⁸ M.S. Umbreit, por ejemplo, sugiere que los procesos de mediación deben estar orientados hacia el diálogo, más que hacia la resolución del conflicto. Habla de “restorative justice dialogue”, véase por ejemplo: M.S. Umbreit; B. Vos; R.B. Coates. “Restorative Justice Dialogue: Evidence based Practice”, 2006. Disponible en: http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/PDFs/RJ_Dialogue_Evidence-based_Practice_1-06.pdf. M.S. Umbreit habla de mediación humanística.

¹⁹ Center for Humanitarian Dialogue, utiliza el calificativo humanitario de una manera más restringida para referirse al alivio de las consecuencias de los conflictos armados. En línea con

²⁰ Neil J. Kritz. “Progress and Humility: the ongoing search for post-conflict justice”. En: Bassiouni (Ed.) *Post-Conflict... op. cit.*, p. 56.

²¹ Sobre este punto véase: Naomi Roht-Arriaza. “Civil Society in processes of accountability”. En: Bassiouni (Ed.) *Post-Conflict... op. cit.* P. 98 y ss.

En un paradigma transformativo-humanitario, la sensibilidad cultural es una condición necesaria del proceso de mediación. Se puede manifestar en el uso del lenguaje. Probablemente los miembros de las milicias que se están enfrentando a las autoridades gubernamentales en un país concreto preferirán ser calificados como “resistencia” y no como “insurgentes”. Si se está mediando en un proceso en que intervienen representantes de pueblos indígenas latinoamericanos se debe conocer que vocablos más o menos neutrales en el marco del castellano pueden ser recibidos con hostilidad. Así, términos como aborígen o tribu se consideran peyorativos por los pueblos indígenas latinoamericanos.

También las técnicas de mediación variarán en función de que los participantes en el proceso de mediación definen su identidad de manera colectiva o individualista. Normalmente aquellos que tienen una identidad colectiva muy fuerte, definida por referencia al grupo, desconfían de reuniones directas del mediador con ambas partes y preferirían pasar por una fase inicial de *shuttle mediation*²². Por otro lado, mientras que de acuerdo con el paradigma individualista el conflicto es algo normal; en el paradigma colectivista se ve como una aberración porque pone en peligro la subsistencia del grupo. El conflicto muestra un mal funcionamiento de la comunidad, que es la base de la identidad. Para los miembros de este tipo de colectividad el mero hecho de admitir que hay un conflicto y mucho más aceptar que puede haber un tercero que venga a ayudarles a resolverlo, pueden ser problemáticos en sí mismos.

Cuando la “distancia” cultural entre el mediador y las partes es demasiado grande, es conveniente contar con insider mediators: “Insider mediators play a key role in all phases of a peace process, but their role is especially striking early on in a process, when one is trying to understand the actors and explore the benefits of negotiations. Cultural proximity enhances trust in this very delicate phase”²³. Más en general, Naomi Roht-Arriaza establece con gran acierto que “civil society groups can give outside peace negotiators invaluable insights on local culture, economics and politics, which can help devise more workable post-

conflict strategies”²⁴. Esta conexión entre mediadores y sociedad civil local es una característica de los procesos de diplomacia privada o paralela, que pueden servir para conseguir una valiosa inteligencia cultural que debería ser de gran interés para los negociadores oficiales. Parece recomendable, pues, que cuando hay una gran distancia cultural entre los mediadores oficiales y las partes, la diplomacia oficial se deje acompañar por actores de diplomacia privada.

Estamos aquí hablando de diferencias culturales que llegan a impregnar la propia definición de la identidad de las personas y de los pueblos²⁵. Si queremos establecer un verdadero diálogo con ellos en aplicación de un modelo humanitario de mediación, hay que ser muy conscientes de que la definición de la identidad difiere de unos modelos culturales a otros.

A partir de aquí, la cuestión que surge es si no es posible encontrar un sustrato común, definir los vocablos de una especie de esperanto cultural. Si es posible, desde luego el mediador en entornos multiculturales debería conocerlo.

²³ „Insider mediators: exploring their key role in informal peace process“ Berghof Foundation for Peace Support; Swiss Peace; CSS; 2009, p. 10. Y en p. 16: “Many of the insider mediators speak of a religious or spiritual dimension to their work that provides them with inspiration and guidance. There are also cultural practices, ways of understanding reality and communication skills that are unique to a specific culture, and that insider mediators can tap into and make use of in their work”.

²⁴ Naomi Roht-Arriaza. „Civil society... op. cit., p. 99.

²⁵ Peter T. Coleman; J. Krister Lowe. „Conflict, Identity and resilience: negotiating collective identities within the Israeli and Palestinian Diaspora“. *Conflict resolution Quarterly*, Vol. 24, n. 4, 2007, p. 377 y ss, en particular, p. 379: “Identity-based disputes are often a central component of protracted ethnopolitical conflicts (...). They involve concerns for group dignity, recognition, security, integrity, purpose, efficacy, and justice (...). The longer a conflict goes unresolved, the more likely identity-based concerns emerge as the conflict becomes more integral to an understanding of self and others in the situation (...). When these aspects of people’s collective identities are perceived to be denied, threatened, or frustrated, conflict intensifies. This intensification is particularly likely with collective identities of ascribed statuses (such as family, sex, racial, and national group membership) where there is a long-term emotional attachment to the group that is unalterable and significant (...). When such group identities are subject to ongoing discrimination and oppression (and such treatment is viewed as unjust), conflicts persist. In such cases, conventional methods of conflict management are often inadequate and may serve merely to placate or even to exacerbate the problems”

²² Walter Wright. *Cultural Issues in Mediation: Individualist and Collectivist Paradigm*, 2000: <http://www.mediate.com/articles/Wright.cfm>

La raíz de ese esperanto debe encontrarse en el reconocimiento de derechos humanos básicos, al menos de los protegidos por normas imperativas de Derecho internacional. Esta afirmación parece enunciar una fórmula sencilla, pero no lo es de ningún modo. En primer lugar, es preciso recordar que, como todos sabemos, no existe ningún catálogo de normas de *ius cogens*. Y hay casos dudosos. ¿Está la prohibición de la pena de muerte incorporada a una norma de esta naturaleza? Hay autores que sostienen que, por lo menos, se puede defender que esta norma está en proceso de formación²⁶. Si hablamos, sin embargo, de la prohibición de aplicar la pena de muerte a menores, quizás la existencia de una norma internacional imperativa esté más clara²⁷. Por otro lado, incluso en los casos en que existe consenso acerca de la existencia de una norma imperativa, la definición del contenido de la misma es objeto de debate. Aunque existe un consenso universal en relación con la prohibición de la tortura, no se puede negar que hay un debate todavía abierto sobre qué prácticas deben ser calificadas como tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Frente a la importancia que he conferido al Derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo a las normas imperativas, existen voces que consideran que el modelo de protección de los derechos humanos no es verdaderamente universal. Con especial fuerza, entre los que tienen una visión colectiva de su identidad se formulan quejas que denuncian que el paradigma de los derechos humanos es marcadamente individualista. No obstante, ni siquiera los colectivistas pueden negar que la persona es el componente clave de la comunidad y que ésta no debería pasar por alto los derechos más fundamentales de sus miembros. Por otro lado no es cierto que los derechos colectivos no sean relevantes para el paradigma de los derechos humanos. En este sentido basta mencionar que los dos Pactos de Naciones Unidas del 66, sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales, se abren ambos con un artículo 1 que proclama

²⁶ William A. Schabas. “The abolition of the death penalty in International law”. Cambridge University Press, 3ª ed. 2002. Véase también del mismo autor “The abolition of capital punishment from an International law perspective”. Paper presentado en “International Society for the Reform of Criminal Law, 17th International Conference, The Hague, 24-28 agosto 2003, disponible en: <http://www.isrc.org/Papers/Schabas.pdf>

un derecho colectivo: el derecho de libre determinación de los pueblos.

Las reflexiones sobre los parámetros culturales que llegan incluso a ejercer una influencia determinante en la definición de la identidad de las Partes en un determinado conflicto, y de cómo el conocimiento de esos parámetros, puede facilitar cualquier proceso de resolución de disputas, no son únicamente útiles para los mediadores en el marco de un proceso de mediación, sino que también pueden serlo para los efectivos militares o civiles que están desplegados sobre el terreno en una misión de paz. Hay que tener en cuenta, de un lado, que los participantes en una operación de paz deberán ejercer en muchos casos funciones de mediación²⁸. De otro lado, en los acuerdos que regulan el estatuto de las Fuerzas Armadas sobre el terreno (SOFA: Status of Forces Agreement) se establece la obligación de tener en cuenta los usos y costumbres locales²⁹.

²⁷ Cuando EEUU ratificó el Pacto de Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos, en 1992, formuló una reserva al artículo 6, excluyendo la aplicación de la prohibición de la pena de muerte en el caso de menores. Aunque dicha reserva fue considerada ilícita por el Comité de Derechos Humanos (UN Doc CCPR/C/79/Add.50 (1995), párrafo 14), subsistían dudas acerca del carácter imperativo de la prohibición. Muchas de estas dudas desaparecieron en marzo de 2005, cuando la posición de Estados Unidos en este tema se modificó a raíz de una Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense que declaró en el asunto *Roper vs. Simmons* que la ejecución de menores de 18 años era inconstitucional. Años antes, en 1989, el Tribunal Supremo había declarado constitucional la ejecución de menores, de 16 y 17 años (en el momento de comisión del delito. Según UNICEF “medio siglo después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solamente en Estados Unidos, cerca de 85 personas se encontraban condenadas a pena de muerte por delitos cometidos cuando tenían menos de 18 años. Y hasta 13 fueron ejecutadas en este país entre 1990 y 2001” http://www.enredate.org/enredate/actualidad/historico/pena_muerte_menores/), por lo que para justificar el cambio de posición el Tribunal se fundamenta en lo que denomina el surgimiento de un nuevo consenso nacional en contra de la aplicación de la pena capital en esos casos. A la consolidación de ese nuevo consenso habrían contribuido los llamamientos de las organizaciones de derechos humanos que sostenían que la prohibición de la pena de muerte en el caso de menores tenía carácter absoluto y estaba recogida en el ordenamiento jurídico internacional. Desde luego, después del cambio de posición estadounidense parecería quedar más claro el carácter imperativo de la prohibición.

²⁸ Es el caso de UNIFIL en el mecanismo tripartito en la que están representados israelíes y libaneses. Las reuniones se producen con una periodicidad mensual y se consideran esenciales para generar confianza entre las partes. Se puede encontrar información sobre este mecanismo en: <http://unifil.unmissions.org/Default.aspx?tabid=1519>

²⁹ Véase por ejemplo el artículo 5 del Agreement between the Government of Sudan and the United Nations concerning the status of the United Nations Mission in Sudan, firmado en Khartoum, el 28 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://www.unmis.org/english/sofa.htm>

III. La sensibilidad cultural y el dilema Paz/Justicia: el papel del derecho internacional.

Uno de los dilemas que se viene planteando en los procesos de arreglo pacífico de controversias, incluyendo los procesos de mediación, es cómo conseguir un equilibrio entre paz y justicia. La cuestión se podría formular en estos términos: ¿Se puede conseguir una paz sostenible y duradera sin que se haga justicia? Esta es una de las grandes preguntas que se trata de responder a través del diseño de modelos de justicia transicional. Pues bien, en la búsqueda de este equilibrio entre estos dos valores fundamentales, el enfoque cultural puede ser un elemento importante a considerar. Y para aplicar, a su vez, este tipo de enfoque resulta imprescindible echar un vistazo a ciertas normas internacionales en torno a las cuales ha cristalizado un consenso universal.

En uno de los procesos de mediación recientes que se suele poner como ejemplo de proceso exitoso, han surgido dudas últimamente precisamente porque se ha dejado pendiente la asignatura de la justicia. Estoy hablando de Aceh. El Proceso en Aceh estuvo liderado por Ahtisaari e impulsado por la urgencia humanitaria que había causado el tsunami³⁰. Fue un proceso inusualmente rápido, duró exactamente 6 meses y culminó en un Acuerdo de paz (el Memorando de Helsinki), adoptado en agosto de 2005, en el que la justicia era una cuestión menor. Y eso, a pesar de que el propio Gobierno indonesio, había reconocido que alrededor de 33.000 personas habían sido asesinadas durante los 29 años del conflicto en Aceh. Tal y como Aspinell pone de relieve, Ahtisaari quería un acuerdo general y breve, que no diera todas las respuestas sino que supusiera el inicio de un proceso en que las partes tendrían que seguir trabajando juntas³¹. Por eso el capítulo de justicia del Memorando de Helsinki se cerró con una escueta referencia a la creación de un Tribunal de Derechos Humanos y de una división de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional, en Aceh (artículos 2.2 y 2.3). Ninguno de los dos organismos ha colmado las expectativas de los que siguen reclamando que se haga justicia³².

Hay que tener en cuenta, además, que en Indonesia se aplican simultáneamente distintos sistemas de justicia. En primer lugar, la justicia general basada en el Derecho positivo; en segundo lugar, la syariah, basada en los principios jurídicos islámicos; y el Adat basado en las costumbres y usos locales.

En la búsqueda de respuestas al déficit de justicia en el proceso de paz, en el marco de la Syariah y el Adat se está preconizando el perdón y el pago de indemnizaciones como formas de hacer justicia.

En efecto, ante el fracaso de los intentos de crear la Comisión para la reconciliación y paz y el decepcionante resultado de la acción de los tribunales de derechos humanos, la Coalición por la verdad y la recuperación (KPK, Koalisi Pengungkapan Kebenaran) aboga por el perdón y la reconciliación en relación con perpetradores locales que han cometido crímenes relativamente pequeños. Como alternativa se propone el pago de indemnizaciones. "... (T)

³⁰ Edward Aspinell. Informe para Centre for Humanitarian Dialogue. "Peace without justice? The Helsinki peace process in Aceh" (abril, 2008)

³¹ Edward Aspinell. "Peace without... op. cit., p. 14

³² El Tribunal de Derechos Humanos fue creado a finales de 2007, sobre la base de la Ley de gobernanza de Aceh, adoptada en julio de 2006, pero con jurisdicción para conocer exclusivamente de los casos posteriores a la adopción de esta Ley. El sistema de tribunales de derechos humanos especiales (los competentes para conocer de las atrocidades cometidas antes de 2006) fueron creados mediante la Ley indonesia sobre Tribunales de Derechos Humanos (Ley 26/2000), es el competente conocer de las violaciones graves de derechos humanos, tales como genocidio y crímenes contra la humanidad, pero no está funcionando de manera efectiva. A la Comisión de Verdad y Reconciliación se reservaban las violaciones menos graves. El Memorando de Entendimiento de Helsinki también garantizaba una amnistía a los miembros del Movimiento para la liberación de Aceh (GAM) que estaban en prisión por delitos políticos. Para más detalles, véase: Aspinell, "Peace without... op. cit., p. 27 y ss.

he reparations are paid after a community adjudication and reconciliation process presided over by the village head and other dignitaries³³"

No obstante, estas vías tienen sus límites. El Tribunal constitucional indonesio declaró inconstitucional la Ley 27/2004 por la que se había creado la Comisión nacional de verdad y reconciliación porque dejaba abierta la posibilidad de que los que habían cometido graves violaciones de derechos humanos (las ocurridas antes de la Ley 26/2000 por la que se crearon los Tribunales de Derechos humanos) quedaran impunes³⁴. Esta jurisprudencia descansa sobre la idea de que el perdón y el pago de indemnizaciones no son formas válidas de hacer justicia en estos casos.

Lo que hizo el Tribunal constitucional indonesio es hacerse eco de las normas de Derecho internacional que prohíben la impunidad de aquellos que han cometido crímenes de guerra y/o crímenes contra la humanidad. Las

disposiciones de un acuerdo de paz que dispusieran la impunidad en esos casos serían nulas. En palabras de Bassiouni: "The realpolitik of reaching political settlements without regard to a post-conflict justice component is no longer acceptable³⁵".

En la misma línea se puede hacer referencia al Acuerdo de Lomé (1999) que puso fin a la guerra en Sierra Leona³⁶. El Acuerdo se había negociado bajo la condición, impuesta por ambas partes, de que se garantizara la impunidad total. Aunque el representante de Naciones Unidas logró incluir a última hora – y ante la sorpresa de las Partes – una cláusula de descarga de responsabilidad, aclarando que: "The United Nations holds the understanding that the amnesty and pardon in Article IX³⁷ of the agreement shall not apply to international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and other serious violations of international humanitarian laws".

En el momento en que se estaba negociando el acuerdo en Sierra Leona había un clamor por la paz que provenía de población local, que había llegado a la conclusión de que cualquier precio era bueno si servía para comprar el final

³³ Coalition for truth recovery. "A proposal for Remedy for Victims of Gross Human Rights Violations in Aceh". Working Paper, 14 de junio de 2007, p. 23-24. Véase Aspinell. "Peace without... op. cit., p. 30

³⁴ La Comisión de Verdad y Reconciliación fue creada un año antes del Acuerdo de Helsinki, mediante la Ley 27/2004. La creación de la Comisión para Aceh se ha visto complicada porque el Tribunal Constitucional indonesio declaró inconstitucional, a principios de 2006, la Ley 27/2004, sobre la base de que dejaba una puerta abierta a la impunidad. Disponible en: http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/download/putusan_sidang_Putusan006PUUIV2006ttgKKRtj07122006.pdf. En opinión del Tribunal constitucional la Ley permitía que perpetradores de graves violaciones de derechos humanos, los responsables de las ocurridas antes de la promulgación de la Ley 26/2000 sobre Tribunales de Derechos Humanos, quedaran impunes. Así se aclara en los párrafos 8 y 9 de: "Submission with regard to the United Human Right Council's Universal Periodic Review Mechanism. Submitted by the Indonesian National Human Rights Commission. Related to Indonesia for the 1st session scheduled in April 2008. Disponible en: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session1/ID/INHRC_IDN_UPR_SI_2008_IndonesianNationalHumanRightsCommission_uprsubmission.pdf

La decisión del Tribunal Constitucional ha complicado el proceso de creación de la Comisión de Reconciliación y Verdad en Aceh, de hecho ni siquiera la Comisión Nacional está operativa, pues todavía no se ha promulgado la nueva Ley que debe sustituir a la de 2004

³⁵ M. Cherif Bassiouni. "Accountability for violations of International humanitarian law and other serious violations of human rights". En: Bassiouni (Ed.) *Post-Conflict Justice*, Transnational Publishers: New York, 2002, p. 3. Véase también: Naomi Roht-Arriaza. "State responsibility to investigate and prosecute human rights violations in international law", 78 Cal. L. Rev. 449 (1990); M. Cherif Bassiouni. "Combating Impunity for International Crimes, 71 U. Colo. L. Rev. 209 (2000).

³⁶ Priscilla Hayner. "Negotiating peace in Sierra Leone: Confronting the justice challenge", December 2007 report, Centre for Humanitarian Dialogue; International Center for Transitional Justice.

³⁷ La amnistía aparecía recogida en el artículo IX del Acuerdo:

1. "In order to bring lasting peace to Sierra Leone, the Government of Sierra Leone shall take appropriate legal steps to grant Corporal Foday Sankoh absolute and free pardon.
2. After the signing of the present Agreement, the Government of Sierra Leone shall also grant absolute and free pardon and reprieve to all combatants and collaborators in respect of anything done by them in pursuit of their objectives, up to the time of the signing of the present Agreement.
3. To consolidate the peace and promote the cause of national reconciliation, the Government of Sierra Leone shall ensure that no official or judicial action is taken against any member of the RUF/SL, ex-AFRC, ex-SLA (Sierra Leone Army) or CDF (Civil Defence Force) in respect of anything done by them in pursuit of their objectives as members of those organizations, since March 1991, up to the time of the signing of the present Agreement. In addition, legislative and other measures necessary to guarantee immunity to former combatants, exiles and other persons, currently outside the country for reasons related to the armed conflict shall be adopted ensuring the full exercise of their civil and political rights, with a view to their reintegration within a framework of full legality".

de la guerra y de las atrocidades que se habían cometido durante el tiempo que había durado el conflicto, iniciado en 1991. Sin embargo el Acuerdo negociado en estos términos resultó muy difícil de implementar. De hecho, tras varias violaciones por parte de los rebeldes, a punto estuvo de reactivarse la guerra en mayo de 2000. La rápida intervención británica y de Naciones Unidas, que reforzaron su presencia en la zona, contribuyeron a evitar que estos sucesos violentos derivaran en una reactivación del conflicto armado. El Gobierno tomó plena conciencia de que había que juzgar a los perpetradores de violaciones graves de derechos humanos, pero también sabía que era muy difícil hacerlo a través de tribunales nacionales, así que inició conversaciones con Naciones Unidas. El resultado de estas conversaciones fue un acuerdo entre Naciones Unidas y Sierra Leona, por el que se creaba un Tribunal mixto, el Tribunal Especial para Sierra Leona³⁸. En su informe sobre el Tribunal, el Secretario general de Naciones Unidas consideró que la concesión de impunidad por el Acuerdo de Lomé era contraria al Derecho internacional y que, por tanto, no era un obstáculo a la actuación del Tribunal. En definitiva, el Secretario establecía que no se podía reconocer efectos jurídicos a la amnistía concedida en el Acuerdo de Lomé “dada su ilegalidad con arreglo al derecho internacional”³⁹.

El Secretario General también declara que “[A]unque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario”⁴⁰. Por lo tanto, se admite la amnistía pero bajo la condición de que nunca ampare a los culpables de genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad.

³⁸ Sobre lo ocurrido en Sierra Leona, véase también: Neil J. Kritz. “Progress and Humility: the ongoing search for post-conflict justice”. En: Basioniuni (Ed.) *Post-Conflict... op. cit.*, p. 66-70. Subraya que en contextos como el de Sierra Leona un Tribunal internacional o mixto no es suficiente para hacer justicia y que su labor tiene que ser complementaria a la de otros mecanismos como las comisiones de verdad y reconciliación.

El caso de Sierra Leona plantea dudas sobre si se podía haber hecho algo más para garantizar la justicia en el momento en que se estaba negociando el Acuerdo de Lomé. Pero si enjuiciamos el Acuerdo en perspectiva, lo cierto es que sólo sirvió para retrasar el momento en que los culpables de atrocidades han tenido que enfrentarse a la justicia.

La Corte interamericana de derechos humanos también ha establecido la ilegalidad de la impunidad en los procesos de reconciliación nacional, en los asuntos Barrios altos⁴¹ y Almonacid⁴². En estos casos, la Corte se pronuncia sobre la compatibilidad con la Convención interamericana de las Leyes de Amnistía, las llamadas “autoamnistías” por Cançado Trindade⁴³. En el asunto Almonacid Arellano, la Corte Interamericana declaró que la “prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general”⁴⁴.

Para llegar a esta conclusión, la Corte se refiere como fundamentos de Derecho a las Resoluciones de la Asamblea General 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, se sostiene que la “investigación rigurosa” de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, así como el castigo de los que los cometieron, “son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad in-

³⁹ Cfr. O.N.U., Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal para Sierra Leona, S/2000/915, 4 de octubre de 2000, párr. 24.

⁴⁰ Cfr. O.N.U., Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915 de 4 de octubre de 2000, párr. 22.

⁴¹ Caso Barrios Altos c. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001. Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_18.pdf

⁴² Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

⁴³ Voto razonado en el caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Disponible en: *Revista Ius et Praxis*, 12 (2): 349 - 362, 2006 : http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000200012&script=sci_arttext&tlng=en

⁴⁴ Cit. *Supra*. Nota 40, párrafo 99.

ternacionales”⁴⁵. En la segunda Resolución, la Asamblea general establece que estos crímenes deben ser objeto de investigación y que los responsables deben ser buscados, detenidos, enjuiciados y castigados, en caso de que se demuestre su culpabilidad⁴⁶.

La Corte se remite también a las Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁴⁷, junto con los Estatutos de los Tribunales para exYugoslavia (Artículo 29) y Ruanda (Artículo 28), que imponen una obligación a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas de cooperar plenamente con los Tribunales en la investigación y persecución de personas acusadas de haber cometido serias violaciones de Derecho Internacional, incluidos crímenes contra la humanidad. Por último, la Corte menciona que el Secretario General de las Naciones Unidas ha señalado que en vista de las normas y los principios de las Naciones Unidas, los acuerdos de paz aprobados por ella nunca pueden prometer amnistías por crímenes de lesa humanidad⁴⁸.

En un Informe más reciente el Secretario General de Naciones Unidas⁴⁹ se ha vuelto a pronunciar sobre esta cuestión estableciendo que Naciones Unidas no debe apoyar ningún acuerdo de paz en el que se trate de garantizar la impunidad a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Y recomienda a los representantes de Naciones Unidas en negociaciones de paz que dejen siempre claro que ninguna estipulación en relación con la

⁴⁵ Cfr. O.N.U., Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969.

⁴⁶ Cfr. O.N.U., Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVIII) 3 de diciembre de 1973.

⁴⁷ Cfr. O.N.U., Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/827 para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia de 25 de marzo de 1993; y Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/955 para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 8 de noviembre de 1994.

⁴⁸ Cfr. O.N.U., Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616 de 3 de agosto de 2004, párr. 10.

⁴⁹ “Enhancing mediation and its supporting activities”, cit. *supra*.

impunidad impediría la actuación de la Corte Penal Internacional, en caso de tratarse de situaciones sobre las que ésta pueda ejercer su jurisdicción.

No es una cuestión baladí. Y se sigue planteando. La defensa de Radovan Karadzic⁵⁰ ante la Corte Penal para la exYugoslavia se ha basado en que Richard Holbrooke, enviado especial de la ONU en la Yugoslavia de los años noventa, le prometió a Karadzic inmunidad a cambio de que abandonase la vida pública para facilitar la implementación de los Acuerdos de Dayton. Holbrooke ha venido negando que ese Acuerdo existiese y, en cualquier caso, la Corte Penal ha señalado – en línea con los límites a la impunidad a los que ya me he referido – que incluso aunque existiera el acuerdo no le reconocería inmunidad a Karadzic. En su Decisión sobre la inmunidad de Karadzic, el Tribunal Penal para la exYugoslavia establece que cualquier acuerdo que concediese amnistía en caso de genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad sería inválido de conformidad con el Derecho internacional⁵¹.

Hay más ejemplos recientes que demuestran que los Estados son conscientes y aceptan la existencia de esta norma internacional como un límite a su práctica. Por ejemplo en la República Democrática del Congo el Gobierno ha concedido una amnistía a los grupos rebeldes y a las milicias procedentes del norte y sur de Kivu, amnistía de la que se excluyen, sin embargo, los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio⁵². Por otro lado, en el Informe que ha publicado recientemente la Comisión de

⁵⁰ Boletín de Justicia Transicional, n. 12, ECP, mayo-junio 2009, p. 18. Se puede consultar en: <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/boletin012.pdf>

⁵¹ Trial Chamber Decision on the Accused's Second Motion for Inspection and Disclosure: Immunity Issue, ICTY-2008-IT-95-5/18-PT (17 December 2008) <<http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/en/081217.pdf>, párrafo 25. Sobre esta Decisión, véase: Benjamin E. Brockman-Hawe. 2009. “Amnesty at the ICTY: an analysis of the Karadzic Immunity Decision” Disponible en: <http://works.bepress.com/benbh/3>. Este autor sugiere que no aunque la norma de Derecho internacional general prohibiendo este tipo de amnistías puede estar formándose, el elemento de la opinio iuris no ha terminado de consolidarse, por lo que no se puede hablar de una norma existente.

⁵² Boletín de Justicia Transicional, n. 12, ECP, mayo-junio 2009. Se puede consultar en: <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/boletin012.pdf>

la Verdad y la Reconciliación de Liberia sobre el conflicto civil liberiano, se recomienda enérgicamente el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones de derechos humanos durante el conflicto (1979-2003)⁵³.

Por tanto, independientemente de que de acuerdo con las tradiciones y costumbres o usos de determinadas comunidades, éstas puedan ser más proclives al perdón o estén dispuestas a una reconciliación, después de haber sufrido las consecuencias de un largo conflicto, el ordenamiento jurídico internacional no permite la impunidad en estos casos⁵⁴. El debate que se planteó entre Hart y Fuller en relación con la persecución de los colaboradores nazis después de la segunda guerra mundial en Alemania, hoy no sería posible en los mismos términos en que se dio. Hart, en una postura radicalmente positivista, consideraba que el Estado de Derecho exigía la aplicación de las leyes vigentes en el régimen nazi, aunque éstas fueran inmorales. En cambio

Fuller defendía la necesidad de aplicar un concepto sustantivo de justicia que implicaba que en supuestos muy graves, el “derecho moral” debía prevalecer sobre el legal. Si el debate se plantease hoy en los mismos términos, Fuller no tendría que remitirse a la moral, sino que le bastaría con hacerlo al Derecho internacional. El concepto de Estado de Derecho debe ser delimitado teniendo en cuenta la existencia de normas jurídicas internacionales, sin poder prescindir en ningún caso de las que son imperativas⁵⁵.

Todo esto me lleva a afirmar que se pueden identificar componentes de ese esperanto cultural al que antes aludía. El ordenamiento jurídico internacional es un punto de referencia ineludible para la consecución de tal objetivo. Y de acuerdo con ese ordenamiento jurídico, se puede decir que los valores o principios culturales no pueden servir para justificar o perdonar crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad⁵⁶. Estos deben ser condenados, repudiados y castigados en cualquier escenario cultural (y en cualquier contexto jurídico).

Por otro lado, he hecho referencia a que existen distintos conceptos de justicia, imbuidos de valores culturales y, en consecuencia, distintas concepciones acerca de lo que significa hacer justicia.

En primer lugar, se plantea si determinadas formas de justicia tradicional cumplen los estándares exigidos en cuanto a la depuración de responsabilidad y el castigo a los culpables de atrocidades. Se puede citar aquí el caso del sistema de justicia local “gacaca”, desarrollado en Ruanda para castigar a los miles de culpables de graves violaciones

de derechos humanos⁵⁷. Sólo los imputados por diseñar y liderar el genocidio o aquellos cuyos crímenes alcanzaron especial notoriedad o brutalidad o los que cometieron crímenes de tortura sexual quedan excluidos de la posibilidad de ser sometidos a este sistema de justicia local tradicional. Todos los demás: asesinos y cómplices, imputados por lesiones o por delitos contra la propiedad pueden ser juzgados en los tribunales gacaca⁵⁸. En estos tribunales se ofrece una sustanciosa reducción de la pena a cambio de una total cooperación y de la confesión de la verdad por parte de los imputados. Aunque pueden surgir dudas sobre si el sistema gacaca es “suficiente” para considerar que se ha hecho justicia⁵⁹, lo cierto es que se ha conseguido agilizar los juicios⁶⁰, se ha abierto una puerta a la participación de las comunidades locales y se ha facilitado la reintegración a estas comunidades de los perpetradores.

Por otro lado, se plantea también si determinadas formas “alternativas” de justicia cumplen a su vez los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Ya me he referido a la situación en Indonesia, donde se reconoce la justicia islámica y el adat (justicia tradicional). La syariah sólo se aplica a los musulmanes en cuestiones de familia, Derecho penal y propiedad. Cuenta con unos tribunales específicos y una autoridad (Wilayatul Hisbah) que se ocupa de supervisar la actuación de los tribunales

con arreglo a la ley islámica. De otro lado, a través del adat, instituciones tradicionales, se resuelven conflictos comunitarios y se media entre vecinos.

Se han documentado prácticas discriminatorias por razón de género (un juez islámico es más reticente a conceder el divorcio a una mujer que a concedérselo a un hombre) y también la aplicación de castigos corporales. Tanto en el marco de la syariah, como en el del adat se pueden prescribir castigos como latigazos, “caning” y rotan.

Los castigos corporales también se aplican en la justicia indígena en Latinoamérica. Y la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana ha declarado la constitucionalidad del fute y el cepo aplicados en el marco de la jurisdicción indígena⁶¹.

En efecto, el Tribunal constitucional colombiano ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de ciertos castigos utilizados en aplicación de la jurisdicción indígena. Así, ha analizado la constitucionalidad de medidas como la expulsión del territorio indígena, a la luz de la prohibición constitucional del destierro, llegando a la conclusión de que la expulsión no equivale al destierro pues la persona puede permanecer en territorio colombiano. De modo que considera constitucional la expulsión, siempre que el castigo no se haga extensivo a la familia del condenado. Como he mencionado ya, la Corte constitucional también establece la “constitucionalidad” de castigos como los futes y el cepo, argumentando que de acuerdo con la cosmovisión indígena no se pueden considerar ni tortura, ni trato inhumano o degradante, sino que por el contrario permiten la reintegración del individuo a la comunidad⁶².

No obstante, la Corte constitucional declara en la Sentencia T-254 de 1994 que “las leyes imperativas prevalecen sobre los usos y costumbres siempre que protejan un valor

⁵³ El informe se ha presentado en junio de 2009. “The truth and reconciliation commission of Liberia: summary of preliminary findings, determinations and recommendations”. Se puede consultar en: <https://www.trcofliberia.org/reports/final/final-report/trc-final-report-volume-1-summary>: “Prosecution mechanism is desirable to fight impunity and promote justice and genuine reconciliation” En una conclusión muy clara: “Prosecution in a court of competent jurisdiction and other forms of public sanctions are desirable and appropriate mechanisms to promote the ends of justice, peace and security, foster genuine national reconciliation and combat impunity”. También establece una primera recomendación referida a la creación de un mecanismo para depurar responsabilidades: “1. Accountability: A Prosecution Mechanism The Commissioners of the TRC determine that a criminal court with the competence and jurisdiction to adjudicate criminal responsibility for individuals, armed groups and other entities that the TRC determines were responsible for ‘egregious’ domestic crimes, ‘gross’ violations of human rights and ‘serious’ humanitarian law violations is appropriate. Such institution shall be specifically endowed with the authority and jurisdiction to adjudicate domestic, IHRL and IHL violations”

⁵⁴ No obstante, se siguen discutiendo estas cuestiones. En estos momentos, hay un debate abierto en Camboya. El fiscal internacional de las Cámaras Especiales en las Cortes de Camboya, Robert Petit, ha anunciado su dimisión que se hará efectiva a partir de septiembre. Se han hecho públicas las desavenencias entre Petit y el fiscal camboyano Chea Leang. Mientras que el primero quiere que prosigan los juicios y cree que habría que llevar a más autoridades ante el Tribunal, Chea Leang ha mostrado su desacuerdo por el peligro de que nuevos juicios acaben desestabilizando la situación en el país. En estos momentos se debate la posibilidad de establecer una Comisión de la Verdad y Reconciliación que, en opinión de Petit, nunca se debería concebir como una alternativa a la actuación de los jueces, sino como un mecanismo complementario.

⁵⁵ Sobre esta discusión entre Hart y Fuller, véase: Teitel. “Transitional justice... op. cit., p. 13.

⁵⁶ El Secretario General de Naciones Unidas establece en su Informe sobre responsabilidad de proteger (enero 2009), p. 20. “Moreover, if principles relating to the responsibility to protect are to take full effect and be sustainable, they must be integrated into each culture and society without hesitation or condition, as a reflection of not only global but also local values and standards. This should not be an impossible task since no community, society, or culture publicly and officially condones genocide, war crimes, ethnic cleansing or crimes against humanity as acceptable behaviour. On this principle, Member States are united” A/63/677, de 12 de enero de 2009. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/category/REFEREN/CE,UNGA,,4989924d2,0.html>

⁵⁷ La Ley Orgánica por la que se establecen estos tribunales se puede encontrar en: <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/Organic%20Law%2027062006.pdf>. N° 28/2006 of 27/06/2006

Organic Law modifying and complementing Organic Law n° 16/2004 of 19/06/2004 establishing the organisation, competence and functioning of Gacaca Courts charged with prosecuting and trying the perpetrators of the crime of genocide and other crimes against humanity, committed between October 1, 1990 and December 31, 1994.

⁵⁸ Neil J. Kritz. “Progress and Humility: the ongoing search for post-conflict justice”. En: Bassiouni (Ed.) Post-Conflict... op. cit., p. 77.

⁵⁹ Se critica no sólo desde el lado de las víctimas, sino también desde el lado de los acusados. Los primeros se quejan de que los juicios se basan fundamentalmente en los testimonios de testigos y de que éstos no están lo suficientemente protegidos; los acusados denuncian que no pueden contar con un abogado, por lo que sus derechos de defensa se ven mermados. Se puede encontrar un Informe sobre los Juicios en los Tribunales Gacaca en: <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/En/EnIntroduction.htm>

⁶⁰ Los imputados por crímenes relacionados con el genocidio de 1994 superan las 100.000 personas y muchas de ellas se encontraban confinadas en prisiones en espera de juicio.

⁶¹ Sentencias T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997.

⁶² La jurisprudencia constitucional colombiana en relación con este asunto es analizada en: Edgar Solano. “La jurisdicción especial indígena ante la Corte constitucional colombiana”. En: Ordóñez Cifuentes (Coord.). “La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de Derecho” XII Jornadas Lascasianas, UNAM, 2004. Versión PDF disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1333>

constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural⁶³. Reconociendo, por tanto, que hay principios que deben prevalecer sobre este último.

En efecto, la Corte constitucional colombiana es tajante al decir que no se deben admitir violaciones de derechos humanos protegidos por normas de *ius cogens*, calificando como tales a los que no pueden ser derogados en ninguna circunstancia (derecho a la vida, prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la prohibición de la esclavitud, que considera “derechos intangibles”). El problema aparece desde el momento en que hay quien considera que los castigos corporales son tortura o por lo menos una forma de trato inhumano o degradante⁶⁴. Sin embargo, hay que tener en cuenta que para los pueblos indígenas las largas condenas de cárcel son mucho peores que un castigo corporal. La reclusión puede llevar a la muerte del espíritu. Y desde luego los castigos corpo-

rales no son peores que la pena de muerte, que se aplica en EEUU, desde donde llegan paradójicamente muchas críticas al reconocimiento de estas prácticas indígenas. No obstante, se puede estar en contra de las dos cosas: pena de muerte y castigos físicos.

En cualquier caso, es un debate importante en el que se plantea con claridad el tema de los límites: hasta dónde se puede llegar en el reconocimiento de parámetros culturales diferentes. Por ejemplo, en el caso de los castigos corporales ni desde la sensibilidad cultural se debería justificar la aplicación de los mismos a los menores⁶⁵. La cuestión de los límites se puede formular de manera positiva, entendiendo el perfilamiento de los mismos como la búsqueda e identificación de elementos comunes que deben estar presentes en cualquier marco cultural y jurídico.

III. Consideraciones finales

En la aplicación del paradigma de la sensibilidad o enfoque cultural el gran reto es identificar un sustrato cultural común, un mínimo común denominador que tiene que ver con el respeto de la persona y de sus derechos básicos. Ese sustrato común se puede encontrar en el ordenamiento jurídico internacional, algunas de cuyas normas se pueden considerar como elementos integrantes de una constitución material internacional.

Parece claro que a la hora de hacer concesiones en el área de la justicia, en beneficio de la paz, hay ciertamente

un límite claro: no se debe reconocer impunidad en los casos de violaciones graves, masivas y sistemáticas de derechos humanos. Ningún paradigma cultural puede cambiar esta norma, que sería un componente de ese sustrato común del que hablaba.

No se puede llamar paz a una situación a la que se llega garantizando ese tipo de impunidad. Y quizás se consiga la paz, pero ésta no será sostenible, cuando se logre sin que los derechos humanos de todos queden garantizados. Se puede citar el caso de Bosnia-Herzegovina. En los asuntos *Sejdic y Finci c. Bosnia Herzegovina*⁶⁶, la Gran Sala del

⁶³ Edgar Solano. “La jurisdicción... op. cit., p. 4.

⁶⁴ Véase, por ejemplo: V. J. Cabedo Mallol. “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. Disponible en: <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>. También se muestra muy crítico: Brian Williams. “Victims of crime and community justice”, 2005, 176 p. véase especialmente p. 71 y ss.

⁶⁵ Véase: “Against corporal punishment, moving toward constructive child discipline”. Informe UNESCO. Disponible en: <http://www.nospank.net/unesco.pdf>

⁶⁶ Casos nos. 27996/06 and 34836/06 por Dervo SEJDI y Jakob FINCI contra Bosnia y Herzegovina presentadas el 3 julio y el 18 agosto 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos tendrá que decidir si los artículos 4 y 5 de la Constitución de Bosnia-Herzegovina, basada en los Acuerdos de Dayton incumplen el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este caso los demandantes son un roma y un judío, que no pueden concurrir como “elegibles” a las elecciones presidenciales ni a las parlamentarias en Bosnia Herzegovina, debido precisamente a su origen romaní y judío. Los artículos 4 y 5 de la Constitución de Bosnia Herzegovina establecen que sólo las personas pertenecientes a unos de los “pueblos constituyentes”: bosniacos croatas o serbios, pueden ejercer el derecho de sufragio pasivo en estas elecciones. Se excluye, constitucionalmente a “los otros”, es decir, a los que forman parte de otras minorías nacionales o grupos étnicos, incluyendo los judíos y los miembros de la minoría romaní.

Tanto el Comité de Derechos Humanos, como el Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial han emitido observaciones en las que recomiendan al Estado de Bosnia Herzegovina que modifique su Constitución⁶⁷.

La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) había emitido también un Dictamen sobre la situación constitucional en Bosnia Herzegovina en el que realizaba las siguientes consideraciones: “In the present case, the distribution of posts in the State organs between the constituent peoples was a central element of the Dayton Agreement making peace in Bosnia and Herzegovina possible. In such a context, it is difficult to deny legitimacy to norms that may be problematic from the point of view of non-discrimination but necessary to achieve peace and stability and to avoid further loss of human lives⁶⁸”. En efecto, la Constitución bosnia se basa en los Acuerdos de Dayton que hicieron posible la paz. La distribución de puestos en los organismos estatales entre los “pueblos constituyentes” fue uno de los elementos

esenciales de estos Acuerdos. Aunque parece evidente que la Constitución de Bosnia-Herzegovina vulnera los parámetros internacionales de protección de los derechos humanos, la Comisión de Venecia parece insinuar que era un precio que convenía pagar para conseguir la paz.

Sea como sea, el arreglo establecido por los Acuerdos de Dayton y reflejado en la Constitución bosnia probablemente no puede subsistir en los términos actuales. La propia Comisión de Venecia aunque reconocía, en el Dictamen mencionado, la legitimidad de la norma constitucional impugnada abogaba finalmente por la necesidad de modificarla y consideraba que las circunstancias actuales permitían emprender un proceso de reforma que garantizara la representación de todos los grupos étnicos. Y más rotunda se ha manifestado en el *amicus curiae* que ha presentado en los asuntos *Sedjic y Finci*, en que declara que la exclusión de “los otros” articulada en la Constitución de Bosnia/Herzegovina y en la Ley electoral es incompatible con el artículo 14 en conjunción con el artículo 3 del Protocolo 1 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 12⁶⁹.

Parece evidente que un acuerdo de paz que no garantiza los derechos de todos no será duradero y está llamado a modificarse. Los casos *Sedjic y Finci* demuestran además la importancia que tiene la existencia de órganos internacionales que garantizan los derechos humanos.

A lo largo de este trabajo se ha hecho también referencia a situaciones que demuestran que aunque en aplicación del enfoque cultural se pueden reconocer distintos modos de “hacer justicia”, se debe exigir que se respeten en todo caso los derechos humanos, al menos los que son inderogables. En este sentido, resulta muy ilustrativa la referencia de la Corte constitucional colombiana a la existencia de un “consenso intercultural” sobre la necesidad de preservar los derechos humanos intangibles⁷⁰.

Por lo menos los derechos humanos protegidos por normas imperativas de Derecho internacional general deben

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, documento no. CCPR/C/BIH/CO/1, § 8, de 22 noviembre de 2006. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, documento no. CERD/C/BIH/CO/6, § 11, de 21 de marzo de 2006.

⁶⁸ *Opinion on the constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the powers of the High Representative* (document no. CDL-AD(2005)004).

⁶⁹ CDL-AD(2008)027; *Opinion no. 483/2008, de 22 de octubre de 2008. Comisión de Venecia. Amicus Curiae Brief en los casos Sedjic and Finci v. Bosnia/Herzegovina.*

ser considerados como filtros a la hora de reconocer cualquier práctica o uso local y, por tanto, deben considerarse principios fundamentales en cualquier esquema cultural. Al menos esos derechos deberían considerarse voces genuinamente universales que compondrían ese esperanto cultural al que antes me he referido, necesario para hacer posible la comunicación entre distintos universos culturales.

⁷⁰ En la constitución peruana de 1993 se establece que los derechos humanos son un límite al reconocimiento de la jurisdicción indígena (artículo 149 – Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rj/bases/legisla/peru/cons-per.HTM>) . En la constitución colombiana la propia Constitución y las leyes son el límite establecido.

Definición del crimen de agresión: evolución del concepto de crimen contra la paz hasta el tribunal internacional de Nuremberg

Introducción

Augusto Hernández Campos()*

El crimen contra la paz constituye el mayor de los crímenes internacionales según el Tribunal Militar Internacional afirmó en su sentencia del proceso de Nuremberg que “Iniciar una guerra de agresión, por tanto, no es solamente un crimen internacional; es el crimen supremo internacional que se diferencia sólo de otros crímenes de guerra en que contiene en sí mismo la maldad acumulada de todos”.¹ La importancia de esta cuestión es de sumo grado por cuanto es el único crimen dentro de la jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional que queda aún por definir.

El objetivo del presente ensayo es efectuar un análisis de la evolución político-jurídica del concepto de crimen

contra la paz en el Derecho Internacional hasta el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg.

Para cumplir con tal finalidad se ha dividido este trabajo en las siguientes partes: comenzaremos por la definición del crimen de agresión, continuaremos con la evolución política, seguiremos con el desarrollo jurídico-histórico del crimen de agresión hasta la Segunda Guerra Mundial, y terminaremos con la definición del crimen de agresión en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el procesamiento por este crimen, *inter alia*, de los grandes jefes nazis.

1. Definición de Crimen de Agresión

() Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política y catedrático de Derecho Internacional Público de la UNMSM. Profesor a nivel de postgrado de la UNMSM, UNFV, CAEN, UAP, ADP, entre otras. Conferencista en diversas universidades e instituciones académicas. Editoralista del diario El Comercio. Director de Derecho Internacional del ILADIR. Miembro del RIIA, Royal Institute of International Affairs, y del ASIL, American Society of International Law.*

Este trabajo surgió como parte del dictado por el autor del curso de Derecho Penal Internacional en la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Peruana Los Andes (UPLA) y como parte de la investigación de su tesis doctoral que versa sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional

La agresión por un Estado contra otro Estado en quebrantamiento de tratados internacionales ya estaba prohibido por el DI (Derecho Internacional) antes de la Segunda Guerra Mundial. Aquí el Estado que cometiera agresión cometía un acto ilícito internacional lo que conducía a la responsabilidad internacional del Estado².

¹ Sentencia del TMI en Nuremberg leída el 30 de setiembre-1 de octubre de 1946.

² Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 111. Como los tratados de alianzas, o el Convenio de la SDN de 1919 o el Pacto Briand-Kellogg de 1928.

La agresión fue por vez primera vista como un crimen internacional que involucraba la responsabilidad penal individual internacional según el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, que creó el TMI (Tribunal Militar Internacional).³

Los crímenes contra la paz son crímenes internacionales. Fueron reconocidos como tal por vez primera después de la Segunda Guerra Mundial. Estos crímenes fueron establecidos mediante el anexo al Acuerdo de Londres para el enjuiciamiento de los criminales de guerra del Eje europeo de 1945, el anexo incluye el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. También, esta noción sería incluida en la Carta de las Naciones Unidas, en el sentido que las guerras sin legalidad internacional, i.e. no sancionadas por el Consejo de Seguridad y por la Carta de la ONU, pueden ser consideradas guerras de agresión.

Esta definición jugaría un papel importante al definir a la agresión como un crimen contra la paz.

En el Artículo 6, párrafo a, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, los crímenes contra la paz fueron definidos como:

“planificación, preparación, inicio o el sostenimiento de una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, o participación en un plan o conspiración común para el cumplimiento de cualquiera de los anteriores.”⁴

El último párrafo de ese artículo dice:

*“Los líderes, organizaciones, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan o conspiración común para cualquiera de los anteriores crímenes son responsables por todos los actos efectuados por cualquier persona en ejecución de dicho plan.”*⁵

El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) contiene una definición similar. Ligeramente diferente es la definición en la Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control del 20 de diciembre de 1945 que forma la base de los procesos contra grupos especiales de acusados. El art. II, pár. 1 (inc. a) de la Ley No. 10 define el crimen contra la paz para incluir:

“Inicio de invasiones de otros países y guerras de agresión en violación de leyes y tratados internacionales, incluyendo pero no limitados a planeación, preparación, inicio o sostenimiento de una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, o participación en un plan o conspiración común para el cumplimiento de cualquiera de los anteriores.”⁶

En aquella base fueron dadas sentencias respecto a crímenes contra la paz en los casos I.G. Farben (Caso 6), Krupp (Caso 10), Ministerio del Exterior (Caso 11) y Alto Mando (Caso 12).

En el proceso de Helsinki, estadistas finlandeses fueron hallados culpables, por un tribunal soviético, por cometer crímenes contra la paz.

En el Lejano Oriente, un tribunal chino de Shanghai procesó y condenó al general japonés Takashi Sakai por crímenes contra la paz.

La CDI (Comisión de Codificación de Derecho Internacional) en su informe de 1950 define este crimen de la siguiente manera:

“(i) Planeamiento, preparación, inicio o sostenimiento de una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías;

(ii) Participación en un plan o conspiración común para el cumplimiento de cualquiera de los actos mencionados bajo (i).”⁷

¹ Sentencia del TMI en Nuremberg leída el 30 de setiembre-1 de octubre de 1946.

² Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 111. *Como los tratados de alianzas, o el Convenio de la SDN de 1919 o el Pacto Briand-Kellogg de 1928.*

³ Cassese, *ibid.*

⁴ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, art. 6, pár. a.

⁵ *Ibid.*

⁶ Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control de 1945, art. II, pár. 1, inc. a.

⁷ YILC-Yearbook of the International Law Commission, 1950-II, p. 376.

2. Evolución política

Antecedentes

La historia de los crímenes contra la paz es extremadamente compleja. Después de las Guerras Napoleónicas en 1815, el general prusiano August von Gneisenau sugirió que el emperador Napoleón fuese sometido a juicio por las guerras que él había iniciado, pero razones políticas impidieron que esto sucediera. Inglaterra prefería exiliarlo a la isla de Elba, y después a Santa Helena, en base a que él era un hombre peligroso para la paz de Europa.⁸

Después de la Primera Guerra Mundial, se planteó que el Kaiser Guillermo II debía ser juzgado por haber iniciado aquella guerra. Los miembros americanos de la “Comisión sobre Responsabilidades” se oponían a esta propuesta pues no tenía sustento en el Derecho Internacional. Como un compromiso, el Tratado de Paz de Versalles incluía el dispositivo que establecía que Guillermo II sería juzgado “por ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los tratados”, y el tribunal especial debía guiarse “por los más altos motivos de política internacional”⁹. El juicio no tuvo lugar porque Holanda rehusó extraditar al antiguo emperador. Dicho tribunal especial sólo podía en cualquier caso emitir en su decisión a una conclusión política, en la forma de una sentencia jurídica.

La Segunda Guerra Mundial

Durante la Segunda Guerra Mundial, algunos académicos¹⁰ consideraron el juicio de los jefes de la Alemania Nazi como ilegales. Pero, sus argumentos no convencieron a la Comisión de las Naciones Unidas para Crímenes de Guerra (UNWCC, United Nations War Crimes Commission), creada en 1943 con la tarea de formular los crímenes

por los cuales los vencidos debían ser procesados y castigados. La UNWCC redactó una lista de sólo crímenes de guerra convencionales.¹¹

En los primeros años de la Segunda Guerra Mundial sólo se habían considerado crímenes de guerra convencionales, p.e. en la Declaración de Churchill y Roosevelt (25 de octubre de 1941), en la Declaración del Palacio de St. James (Declaración Inter-Aliada sobre el Castigo de los Crímenes de Guerra, 13 de enero de 1942), y en la Declaración de Moscú sobre Atrocidades (30 de octubre de 1943), la mano de Churchill es visible en esta siguiente de la última declaración citada:

*“Aquellos que hasta ahora no hayan manchado sus manos de sangre inocente quedan advertidos para que no se unan a las filas de los culpables, ya que pueden tener por seguro que las tres potencias aliadas les perseguirán con toda seguridad hasta el último confín de la tierra los entregarán a sus acusadores para que se haga justicia. La anterior declaración se hace sin perjuicio de que pueda haber casos de destacados criminales cuyos delitos no tengan una ubicación geográfica determinada y que sean condenados por decisión conjunta de los gobiernos aliados”*¹².

⁸ Bert V.A. Röling, “Crimes against Peace”, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (Amsterdam: Elsevier, 1992), p. 872.

⁹ Art. 227, Tratado de Paz de Versalles de 1919.

¹⁰ Sheldon G. Glueck, Georg Schwarzenberger, Hermann Mannheim.

¹¹ La Comisión fue creada el 20 de octubre de 1943 por EEUU, Gran Bretaña y otros 15 gobiernos aliados. Funcionó hasta el 31 de marzo de 1948. El objetivo de la Comisión era investigar y registrar evidencia de crímenes de guerra e identificar a los individuos responsables.

¹² Declaración en Relación con las Atrocidades que se están Cometiendo (aprobada en la conferencia de Moscú del 30 de octubre de 1943). Esta declaración fue suscrita por EEUU, GB y la URSS en el marco de la Conferencia de Moscú (18 octubre-11 noviembre 1943) que contó con la participación de Anthony Eden, Cordell Hull y Viaceslav Molotov.

También, se declaró que los “principales criminales de guerra cuyos delitos no tienen un lugar geográfico particular” serían castigados bajo una decisión conjunta de los gobiernos Aliados.

Inclusión de crímenes contra la paz

Fue Stalin, quien con ocasión del 26to. aniversario de la Revolución Bolchevique, el 7 de noviembre de 1943, solemnemente declaró “que todos los criminales fascistas que son responsables por esta guerra” serían juzgados y castigados. Esta idea fue desarrollada en el tratado de A.N. Trainin, La responsabilidad criminal de los hitlerianos

(Moscú, 1944).¹³ La opinión entre los gobiernos y juristas estaba dividida en la cuestión si la responsabilidad individual penal por la guerra era reconocida en el Derecho Internacional.

Después de un vivo debate, la UNWCC aconsejó a la Conferencia de San Francisco en junio de 1945 que la guerra agresiva debía ser considerada como un crimen internacional en el futuro. La UNWCC cambió su opinión respecto a la posición legal existente sólo en su resolución del 30 de enero de 1946 después que había sido adoptada la Carta de Londres (8 de agosto de 1945) para el juicio de Nuremberg.

3. Evolución jurídica de la formulación del crimen contra la paz

3.1. Orígenes históricos del crimen de agresión y la ilegalización de la guerra agresiva

La Teoría de la guerra justa

La doctrina de la “guerra justa” (*bellum iustum*) se originó como una reacción contra el pacifismo cristiano de los primeros siglos después de Cristo, y se convirtió en la doctrina oficial de la iglesia católica en el Medioevo.

Describía las condiciones para una guerra legítima. Estas eran, *inter alia*, una causa justa en defensa de intereses legítimos, imposibilidad de solución pacífica, y proporcionalidad entre el acto ilícito y la guerra planeada. La doctrina sirvió como una legitimación para las guerras iniciadas por príncipes cristianos.

Los escritos de Aristóteles, Cicerón, San Agustín y Santo Tomás establecieron la premisa filosófica de la legitimidad de la guerra en sus intentos para distinguir entre guerras justas e injustas¹⁴. Las antiguas ciudades-Estado griegas, a pesar de su alto nivel de civilización, se destruyeron a sí mismos en las Guerras del Peloponeso. Los

romanos promulgaron códigos de “Derecho Natural” que ordenaban que las guerras pudieran ser legítimas sólo si eran legalmente declaradas y tenían una causa justa, tales como la protección del territorio o en defensa del honor. Aquellos que sostenían una guerra sin aprobación del Senado podrían ser entregados al enemigo para el castigo.

Teólogos como San Agustín (354-430 d.C.) y el arzobispo Isidoro de Sevilla (530-636) revivieron las consideraciones romanas respecto a la guerra justa. El Papa Urbano II, en el Concilio de Clermont-Ferrand en noviembre de 1095, proclamó la “Paz de Dios” que prohibía la guerra en ciertas fiestas religiosas bajo pena de excomunión y anatema.¹⁵

¹³ Traducción al inglés: A.N. Trainin, *Hitlerite Responsibility Under Criminal Law* (Londres: Hutchinson, 1945).

¹⁴ Un resumen de estos escritos se hallan en Hugo Grocio, *De Iure Belli ac Pacis* (Libro II, 1625). También, Charles Von Elbe, “The Evolution of the Concept of Just War in International Law”, *American Journal of International Law* (vol. 33, 1939), p. 665.

¹⁵ Georges Coyau, “L’Eglise Catholique et le Droit des Gens”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International* (vol. 6, 1925), pp. 127-137.

En la era moderna, con el desarrollo de la teoría de la soberanía del Estado, ha sido generalmente reconocido que el Estado soberano era la única autoridad facultada para decidir si las condiciones para un *bellum iustum* habían sido cumplidas. En la práctica, esto significaba que los Estados soberanos consideraban el derecho a ir a la guerra (*ius ad bellum*) como una de las prerrogativas de la soberanía nacional.

Francisco de Vitoria

Francisco de Vitoria (c. 1480-1546), un teólogo español ampliamente visto como uno de los fundadores del DI (Derecho Internacional), argumentó que las guerras legítimas tenían que ser moralmente justificables, como en la auto-defensa o corregir un daño recibido.¹⁶ Los agresores injustos estaban legalmente bajo la obligación “de hacer bien a expensas de la guerra”, y que ningún sujeto estaba obligado a sostener una guerra injusta “incluso a través de sus mandos soberanos”. Los escritos de Vitoria proporcionan las raíces de una definición de agresión, una verificación de los parámetros de la autodefensa permisible, la idea de proporcionalidad, los límites de la necesidad militar, la responsabilidad de los jefes de Estado, y la no disponibilidad de las órdenes superiores como excusa por actos de agresión. Vitoria señala “que las guerras de agresión no deben ser condenadas sólo por ser tales, ya que al mismo tiempo pueden tener su origen en una causa justa de guerra”¹⁷.

Estas doctrinas iniciales fueron precursoras de los principios de Derecho Penal Internacional que serían reconocidos y ampliamente aprobados cuatro siglos después.

Esfuerzos para controlar la guerra existieron en otras civilizaciones. Las civilizaciones china, hindú, egipcia, y asirio-babilonia también diseñaron normas de legitimidad de la guerra. La civilización islámica basada en el Corán también estableció reglas específicas respecto a la legitimidad de la guerra. Estas reglas y prácticas tenían alguna influencia en el desarrollo de la civilización occidental en virtud de los contactos del Islam en la Edad Media con las cruzadas y con España e Italia meridional, y Francia meridional cuando estas áreas estaban bajo control musulmán. Tal influencia aparece en los escritos de ciertos canonistas. Así, hacia el siglo XVII, un fuerte fundamento filosófico

había sido establecido, particularmente en la civilización occidental, para las limitaciones de la guerra (y su conducta).

Hugo Grocio y la era moderna

Huig von Groot, conocido más comúnmente como Hugo Grocio (1583-1645), quien es generalmente considerado como el padre del Derecho Internacional (DI), escribió en su tercer libro sobre El Derecho de la Guerra y la Paz de 1625 que incluso en tiempos de guerra, la justicia y el honor eran obligatorios. Aquellos que desencadenaban una guerra ilegalmente sería personalmente responsable por su agresión, e incluso oficiales militares que podrían haber prevenido el daño serían responsables personalmente. Era ilegal llevar a cabo una guerra contra una parte que estaba deseosa de aceptar arbitraje, y Grocio recordó el dictum de Cicerón quien dijo que los hombres solucionaban conflictos mediante argumentos mientras que la fuerza era característica de las bestias. Él apeló a la conducta humana incluso en la guerra, “por imitar a las bestias salvajes demasiado olvidamos ser humanos”.

La siguiente fase histórica involucraba prescripciones normativas contra estas formas de guerra que habían comenzado a ser rechazadas por los valores compartidos de la comunidad mundial.¹⁸ Desde tiempo inmemorial, reyes y otros gobernantes menores han entrado en tratados bilaterales y multilaterales como medios de regular sus relaciones para la prevención de la guerra. Desde el Tratado de Westfalia de 1648, la práctica de formular tratados de no agresión se expandió y contribuyó al desarrollo de lo que podría ser llamado la conciencia de un mundo emergente para la prevención de la guerra.

¹⁶ Antonio Truyol y Serra, *Historia del Derecho Internacional Público* (Madrid: Tecnos, 1995), p. 60.

¹⁷ Vid., Arthur Nussbaum, *Historia del Derecho Internacional* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1947), p. 66.

¹⁸ Cherif Bassiouni, “The Proscribing Function of International Criminal Law in the International Protection of Human Rights”, *Yale Journal of World Public Order* (vol. 9, 1982), p. 193.

En este contexto, el control de la guerra es mejor ilustrado por aquellos compromisos multilaterales cuyo objetivo es controlar, regular, prevenir y prohibir la guerra como la reflexión de un esfuerzo de la comunidad mundial basado en valores compartidos de la comunidad mundial¹⁹.

Los esfuerzos por ilegalizar la guerra como un instrumento de política nacional e inhibir actos de agresión hallaron expresión en varios planes reestructurando el prevaleciente orden (o desorden) internacional. El Gran Proyecto del Rey Enrique IV en 1603, los escritos del cuáquero William Penn, hacia fines del siglo XVII, propuestas por el Abad de Saint Pierre en 1713, de Rousseau en 1782, e Immanuel Kant en 1795, son muestra de los esquemas por la cual el uso legítimo de la fuerza sería determinado por un parlamento y judicatura internacionales respaldado por un ejército internacional para mantener o restaurar la paz.²⁰ Desafortunadamente, ninguno de estos planes tuvo aceptación, aunque las ideas básicas fueron incorporadas en la constitución de una nueva confederación de Estados llamada Estados Unidos de América.

El siglo XX: Hacia la proscripción de la guerra

En tiempos contemporáneos, 49 tratados multilaterales, desde 1899 hasta la actualidad, han tratado directamente con la prohibición de la guerra, y la preservación de la paz. Entre éstos, los principales tratados son:

1. *Las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre Solución Pacífica de Controversias Internacionales.*
2. *El Tratado de Versalles de 1919 que condena la guerra de agresión.*
3. *El Convenio de la Sociedad de las Naciones que prohibía las guerras de agresión en 1920.*
4. *El Pacto Briand-Kellogg de 1928 sobre renuncia de la guerra como instrumento de política nacional.*
5. *La Carta de Londres de 1945 que criminalizaba la guerra.*
6. *La Carta de las Naciones Unidas de 1945 que prohibía la guerra excepto en auto-defensa.*

A través de toda la historia, los esfuerzos por definir y codificar la agresión también han tenido lugar en círculos oficiales y académicos, y finalmente en 1974, el Comité Especial de las Naciones Unidas sobre Definición de Agresión produjo una definición aceptada. Por implicación y con referencia al contexto histórico de prevenir y castigar la guerra agresiva, aquella definición podría ser usada como base para la criminalización de agresión. Pero, eso requeriría una convención específica sobre la materia similar a los existentes en otros aspectos de los crímenes internacionales. Esto es aparentemente uno de los propósitos del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, que fue adoptado en 1996.

3.2. Las Convenciones de La Haya de 1907

La I Convención de La Haya de 1907 para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales claramente refleja esta opinión. De acuerdo al Art. 2, las potencias contratantes “en caso de serios desacuerdos o conflictos” acuerdan “recurrir, en tanto las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o mediación de una o más potencias amigas [...] antes que se apele a las armas”.²¹

Este dispositivo hace eco del artículo 2 de la I Convención de La Haya de 1899 cuando dice que: “En caso de serio desacuerdo o conflicto, antes de apelar a las armas, las Potencias Signatarias acuerdan recurrir, tanto como las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o mediación de una o más Potencias amigas”.²²

La primera restricción de la libertad para ir a la guerra podría ser hallada en la Convención Drago-Porter (II Convención de La Haya de 1907, art. 1), que fue concluida como consecuencia de la acción militar de algunas potencias europeas contra Venezuela en conexión con la eliminación de sus deudas. Pero la Convención no prohibía el

¹⁹ Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, vol. 1 (Nueva York: Transnational, 1999), p. 314.

²⁰ Bassiouni, *op. cit.*, p. 315.

²¹ I Convención de La Haya de 1907, art. 2.

²² Convención de La Haya de 1899, art. 2.

uso de la fuerza militar en caso que el deudor rehusara aceptar el arbitraje u honrar el laudo arbitral.

3.3. El Tratado de Versalles y la Sociedad de las Naciones (28 de junio de 1919)

Después que terminó la Primera Guerra Mundial, varios factores indicaron que el desencadenamiento de una guerra agresiva ya no sería tolerado. Durante la guerra misma, varios planes fueron producidos y la formación de la SDN fue una parte integral de la solución de paz. Hubo un esfuerzo hecho para dar significado legal al concepto de responsabilidad de la guerra. Brownlie consigna el siguiente texto que fue respuesta de los Aliados a la Delegación Búlgara en la Conferencia de Paz²³ el 3 de noviembre de 1919:

“Bulgaria indudablemente tendrá pesadas responsabilidades que soportar. Sin embargo, éstas no serán el resultado de las Condiciones de Paz, sino de la guerra de agresión en la cual voluntariamente tomó parte [...] en un espíritu de dominación y conquista. Bulgaria fracasó en un plan llevado a cabo contrario a la ley de las naciones y de libertad, en la esperanza de ganancias territoriales y materiales ilícitas.”²⁴

Esta cita es un indicador del espíritu con el cual los Aliados participaron en la Conferencia de Paz de 1919. Ellos esperaban verdaderamente que esta guerra, la “Gran Guerra”, haya sido la “guerra para acabar con todas las guerras”.

La Sociedad de las Naciones

El objetivo de eliminar las guerras agresivas fue reafirmado ulteriormente en la SDN. Mientras, la única referencia explícita a la agresión aparece en el Artículo 10,

²³ *La Conferencia de Paz con Bulgaria culminó con la firma del Tratado de Paz de Neuilly el 27 de noviembre de 1919.*

²⁴ Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Londres: 1963), pp. 1-65.

inferencias posteriores al concepto fueron hechas en las discusiones de los otros artículos del Convenio de la SDN (Sociedad de las Naciones). El Artículo 10 dice lo siguiente:

“Los miembros de la SDN se comprometen a respetar y preservar contra la agresión externa la integridad territorial y la independencia política existente de todos los miembros de la Sociedad. En caso de cualquier agresión o en caso de cualquier amenaza o peligro de tal agresión, el Consejo aconsejará sobre los medios por los cuales esta obligación será cumplida.”

El Artículo 10, sin embargo, tendía a perder significado a la luz de la preocupación central del momento, la proscripción de la guerra. La importancia del concepto de agresión aún no había emergido.

Aún cuando la noción de agresión empezó a llegar al frente, fue a través del Artículo 11, que facultaba al Consejo a intervenir en caso de guerra, amenaza de guerra, o llevar un cese al fuego a hostilidades ya iniciadas, lo que ganó reconocimiento. A este respecto, surgió la idea que la negativa de un país a cumplir con una directiva del Consejo, particularmente a un cese al fuego, podría ser considerado agresión. Esta noción fue apoyada por el Profesor Quincy Wright,²⁵ pero rechazada por Julius Stone. Como puede observarse, ni siquiera el Convenio de la Sociedad de las Naciones de 1919²⁶ contenía una prohibición de la guerra. El Convenio declaraba en su artículo 11 que la guerra era “una cuestión de interés a toda la Sociedad”. Por tanto, cada miembro de la Sociedad estaba facultado para llevar ante el Consejo cualquier circunstancia que amenazara la paz.

Asimismo, en el artículo 12 se señalaba que en el caso que un conflicto pueda conducir a la guerra, las partes estaban obligadas a someter la cuestión a arbitraje o solución judicial o investigación por el Consejo. Ellos estaban impedidos de ir a la guerra dentro de los 3 meses siguientes

²⁵ Quincy Wright, “The Concept of Aggression in International Law”, *American Journal International Law* (vol. 29, 1935), p. 381. También, Q. Wright, “The Prevention of Aggression”, *American Journal of International Law* (vol. 50, 1956), p. 532.

después del laudo arbitral, la decisión judicial o el informe del Consejo.

El artículo 15, párrafo 7, indicaba que si el informe del Consejo era adoptado unánimemente, la guerra estaba prohibida y la parte tenía que cumplir con el informe. Si el informe no era aceptado unánimemente, los miembros de la Sociedad tenían el derecho “de tomar las acciones que considerasen necesarios para el mantenimiento del derecho y la justicia”. La unanimidad dentro del Consejo no era obtenida fácilmente.

Mientras que el artículo 15, párrafo 8, decía que, más aún, el Consejo no estaba facultado para hacer recomendaciones si el conflicto surgía de una cuestión exclusivamente dentro de la jurisdicción interna de una parte. A corto plazo no existía una proscripción del uso de la fuerza, sino sólo algunas restricciones antes que el camino a la guerra estuviera abierto.

Ginebra y Locarno

Ulteriores intentos por expandir y definir lo que constituía agresión fueron hechos en el Proyecto del Protocolo de Ginebra de 1924 y los Tratados de Locarno de 1925.

El Proyecto de Protocolo de Ginebra de 1924 intentó establecer un supuesto de agresión, en ausencia de una decisión del Consejo, cuando las hostilidades hayan estallado y el Estado ha rehusado someter el conflicto a una solución pacífica, o cumplir con un laudo de la recomendación del Consejo, o ha rehusado o quebrantado un armisticio propuesto por el Consejo. Sin embargo, el Protocolo no recibió aprobación cuando vino ante el Consejo y nunca entró en efecto.

Los tratados concluidos en la Conferencia de Locarno de 1925 entre Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia estipulaban que aquellos países “en ningún caso invadirá al otro o recurrirá a la guerra contra el otro” a menos esté en “ejercicio del derecho de legítima defensa”

²⁶ El Convenio de la SDN formaba parte integral (como Parte I) del Tratado de Paz de Versalles de 1919.

o acción como resultado de una decisión tomada por la Asamblea o por el Consejo de la SDN²⁷.

3.4. El pacto Briand - Kellogg de 1928

El Pacto Briand-Kellogg de 1928 llevó algunos cambios. Proscribía a la guerra como medio de política nacional, i.e., guerra en el sentido de la definición de Clausewitz: continuación de una política con medios militares. La guerra claramente agresiva fue declarada ilegal. Pero, aparece de los trabajos preparatorios que todas las partes se reservaban el derecho de ir a la guerra en autodefensa. Y la opinión predominante era que la autodefensa comprendía no sólo defensa contra ataque militar, sino también defensa contra violaciones de los intereses vitales que habían sido efectuados a través de medios no militares.

Sólo el Estado en sí mismo estaba facultado para decidir si la acción en autodefensa estaba justificada. Como Frank Kellogg declaró ante el Senado de los EEUU, el pacto nunca podría ser invocado ante un tribunal. La opinión prevaleciente respecto al pacto era que la guerra agresiva era ilegal. Pero, el concepto que la guerra agresiva era un crimen internacional por el cual los individuos serían responsables todavía no había madurado.

Un elemento confuso en la definición de la guerra agresiva fue introducido por algunos tratados (el proyecto de Tratado de Asistencia Mutua de la SDN de 1923, y el proyecto del Protocolo de Ginebra de Solución Pacífica de Controversias Internacionales de 1924) los cuales nunca fueron ratificados. Estos tratados hablaban de una guerra

²⁷ Los Acuerdos de Locarno fueron 7 tratados negociados en Locarno (Suiza), el 5-16 de octubre de 1925, y suscritos en Londres el 1 de diciembre de 1925. Fueron suscritos en el marco de la política de acercamiento de Gustav Stresemann para la normalización de relaciones de Alemania con las potencias occidentales, a cambio Alemania aceptaría las fronteras occidentales impuestas por el Tratado de Versalles de 1919. Estos acuerdos fueron fundamentales para mejorar el clima internacional en 1925-1930 y permitir el ingreso de Alemania a la SDN en 1926 y el retiro aliado de Renania en 1930

agresiva como un crimen internacional. Una resolución de la Sexta Asamblea General (1925) de la SDN declaró que “una guerra de agresión debería ser vista como un crimen”.²⁸

El 24 de setiembre de 1927, fue adoptada una resolución, la Declaración de la SDN en la cual la guerra agresiva era declarada un crimen. En ese momento no se consideraba que era la resolución fuese formuladora de reglas jurídicas obligatorias. La redacción tenía la intención de cubrir el hecho que el propósito original de la resolución (determinar las fronteras de ciertos Estados europeos orientales de forma similar a los Tratados de Locarno de 1925) fracasó en llevarse a cabo.

Estos y otros argumentos, así como el temperamento de los tiempos, condujeron a la firma del Tratado General para la Renuncia de la Guerra, suscrito el 27 de agosto de 1928; mejor conocido como el Pacto Briand-Kellogg. Las estipulaciones del tratado están expresadas brevemente como sigue:

“Artículo 1: Las Altas Partes Contratantes solemnemente declaran en nombre de sus respectivos pueblos que ellos condenan el recurso a la guerra para la solución de controversias internacionales, y renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones con los demás.

Artículo 2: Las Altas Partes Contratantes acuerdan que la solución de todos los litigios o conflictos, de cualquier naturaleza o de cualquier origen que pudieran ser, que pudieran surgir entre ellas, jamás deberán solucionarse excepto por medios pacíficos”²⁹.

Sesenta y tres (63) Estados han ratificado o se han adherido a este instrumento en 1939 (64 Estados lo habían ratificado hacia 1986)³⁰ y desde que no contiene dispositivo para la renuncia o prescripción, al menos algún autor siente que está aún en vigor.

Sin embargo, las realidades de la Segunda Guerra Mun-

²⁸ Vid., Bert V.A. Röling, “Crimes against Peace”, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (Amsterdam: Elsevier, 1992), p. 873.

dial destrozaron las esperanzas de los signatarios del pacto, sea real o aparente. Empero, el Pacto era objeto de discusión en numerosos debates antes de 1939, y fue afirmado en diversos tratados de aquel período. La relevancia del Pacto fue afirmada también después por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Brownlie es aún un defensor del pacto y declara: “El Tratado General para la Renuncia de la Guerra en la actualidad permanece junto a la Carta de las Naciones Unidas como una de las dos mayores fuentes de la norma que limita la fuerza por los Estados. Es paralelo y complemento de la Carta”.³¹

Propuesta de la URSS

En febrero de 1933, la Unión Soviética hizo su contribución inicial a la definición de agresión. Esta definición es caracterizada como una mayor “contribución hacia la confirmación y desarrollo del principio de proscripción de las guerras de agresión”, por Evgeny N. Nasinovsky, Asesor Legal de la Misión Permanente Soviética en los EEUU.³²

La propuesta dice lo siguiente:

1. El agresor en un conflicto internacional será considerado aquel que sea el primero en tomar cualquiera de las siguientes acciones:

- Declaración de guerra contra otro Estado.
- La invasión por sus fuerzas armadas del territorio de otro Estado sin declaración de guerra.
- Bombardear el territorio de otro Estado por fuerzas

²⁹ *Tratado para la Renuncia de la Guerra como Instrumento de Política Nacional (Pacto Briand-Kellogg del 27 de agosto de 1928)*.

³⁰ Jordan Paust et al., *International Criminal Law: Cases and Materials (Durham, Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2000)*, p. 751.

³¹ Brownlie, *op. cit.*, p. 91.

³² Evgeny Nasinovsky, “The Impact of 50 Years of Soviet Theory and Practice on International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law, American Journal of International Law* (vol. 62, 1968), p. 189.

de tierra, mar, o aire.

(d) El desembarco, o introducción dentro de las fronteras de otro Estado, de fuerzas de tierra, mar, o aire sin el permiso del gobierno de dicho Estado, o el quebrantamiento de la condición de dicho permiso, particularmente respecto a la permanencia o extensión de área.

(e) El establecimiento de un bloqueo naval de las costas o puertos de otro Estado.

2. Ninguna consideración de cualquier naturaleza política, estratégica o económica, incluyendo el deseo de explotar riquezas naturales u obtener cualquier tipo de ventajas o privilegios sobre el territorio de otro Estado, ninguna referencia a considerables inversiones de capital u otro interés especial en un Estado dado, o a la alegada ausencia de ciertos atributos de organización del Estado en el caso de un país dado, serán aceptados como justificación de agresión según se define en la Cláusula 1.³³

Esfuerzos finales de la SDN

Siguiendo a esta propuesta, el Comité sobre Cuestiones de Seguridad preparó un proyecto, similar a la propuesta por la Unión Soviética, y presentada al Comité Político para su consideración. Pero, mientras las naciones aumentaban sus actividades, el interés en el problema de definición decrecía.

Este período de desinterés comenzó con la anexión por Japón de Manchuria en 1931 y terminó con los ataques iniciales alemanes y japoneses de la Segunda Guerra Mundial.

Las acciones de la Sociedad en esta época se centran en la tarea de separar los combatientes después que conflictos hayan comenzado. Al hacerlo así, se dirigía a ambas partes como si cada una estuviera en falta. Sólo después que las hostilidades se hayan detenido el Consejo decidiría a quien culpaba.

³³ Julius Stone, *Aggression and World Order*, vol. 1 (1958), pp. 34-35.

3.5. La Segunda Guerra Mundial

La cuestión de la inclusión de los crímenes contra la paz

Dicha era la situación jurídica hacia 1939. Puede entenderse fácilmente porqué en los primeros años de la Segunda Guerra Mundial, la responsabilidad penal individual estaba restringida a crímenes de guerra convencionales.

Después de 1943, cuando Stalin había presentado su concepto innovador según el cual aquellos responsables de la guerra debían castigados, hubo una gran confusión y controversia sobre lo que debía hacerse respecto a los crímenes contra la paz.

EEUU estaba fuertemente a favor de un proceso ante un tribunal internacional el que decidiría si la guerra agresiva era un crimen internacional y si las guerras llevadas a cabo por Hitler eran guerras agresivas y qué debería determinar la responsabilidad de los líderes individuales.

Gran Bretaña se opuso a este plan. El gobierno de Churchill opinó que el Derecho Internacional no reconocía el crimen de agresión. Churchill, cuya opinión era compartida por el Secretario de Estado de EEUU Cordell Hull, quería que los líderes nazis fuesen ejecutados apenas fuesen capturados o después de una breve corte marcial. También, Francia objetó porque el concepto sobre la responsabilidad penal individual por agresión era extraño al Derecho Internacional existente³⁴.

Incluso, la URSS estaba contra el plan norteamericano. La Unión Soviética objetó a un tribunal con jurisdicción para decidir si la guerra agresiva era un crimen internacional, y si las guerras iniciadas por Alemania habían sido guerras agresivas. Aquellas decisiones, indicó, no eran necesarias. La única tarea de un tribunal internacional debería ser decidir qué personas eran culpables y qué castigo deberían recibir. La URSS temía que un tribunal internacional pudiera estar obligado a investigar la historia de las guerras alemanas y pudiera delatar la vergonzosa conducta

soviética en el protocolo secreto nazi-soviético del 23 de agosto de 1939 entre Hitler y Stalin por el cual Polonia y Europa Oriental habían sido divididas entre las dos potencias imperialistas³⁵.

La creación de un tribunal internacional

Robert Jackson, miembro de la Corte Suprema de los EEUU y antiguo Fiscal-General, fue la fuerza impulsora tras los planes americanos. Jackson participó en la Ley de Neutralidad americana de 1935³⁶ que apoyaba el aislacionismo americano al prohibir más de lo que exigía el Derecho Internacional de la Neutralidad.

Después, de la caída de Francia en junio de 1940, la opinión pública estadounidense cambió de posición; Jackson apoyaba la nueva política americana (incluyendo la Ley de Préstamos y Arriendos de marzo de 1941)³⁷ que violaba las leyes de neutralidad. Estos actos fueron en su momento considerados como justificados por los EEUU debido a la ilegalidad y criminalidad de las guerras de Hitler. Jackson buscó un tribunal internacional que reafirmaría esta opinión americana.

El Reino Unido cambió su punto de vista contrario a la creación de una corte internacional después que Churchill fuera derrotado en las elecciones de julio de 1945. Francia era demasiado débil para oponerse al punto de vista americano y británico, mientras la URSS consentía en la crea-

³⁴ Röling, *op. cit.*, p. 874.

³⁵ *Sobre el Pacto de No Agresión Nazi-Soviético de 1939*, vid., C. Zentner (ed.), *El Tercer Reich*, vol. 2 (Buenos Aires: ANESA-Noguer, 1975), p. 60.

³⁶ *La Ley de Neutralidad, con sus enmiendas subsiguientes, mantuvo a EEUU alejado de la guerra. La política de neutralidad fue abandonada en la práctica con la Ley de Préstamos y Arriendos de 1941 que permitirá a EEUU ayudar materialmente a los aliados. Sobre la política de neutralidad americana en la Segunda Guerra Mundial*, vid., David Elstein, "América antes del ataque", en: Barrie Pitt y Basil Liddell Hart (eds.), *Así Fue la Segunda Guerra Mundial*, vol. 2 (Buenos Aires: ANESA-Noguer-Rizzoli, 1970), p. 298.

³⁷ *Mediante la Ley de Préstamos y Arriendos, EEUU se comprometió a enviar material bélico en calidad de préstamo a los países que se resistieran a las dictaduras europeas (Alemania e Italia) y asiáticas (Japón).*

ción de una corte internacional a cambio de la promesa que las reglas de procedimiento garantizaría el control sobre las evidencias presentadas.

Con respecto a Japón, las actitudes fueron diferentes. Los EEUU quería principalmente un proceso de las personas responsables por erigir el "ataque traicionero" contra Pearl Harbor. Pero, desde que los procesos de Nuremberg estaban desarrollándose, hubiera aparecido una negación de los principios del tribunal si los líderes japoneses no hubieran sido juzgados por crímenes contra la paz. Los procesos de Nuremberg obligaron la realización del proceso de Tokio, aunque el medio ambiente asiático no era ideal para demostrar la criminalidad de la agresión. La guerra japonesa fue vista por muchos asiáticos como una guerra de liberación, una guerra para expulsar a las potencias coloniales occidentales que habían obtenido su posición dominante por guerras agresivas exitosas.³⁸

Ambos procesos fueron motivados en parte por razones políticas que tenían poca conexión con el nuevo concepto de responsabilidad penal internacional individual por crimen contra la paz. Pero, aquel nuevo concepto encajaba muy bien con la tendencia general para eliminar la guerra en las relaciones internacionales. La guerra se había convertido en un fenómeno insoportable con avances masivos en el progreso tecnológico y el advenimiento de la guerra total. Por tanto, la prohibición de la guerra fue buscada como medio de implementar la política nacional, y la tendencia creció para considerar tales guerras como crímenes. Las sentencias de los procesos reforzaron ese desarrollo con sus condenas.

Los tribunales internacionales de Nuremberg y de Tokio condenaron a diversos acusados de haber cometido crímenes contra la paz. Para ser capaz de cometer aquel crimen un individuo debe haber operado en el "nivel de formulación de política". Aún no está especificado en qué nivel de responsabilidad personal el individuo se convierte en persona capaz de cometer el crimen. Las sentencias no son suficientemente numerosas como para dar una imagen

³⁸ Como indica Renouvin, "Desde aquella época se había cultivado, por los intelectuales indígenas de todos los países del Sudeste Asiático, un sentimiento "japonófilo". Vid., Pierre Renouvin, *Historia de las Relaciones Internacionales: siglos XIX y XX* (Madrid: Akal, 1982), p. 1240.

clara. La responsabilidad por crímenes contra la paz en una sociedad democrática, en donde el parlamento debe ser consultado en cuestiones de guerra y paz, queda como una cuestión abierta.

La cuestión de la inclusión de los crímenes contra la paz

Dicha era la situación jurídica hacia 1939. Puede entenderse fácilmente porqué en los primeros años de la Segunda Guerra Mundial, la responsabilidad penal individual estaba restringida a crímenes de guerra convencionales.

Después de 1943, cuando Stalin había presentado su concepto innovador según el cual aquellos responsables de la guerra debían castigados, hubo una gran confusión y controversia sobre lo que debía hacerse respecto a los crímenes contra la paz.

EEUU estaba fuertemente a favor de un proceso ante un tribunal internacional el que decidiría si la guerra agresiva era un crimen internacional y si las guerras llevadas a cabo por Hitler eran guerras agresivas y qué debería determinar la responsabilidad de los líderes individuales.

Gran Bretaña se opuso a este plan. El gobierno de Churchill opinó que el Derecho Internacional no reconocía el crimen de agresión. Churchill, cuya opinión era compartida por el Secretario de Estado de EEUU Cordell Hull, quería que los líderes nazis fuesen ejecutados apenas fuesen capturados o después de una breve corte marcial. También, Francia objetó porque el concepto sobre la responsabilidad penal individual por agresión era extraño al Derecho Internacional existente.

Incluso, la URSS estaba contra el plan norteamericano. La Unión Soviética objetó a un tribunal con jurisdicción para decidir si la guerra agresiva era un crimen internacional, y si las guerras iniciadas por Alemania habían sido guerras agresivas. Aquellas decisiones, indicó, no eran necesarias. La única tarea de un tribunal internacional debería ser decidir qué personas eran culpables y qué castigo deberían recibir. La URSS temía que un tribunal internacional pudiera estar obligado a investigar la historia de las guerras alemanas y pudiera delatar la vergonzosa conducta soviética en el protocolo secreto nazi-soviético del 23 de

agosto de 1939 entre Hitler y Stalin por el cual Polonia y Europa Oriental habían sido divididas entre las dos potencias imperialistas.

La creación de un tribunal internacional

Robert Jackson, miembro de la Corte Suprema de los EEUU y antiguo Fiscal-General, fue la fuerza impulsora tras los planes americanos. Jackson participó en la Ley de Neutralidad americana de 1935 que apoyaba el aislacionismo americano al prohibir más de lo que exigía el Derecho Internacional de la Neutralidad.

Después, de la caída de Francia en junio de 1940, la opinión pública estadounidense cambió de posición; Jackson apoyaba la nueva política americana (incluyendo la Ley de Préstamos y Arriendos de marzo de 1941) que violaba las leyes de neutralidad. Estos actos fueron en su momento considerados como justificados por los EEUU debido a la ilegalidad y criminalidad de las guerras de Hitler. Jackson buscó un tribunal internacional que reafirmaría esta opinión americana.

El Reino Unido cambió su punto de vista contrario a la creación de una corte internacional después que Churchill fuera derrotado en las elecciones de julio de 1945. Francia era demasiado débil para oponerse al punto de vista americano y británico, mientras la URSS consentía en la creación de una corte internacional a cambio de la promesa que las reglas de procedimiento garantizaría el control sobre las evidencias presentadas.

Con respecto a Japón, las actitudes fueron diferentes. Los EEUU quería principalmente un proceso de las personas responsables por erigir el “ataque traicionero” contra Pearl Harbor. Pero, desde que los procesos de Nuremberg estaban desarrollándose, hubiera aparecido una negación de los principios del tribunal si los líderes japoneses no hubieran sido juzgados por crímenes contra la paz. Los procesos de Nuremberg obligaron la realización del proceso de Tokio, aunque el medio ambiente asiático no era ideal para demostrar la criminalidad de la agresión. La guerra japonesa fue vista por muchos asiáticos como una guerra de liberación, una guerra para expulsar a las potencias co-

loniales occidentales que habían obtenido su posición dominante por guerras agresivas exitosas.

Ambos procesos fueron motivados en parte por razones políticas que tenían poca conexión con el nuevo concepto de responsabilidad penal internacional individual por crimen contra la paz. Pero, aquel nuevo concepto encajaba muy bien con la tendencia general para eliminar la guerra en las relaciones internacionales. La guerra se había convertido en un fenómeno insoportable con avances masivos en el progreso tecnológico y el advenimiento de la guerra total. Por tanto, la prohibición de la guerra fue buscada como medio de implementar la política nacional, y la tendencia creció para considerar tales guerras como crímenes. Las sentencias de los procesos reforzaron ese desarrollo con sus condenas.

Los tribunales internacionales de Nuremberg y de Tokio condenaron a diversos acusados de haber cometido crímenes contra la paz. Para ser capaz de cometer aquel crimen un individuo debe haber operado en el “nivel de formulación de política”. Aún no está especificado en qué nivel de responsabilidad personal el individuo se convierte en persona capaz de cometer el crimen. Las sentencias no son suficientemente numerosas como para dar una imagen clara. La responsabilidad por crímenes contra la paz en una sociedad democrática, en donde el parlamento debe ser consultado en cuestiones de guerra y paz, queda como una cuestión abierta.

3.6. El estatuto del tribunal militar internacional de 1945 - 1946 (nuremberg)

La Declaración del Palacio de St. James

El 13 de enero de 1942, los representantes de 9 naciones que habían sido invadidas por los nazis se reunieron en Londres para una Conferencia Inter-Aliada para el Castigo de Crímenes de Guerra. Finalizó con una Declaración Inter-Aliada firmada en el Palacio de St. James, en donde se advertía que aquellos responsables serían castigados a través de la justicia organizada³⁹.

Los líderes de EEUU, Gran Bretaña y la URSS repeti-

damente advertían que el alegato de obediencia debida a órdenes superiores no sería defensa, así la guerra agresiva fue catalogada como un crimen por el cual los gobernantes y los líderes militares serían personalmente responsables.

Asimismo, la Declaración de Moscú sobre Atrocidades del 30 de octubre de 1943 fue otro paso significativo en pro del castigo de los criminales de guerra.

Para cuando terminó la Segunda Guerra Mundial en 1945, los planes para el proceso de aquellos considerados responsables por agresión y atrocidades de la guerra estaban muy avanzados. Robert H. Jackson, un juez asociado de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, recibió permiso del Presidente F.D. Roosevelt para trabajar con las potencias aliadas para preparar el proceso contra los criminales de guerra alemanes quienes serían juzgados por un tribunal militar internacional. Jackson argumentaba que legalismos estériles desarrollados en la era del imperialismo no deberían derrotar al sentido común de la justicia. “Es tiempo preciso para que actuemos sobre el principio jurídico que la realización de una guerra agresiva es ilegal y criminal”, dijo Jackson.

El Acuerdo de Londres

Jackson y otros expertos legales sobresalientes de Gran Bretaña, Francia, y la URSS se reunieron en Londres y suscribieron un Acuerdo de Londres sobre el Proceso y Castigo de los Mayores Criminales de Guerra del Eje Europeo del 8 de agosto de 1945 (que incluye como Anexo el Estatuto del TMI o Carta o Estatuto de Londres).

Estableció reglas para la composición y prácticas del tribunal, reglas que tendrían jurisdicción sobre crímenes de guerra (violaciones de las leyes y costumbres de la guerra), crímenes contra la humanidad (como exterminio y esclavitud), y crímenes contra la paz, principalmente, “planeación, preparación, iniciación o realización de una

³⁹ No se debe confundir con el Acuerdo de St. James del 12 de junio de 1941 en donde los gobiernos de los Estados aliados en guerra contra el Eje se comprometían a seguir hasta la victoria.

guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, o participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de los precedentes⁴⁰.

El Tribunal Militar Internacional (TMI), cargado con responsabilidad para juzgar la culpabilidad o inocencia de los líderes alemanes acusados de planear o sostener guerras de agresión, declaró en sentencia de 1946 en Nuremberg que:

“Iniciar una guerra de agresión [...] no es solamente un crimen internacional; es el crimen internacional supremo diferenciándose sólo de otros crímenes de guerra en que contiene en sí mismo la maldad acumulada de todos”.⁴¹

En 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas solemnemente reafirmó que la agresión “es el más grave de todos los crímenes contra la paz y seguridad por todo el mundo”.⁴² Lo que exactamente quería decir por “agresión” no estaba aún claro.

Cientos de años antes de la era cristiana, antiguos filósofos chinos habían urgido para que las guerras sean ilegales como el más grande de los todos los crímenes, aún por siglos, académicos y estadistas habían sido incapaces de aceptar lo que constituía coerción permisible o no permisible. Después de muchos años de esfuerzo intenso, las Naciones Unidas finalmente llegaron a una definición de agresión en 1974.⁴³ El modo cómo se alcanzó el consenso y su significado será examinado más adelante.

Figura 1: El fiscal americano Robert Jackson pronuncia el discurso de apertura del proceso contra los criminales de guerra nazis



Fuente: Robert H. Jackson Center, © Raymond D'Addario.

En la fotografía: El fiscal principal americano Robert Jackson se dirige al tribunal y pronuncia el discurso de apertura del proceso de los criminales de guerra nazis ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg el 20 de noviembre de 1945. Los discursos de apertura y de clausura del proceso ante el Tribunal pronunciados por Jackson están considerados entre los mejores del siglo XX. Jackson era juez asociado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

El TMI acusó a 24 principales criminales de guerra nazi en Octubre de 1945 y los acusó de una conspiración para cometer crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Jackson, como Fiscal en Jefe por los EEUU, arguyó:

*“El sentido común de la humanidad exige que el derecho no se detendrá con el castigo de pequeños crímenes por pequeñas personas... Desafortunadamente la naturaleza de estos crímenes es tal que la acusación y sentencia deben ser por razones victoriosas sobre los enemigos vencidos. El tamaño mundial de las agresiones llevadas a cabo por estos hombres ha dejado pocos neutrales reales... Nunca debemos olvidar que el registro por el cual nosotros juzgamos a estos acusados hoy es el registro sobre el cual la historia nos juzgará mañana”.*⁴⁴

⁴⁴ Sentencia del TMI en Nuremberg leída el 30 de setiembre-1 de octubre de 1946.

El Tribunal se instaló el 18 de octubre de 1945 y se efectuó la acusación contra 24 individuos y 6 organiza-

ciones. De los individuos sólo 22 fueron procesados. El proceso se inició el 20 de noviembre de 1945 y terminó el 31 de agosto de 1946. La sentencia se pronunció el 30 de setiembre y el 1 de octubre de 1946. Las sentencias se hicieron efectivas el 16 de octubre. Los acusados fueron:

1. Hermann Goering
2. Karl Doenitz
3. Martin Bormann
4. Hans Frank
5. Wilhelm Frick
6. Hans Fritzsche
7. Walther Funk
8. Rudolf Hess
9. Alfred Jodl
10. Ernst Kaltenbrunner
11. Wilhelm Keitel
12. Konstantin von Neurath
13. Franz von Papen
14. Erich Raeder
15. Joachim von Ribbentrop
16. Alfred Rosenberg
17. Fritz Sauckel
18. Hjalmar Schacht
19. Baldur von Schirach
20. Arthur Seyss-Inquart
21. Albert Speer
22. Julius Streicher

Figura 2: El banquillo de los acusados ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg



Fuente: US Army, Historylink101.com

El banquillo de los acusados en el proceso de los mayores criminales de guerra nazis ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. En primera fila (de izquierda a derecha): Hermann Goering, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Walther Funk, y Hjalmar Schacht. En la segunda fila: Karl Doenitz, Erich Raeder, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Franz von Papen, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer, Konstantin von Neurath, y Hans Fritzsche.

Un año después, los distinguidos juristas aliados que actuaban como jueces del tribunal estaban listos para emitir su sentencia, ellos revisaron la validez del Estatuto y de los cargos. El Tribunal dijo en su sentencia al final del proceso:

“El Estatuto no es un ejercicio arbitrario de poder por parte de las naciones victoriosas, sino que, desde el punto de vista del tribunal, es la expresión del Derecho Internacional existente en el momento de su creación; y en consecuencia es en sí mismo una contribución al Derecho Internacional.”⁴⁵

El tribunal pasó a condenar a la agresión como el crimen internacional supremo, y examinó extensamente el alegato planteado por la defensa en nombre de los acusados respecto a que el tribunal estaba imponiendo una ley ex post facto.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Militar Internacional en Nuremberg (1946). La sentencia también puede verse en, vid., Jordan Paust et al., *International Criminal Law: Cases and Materials* (Durham, Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2000), p. 751.

Figura 3: Goering en el banco de los testigos durante un interrogatorio



Fuente: US Army.
En el banco de los testigos, Hermann Goering es interrogado durante el proceso contra los criminales de guerra nazis ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Figura 4: El estrado del Tribunal Internacional de Nuremberg



Fuente: National Archives and Records Administration, College Park, Md.
El estrado del Tribunal Militar Internacional. Se observan a los 4 jueces titulares y a los 4 suplentes representantes de la URSS, Gran Bretaña, EEUU y Francia.

Figura 5: Interrogatorio de Goering por la fiscalía



Fuente: <http://www.holocaustresearchproject.org/trials/numgallery/>.
Interrogatorio de Hermann Goering. A la derecha se observa el estrado del Tribunal y los 8 jueces que la integran y, delante, las mesas de los taquígrafos. En primer término, las mesas de las fiscalías.

El tribunal explicó que la máxima *nulla poena sine lege* era un principio general de justicia, según el cual nadie debería ser castigado por actos que él no pudo saber eran criminales en el momento en que eran efectuados. El tribunal mantuvo la validez del principio, pero determinó que algunos de los acusados, siendo hombres de alto poder político y posición, deben haber sabido que lo que ellos hacían estaba mal. Por tanto, no había injusticia en acusarlos personalmente como responsables por sus crímenes.⁴⁶

El TMI hizo referencias a muchos tratados que habían ilegalizado la guerra y había citado muchas declaraciones públicas que consideraban que la guerra agresiva era un crimen internacional. Aunque la agresión nunca había sido definida universalmente, está claro para el tribunal que los líderes de un Estado, que deliberada y vandálicamente atacaban a sus vecinos neutrales y actuar sin advertencia o causa justa, no podían ser exculpados. Sería una parodia de justicia permitirles escapar simplemente por que nadie había sido condenado previamente por el crimen contra la paz.⁴⁷ El tribunal expresó: "La ley no es estática, sigue las

necesidades de un mundo cambiante por continua adaptación".

Había llegado el momento para que el Derecho dé un paso adelante, según dijo Jackson. El principio reconocido era que las personas, no importa cuán alto sea su rango o posición, que lanzaron una guerra de agresión debían ser tratados no mejor que los delincuentes comunes. Un tribunal penal internacional fue reconocido como un foro adecuado para el juicio y castigo de crímenes internacionales.

Los precedentes establecidos por el proceso del TMI fueron seguidos y expandidos por procesos subsiguientes en Nuremberg y por otros procesos por crímenes de guerra en Tokio y otras partes del mundo. Después, la primera Asamblea General de las Naciones Unidas unánimemente

afirmó los principios de derecho internacional reconocidos y articulados en el Estatuto y Sentencia de Nuremberg. Las acusaciones contra los jefes nazis eran por 4 cargos:

- (1) *Participación en un plan o conspiración común para perpetrar crímenes contra la paz.*
- (2) *Planear, iniciar o desencadenar guerras de agresión y otros crímenes contra la paz.*
- (3) *Crímenes de guerra.*
- (4) *Crímenes contra la humanidad.*

⁴⁶ Sentencia del TMI en Nuremberg leída el 30 de setiembre-1 de octubre de 1946.

⁴⁷ *Ibid.*

Tabla 1: Los acusados y sus sentencias en el proceso ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (nov 1945-oct 1946)

Nº	NOMBRES	FUNCIÓN	CARGOS				SENTENCIA
			1	2	3	4	
1	Hermann Goering	Segundo hombre del III Reich, Jefe de la Luftwaffe, jefe del plan cuatrienal.	C	C	C	C	Muerte (se suicidó antes de su ejecución)
2	Karl Doenitz	Jefe de la flota submarina, jefe de la marina en 1943. Designado Presidente del Reich por Hitler en 1945.	I	C	C		10 años
3	Martin Bormann	Sucesor de Hess como Secretario del Partido Nazi en 1941.	I		C	C	Muerte in absentia
4	Hans Frank	Gobernador General de Polonia 1939-1945	I		C	C	Muerte
5	Wilhelm Frick	Ministro del Interior 1933-1943. Protector de Bohemia-Moravia 1943-1945. Autor de las Leyes Raciales de Nuremberg	I	C	C	C	Muerte
6	Hans Fritzsche	Jefe de la division de noticias del Ministerio de Propaganda.	I	I	I		Absuelto
7	Walter Funk	Ministro de Economía desde 1938. Presidente del Reichsbank desde 1939.	I	C	C	C	Perpetua
8	Rudolf Hess	Lugarteniente de Hitler hasta 1941.	C	C	I	I	Perpetua
9	Alfred Jodl	Jefe de la División de Operaciones del OKW 1938-1945	C	C	C	C	Muerte

Nº	NOMBRES	FUNCIÓN	CARGOS				SENTENCIA
			1	2	3	4	
10	Ernst Kaltenbrunner	Jefe de la Oficina Central para la Seguridad del Estado. Jefe del SD.	I		C	C	Muerte
11	Wilhelm Keitel	Jefe del OKW (Alto Mando)	C	C	C	C	Muerte
12	Konstantin von Neurath	Ministro de Asuntos Exteriores 1932-1938. Protector de Bohemia-Moravia 1939-1943	C	C	C	C	15 años
13	Franz von Papen	Vicecanciller 1933-1934. Embajador en Austria 1934-1938. Embajador en Turquía 1939-1944	I	I			Absuelto
14	Erich Raeder	Jefe de la Kriegsmarine 1928-1943	C	C	C		Perpetua
15	Joachim von Ribbentrop	Ministro de Asuntos Exteriores 1938-1945	C	C	C	C	Muerte
16	Alfred Rosenberg	Teórico racista del Partido Nazi. Ministro para los Territorios Orientales Ocupados 1941-1945	C	C	C	C	Muerte
17	Fritz Sauckel	Comisario para el empleo de mano de obra 1942-1945	I	I	C	C	Muerte
18	Hjalmar Schacht	Ministro de Economía hasta 1937 y Presidente del Reichsbank hasta 1938	I	I			Absuelto
19	Baldur von Schirach	Jefe de las Juventudes Hitlerianas 1933-1940	I			C	20 años
20	Arthur Seyss-Inquart	Apoyó el anchluss de Austria. Comisionado en Holanda 1940-1945	I	C	C	C	Muerte
21	Albert Speer	Ministro de Producción de Armamento 1942-1945	I	I	C	C	20 años
22	Julius Streicher	Incitó al exterminio de los judíos en su diario Der Stürmer	I			C	Muerte

C= Culpable

I= Inocente del cargo de acusación

Conclusiones

Como ha podido observarse, la precondition para la formulación del crimen de agresión ha sido la prohibición de la guerra y del uso de la fuerza. El proceso que conduciría a la proscripción de la guerra, base de la futura ilegalización del uso de la fuerza en la Carta de la ONU, se inició con las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y avanzaría decisivamente con el Tratado de Versalles de 1919 y el Convenio de la Sociedad de las Naciones. Dicho proceso culminaría con el Pacto Briand-Kellogg de 1928 que proscibía a la guerra y motivaba la responsabilidad internacional del Estado. La proscripción actual de la guerra reconoce antecedentes en la limitación establecida por la teoría de la guerra justa planteada por la Roma antigua y por la iglesia católica medieval.

Mientras, la responsabilidad penal internacional del individuo, que surge con el crimen de agresión, debe cumplir con el principio de legalidad y centrarse en los elementos del crimen por los cuales los individuos son hallados

personalmente responsables. En este contexto, el crimen de agresión es necesariamente cometido por aquellos individuos que toman decisiones a nivel de gobierno y que tienen la capacidad de efectuar tales actos que constituyen agresión contra otro Estado. Si bien tiene como antecedentes los intentos de juzgamientos contra Napoleón y Guillermo II por guerras de agresión, el crimen de agresión se configura definitivamente por vez primera en un tratado, el Acuerdo de Londres de 1945, que estableció el tribunal y el proceso de Nuremberg, lo que representa el primer caso en donde se criminaliza la guerra de agresión y que constituye un hito histórico en los albores del Derecho Penal Internacional moderno.

Diplomacia y cooperación descentralizada: un instrumento para el desarrollo y la gobernabilidad de las regiones

Manuel Rodríguez Cuadros¹

Globalización y descentralización: estados, regiones y ciudades

La globalización como proceso económico y socio-político impulsa un conjunto heterogéneo y múltiple de cambios. Entre ellos una variación cualitativa de los conceptos de tiempo y espacio en el campo de las relaciones internacionales. Desde el punto de vista de las comunicaciones, la transmisión de las decisiones políticas, económicas, militares, estratégicas, culturales y en general de la acción internacional el tiempo y el espacio se han comprimido virtualmente. Los espacios se han hecho "más cortos" y los tiempos "más reducidos". Ello está teniendo efectos aún no del todo determinados en conceptos y realidades básicas de las relaciones internacionales, como los de "espacio", "territorio", "soberanía" y, especialmente, sobre el número y la naturaleza jurídica y social de los "actores" o "sujetos" de la política internacional. Las propias interacciones internacionales están mutando. Nunca en la historia, como ahora, han emergido tantos actores internacionales distintos a los estados especialmente los gobiernos sub nacionales, las organizaciones no gubernamentales y las empresas. Todo ello dentro de una realidad en la que las relaciones entre los estados continúan y continuarán siendo los referentes directos y principales del sistema internacional.

Como señala Joseph S. Nye Jr. "La potencia informática se ha duplicado cada 18 meses los últimos 30 años, incluso más rápidamente en la última época, y ahora cuesta menos de un 1% de lo que costaba al principio de la década de 1970. Si el precio de los automóviles hubiera caído tan deprisa como el precio de los semiconductores, hoy un coche costaría 5 dólares. En 1930, una llamada trasatlántica

por teléfono de 3 minutos costaba 250 dólares, ahora cuesta menos de 1 dólar"².

Nye escribió estas apreciaciones el año 2003. Hoy una llamada por teléfono trasatlántica se puede hacer por menos de 20 centavos de dólar y también sin costos a través de tecnologías informáticas como las de Skype o Jajah. Este dinamismo de la revolución informática, de las telecomunicaciones y el transporte está reduciendo virtualmente el espacio y el tiempo en los contactos, interacciones y negociaciones internacionales.

Para llevar a cabo una negociación diplomática, financiera, comercial o de cualquier otra naturaleza ya no se necesita trasladarse necesariamente al punto de destino, como era indispensable en 1980. Hoy la internet, la telefonía y la transmisión de imágenes y sonido en tiempo real, permite hacer negociaciones virtuales. En todo caso la consulta al centro nacional emisor de instrucciones se ha reducido al tiempo real de una conversación telefónica o un diálogo a través de medios informáticos. Algo nunca visto antes en la historia de la diplomacia y la cooperación internacional.

¹. *Ministro de Relaciones Exteriores del Perú (2003-2005), ex presidente de las comisiones de derechos humanos y desarme de las Naciones Unidas, Director General del Instituto Latinoamericano de Relaciones y Negociaciones Internacionales.*

². *Joseph S. Nye Jr., La paradoja del poder norteamericano, Taurus, Madrid, 2003.*

Esta realidad emergente ha permitido que actores no gubernamentales y estatales subnacionales, que no cuentan con aparatos institucionales para dirigir sus procesos de concertación y negociación internacional, emerjan en la escena internacional, con intereses propios y con una creciente capacidad de acción "diplomática". De esta manera los actores subnacionales y los no estatales han comenzado a influir, como nunca antes, en la política internacional, aunque está siguiendo teniendo como referentes principales y decisivos a los estados.

La movilización social de actores no estatales que llevó al bloqueo de la conferencia de Seattle en 1999, se coordinó en gran medida por internet. Y la mundialización de los mercados financieros ha sido también impulsada por la web. Las cumbres de los pueblos, que se realizan paralelamente a las cumbres de jefes de estado, no eran posibles en los años 70, simplemente por razones que atañen al estado de las comunicaciones y el transporte en esa época.

De esta manera, la revolución informática está modificando las pautas de conducta de actores estatales y no estatales y está cambiando los métodos de hacer política exterior. La globalización se expresa no sólo en el ámbito económico, de la ciencia y la tecnología, sino en la política. Cada vez más se politizan las decisiones sobre los intereses sociales, individuales y colectivos.

Pero no sólo el proceso de innovación científica tecnológica influye en el proceso de descentralización de las relaciones internacionales. El fenómeno se explica sustantivamente por las modificaciones que la globalización acarrea en los procesos sociales y en las relaciones entre el sistema global, los estados nacionales, las uniones regionales supranacionales, las regiones y localidades al interior de las sociedades nacionales.

En este contexto, tres procesos sociales expresan con mayor dinamismo la dinámica múltiple globalización – estado nacional – regionalización.

En primer lugar, la cuestión de la soberanía. Algunos sectores transnacionalistas extremos afirman el fin de la soberanía de los estados. Bastaría analizar los elementos ideológicos, jurídicos e históricos de las políticas exteriores norteamericana, brasileña, india, rusa, pakistaní, chile-

na, española o la gran mayoría de los países miembros de las Naciones Unidas para entender que la soberanía sigue siendo un valor esencial en la percepción de los estados en la política internacional. La soberanía nacional y la relación sociedad, nación y territorio no se diluyen con la globalización. Se transforman y en cierto modo se refuerzan. Y de manera desigual. Coexisten por un lado, un proceso de desterritorialización de la economía y al mismo tiempo, el proceso contrario de afirmación de la soberanía nacional y su ejercicio territorial dentro de las nuevas competencias que asumen los Estados.

La cuestión de la soberanía y la territorialidad, en una perspectiva constructivista, no sólo tiene que ver con las nociones materiales y jurídicas de estos conceptos, sino con los sentimientos, los valores, las ideas y los vínculos de solidaridad y pertenencia de las poblaciones organizadas en gobiernos locales y regionales en relación a sus respectivos estados nacionales. Esta relacionada, también, con sentimientos y tendencias autonomistas y regionalistas. La internacionalización por un lado globaliza la producción, la circulación del dinero y el consumo, pero al mismo tiempo impulsa procesos de reafirmación de identidad nacional, regional y cultural. Esta contradicción es uno de los elementos de la fragmentación que caracteriza al actual sistema internacional en transición.

En segundo lugar, la modernidad trae como consecuencia la revalorización de los espacios regionales y locales al interior de los estados y la creación de nuevos ámbitos institucionales que impulsan la participación de regiones, ciudades, localidades y organizaciones no gubernamentales en la política internacional y en las negociaciones internacionales y en los flujos de inversión, comercio y cooperación.

Ugo Pipitone observa en este proceso de recomposición histórica de las bases espaciales de la organización social y estructuración del poder político, a nivel nacional e internacional, una evolución incesante de los espacios institucionales. La evolución social de la humanidad habría transitado, así, desde el rol protagónico de las ciudades en la edad media, al papel hegemónico del estado-nacional desde fines del Siglo XVI y de éste, en la actualidad, a una nueva forma de institucionalidad política: la región supranacional, que sería la modalidad de organización social y

política del futuro y cuyo proceso de formación ya estaría en curso, muy particularmente con la evolución institucional de la Unión Europea (espacio económico único, moneda única, mercado común, ciudadanía europea, tribunales supranacionales).

Según Pipitone "Un nuevo ciclo histórico parece recorrer sus fases iniciales. La regionalización no abarcará ciertamente a todo el mundo pero condicionará su futuro, como ciudades y naciones lo hicieron antes. Y estamos más allá de un proceso exclusivamente económico. Que la economía juegue un papel determinante está fuera de discusión, pero la regionalización va más lejos, indicando espacios más amplios de la identidad colectiva, abriendo áreas mayores de pluralidad institucionalizada, empujando hacia formas inéditas de cooperación entre países cercanos. Se nos abre en estos años un camino que mas vale que sea exitoso frente al tamaño de los retos globales..."³

Pero el proceso de reforzamiento de lo regional no sólo es supranacional, es también intranacional. Estamos frente a un proceso de revalorización de lo local y lo regional al interior de los estados nacionales, aún en los casos en que éstos se encuentran insertos en un ambicioso proyecto de regionalización supranacional, como es el caso de la Unión Europea. Nunca como ahora desde el siglo XIX se han reforzado tanto identidades, economías y gobiernos regionales, subnacionales y locales en todas las regiones del mundo. Y ello es una expresión dialéctica de la globalización.

Con la mayor velocidad que adquiere el proceso de internacionalización, el territorio, el lugar, recobra significado e importancia. Para una empresa transnacional la inversión minera o petrolera está más en función de las características geográficas, económicas y socio políticas del lugar específico donde se ubican los yacimientos que del territorio del estado nacional. Al mismo tiempo las poblaciones del "lugar" se encuentran en procesos de empoderamiento de sus intereses y derechos y son crecientemente

actores de la inversión extranjera en áreas esenciales como los hidrocarburos, la minería, la explotación forestal o la propia industria textil. Como señala Joan Nogué "... los diversos procesos de globalización hoy existentes han desencadenado una interesante e inesperada tensión dialéctica entre lo "global" y lo "local" ... Nos encontramos ante una excepcional revalorización de los lugares en un contexto de máxima globalización ... La sensación de indefensión, de impotencia, de inseguridad ante este nuevo contexto de globalización e internacionalización de los fenómenos sociales, culturales, políticos y económicos, provoca un retorno a los microterritorios, a las microsociedades, al lugar en definitiva."⁴

Álvaro Coronel ha descrito con pertinencia este proceso: "Por un lado globalización y, por otro, descentralización. En el medio de estos procesos se encuentran los estados. Combinados con los programas de ajustes estructurales resumidos en la frase "más mercado y menos estado", ambos fenómenos reducen la capacidad de este último en diferentes áreas estratégicas del desarrollo. Simultáneamente se produce la aparición de las entidades subestatales como actores importantes dentro de la escena internacional, lo cual tiene por lo menos dos fuerzas impulsoras. La primera, desde el exterior, ya sea generada por las inversiones que quieren evitar las intermediaciones burocráticas y de otro tipo de los gobiernos centrales, como por las cooperaciones o ayudas internacionales que quieren mayor y más rápido impacto evitando las mismas intermediaciones. La segunda fuerza impulsora proviene de adentro, ante ciertos reclamos populares, contando con las nuevas potestades y ante la oferta de inversiones y cooperación, se genera un proceso de búsqueda de esos recursos. Esto genera el surgimiento de unidades de relaciones internacionales dentro de las entidades subestatales que actúan en el exterior conformando la llamada "paradiplomacia" o "postdiplomacia"..."⁵

³ Ugo Pipitone, *Ciudades, Naciones, Regiones. Los espacios institucionales en la modernidad*, FCE, México, 2003, p.23.

⁴ Joan Nogué, *Nacionalismo y territorio*, Editorial Milenio, Lleida, 1998, p.117.

⁵ Álvaro Coronel, *Breve Historia de la Cooperación Descentralizada. Una mirada desde Sudamérica*, Edit. Observatorio de Cooperación Descentralizada Unión Europea – América Latina, Montevideo 2006, p. 21.

En tercer lugar, las dinámicas globalización - regionalización y estado nacional- gobiernos subnacionales están modificando el paradigma estatalista de las relaciones internacionales. La política internacional incluye en nuestro tiempo interacciones de actores sub nacionales y no estatales, que la dotan de un carácter más descentralizado, de una diferenciación más compleja de intereses y valores y de procesos de cooperación y conflicto que en diverso grado implican interacciones entre los estados, los gobiernos sub nacionales, las empresas, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil.

La complejidad del actual sistema internacional global en transición está cambiando el paradigma según el cual sólo los estados son actores exclusivos de la política internacional. Y lo está haciendo no sólo en el plano teórico sino en la acción internacional. La globalización, como se

ha visto, impulsa un conjunto heterogéneo y múltiple de cambios que han producido una variación cualitativa en los conceptos de tiempo y espacio. Desde el punto de vista de las comunicaciones, recordemos que la transmisión de las decisiones políticas, económicas, militares, estratégicas y culturales, el tiempo y el espacio se han comprimido. Los espacios se han hecho "más cortos" y los tiempos "más reducidos". Ello está teniendo efectos aún no del todo determinados en algunos conceptos básicos de las relaciones internacionales como los de "espacio", "territorio" y "soberanía", en la estructura y función de los estados, así como en la expansión sin precedentes de interacciones actores internacionales sub nacionales y no estatales. Este proceso ha abierto los escenarios de la política internacional a las relaciones externas de los gobiernos subnacionales, estatales, regionales y locales.

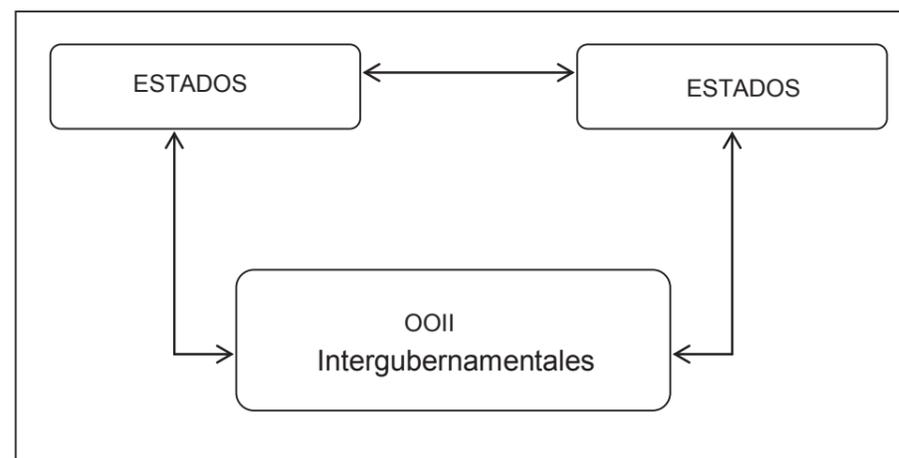
La descentralización de las relaciones internacionales

En el mundo actual se descentralizan las relaciones internacionales y lo que es más importante la elaboración y gestión de las políticas exteriores. Surge entonces la pregunta si todo flujo internacional no estatal forma parte de la política internacional. La respuesta es que sí, siempre y cuando incida en las relaciones entre los estados. Si esos flujos o interacciones entre actores no estatales no tienen consecuencias en las relaciones interestatales no forman parte de la política internacional, se trataría solo de hechos que son parte de la sociología de las relaciones internacionales..

De esta manera el sistema internacional contemporáneo ha ampliado considerablemente - y es un proceso aún en desenvolvimiento - la naturaleza y el número de los actores internacionales. Hoy junto con los estados interactúan actores no estatales y subnacionales. Esta mayor descentralización de las relaciones internacionales contemporáneas desde el punto de vista de los actores,

se da tanto en el funcionamiento del sistema internacional (macro relaciones internacionales) como en el ámbito de la elaboración y ejecución de la política exterior de los estados (micro relaciones internacionales). El paradigma estado-centrista de las relaciones internacionales ha sido superado por la realidad.

Relaciones Internacionales paradigma estado - centrista



5

Como resultado de este proceso han surgido nuevas formas y métodos de relacionamiento internacional que innovan las prácticas diplomáticas tradicionales. La más importante de ellas es la diplomacia descentralizada que

refiere al conjunto de acciones, prácticas y procesos internacionales distintos a los tradicionales entre estados o entre éstos y organismos internacionales intergubernamentales.

La diplomacia y la cooperación descentralizada

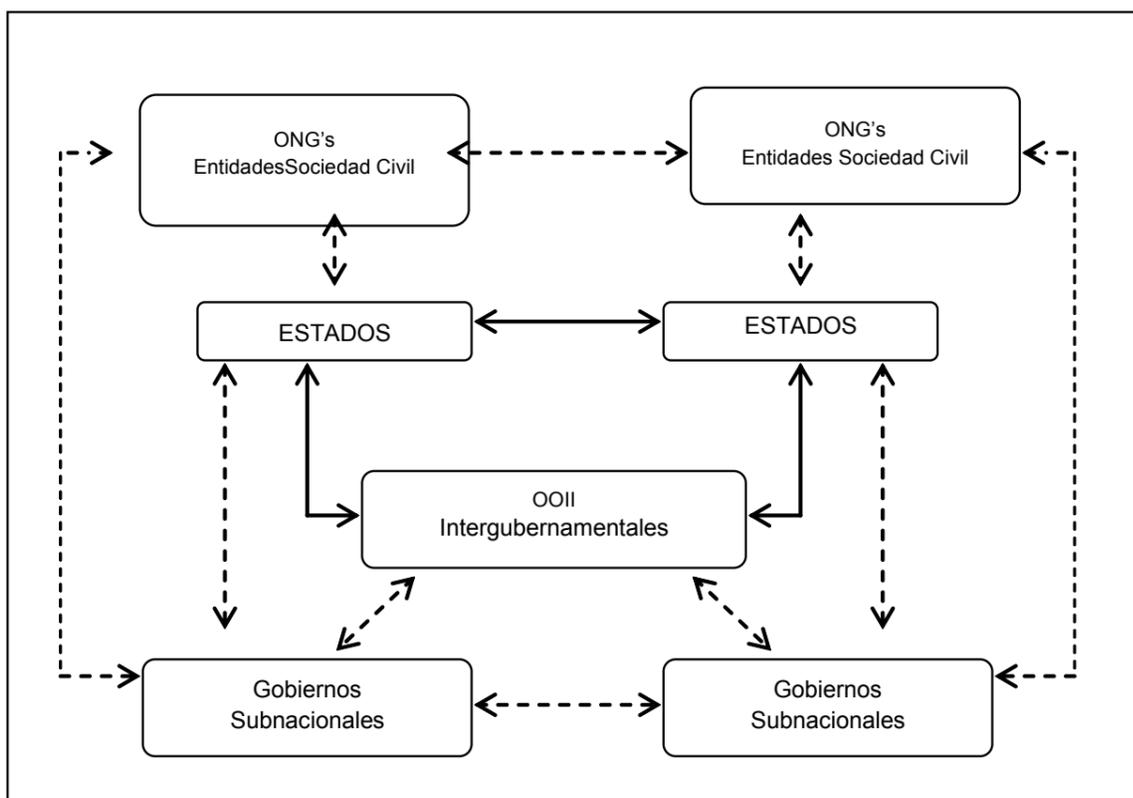
La diplomacia descentralizada se puede definir como el conjunto de interacciones internacionales que se realizan entre gobiernos nacionales y gobiernos subnacionales, entidades de la sociedad civil de otros estados, incluidas las empresas, u organizaciones no gubernamentales; entre gobiernos subnacionales con gobiernos subnacionales

extranjeros o con entidades de la sociedad civil u organizaciones no gubernamentales extranjeras en función de intereses públicos; y, entre organizaciones no gubernamentales de estados diferentes siempre en función de intereses o bienes públicos .

⁶ Se entiende por gobierno sub-nacional al que ejerce el poder estadual, regional, provincial o municipal al interior de un estado-nacional del cual forma parte, sea éste de estructura federal (el gobierno del estado de California en relación a los Estados Unidos o el del Acre en relación al estado federativo del Brasil) o unitario (el gobierno regional del Cusco en relación al Perú o el gobierno municipal de Montevideo en relación a la República Oriental del Uruguay).

⁷ Sobre el desarrollo de las relaciones externas de los gobiernos subnacionales y los actores no estatales, entre otras, se pueden consultar las siguientes obras: F. Aldecoa y M. Keating (editores), *Paradiplomacy in Action. The Foreign Relations of Subnational Governments*, Frank Cass, Londres, 1999; M. Dunfor y G. Kafkalas (editores), *Cities and Regions in the New Europe: the Global-Local Interplay and Spatial Development Strategies*, Londres, Belhaven, Press, 1992; C. A. de Mattos et al (compiladores), *Globalización y territorio. Impactos y Perspectivas*, Pontificia Universidad Católica de Chile y Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1998; L. Carrroué, *Géographie de la mondialisation*, Armand Colin, Paris, 2002; L. Rhi-Sausi, "La cooperación descentralizada y las relaciones económicas entre la Unión Europea y América Latina", *Síntesis*, Núm. 33-34, enero-diciembre de 2000.

Relaciones internacionales contemporáneas paradigma multicéntrico



Para designar parte de este proceso de descentralización de las relaciones internacionales y de la política, se utiliza también los conceptos "diplomacia ciudadana"⁸, "paradiplomacia" o "postdiplomacia". Sara Elisa Rosales define el concepto de diplomacia ciudadana como el "derecho y a la capacidad que requieren materializar y desarrollar las organizaciones ciudadanas, para penetrar en espacios que tradicionalmente han sido privativos de organismos internacionales, gubernamentales y de la cooperación externa..."⁹ Por su parte Librado Orozco sintetiza las diversas acepciones de las expresiones "paradiplomacia" o "postdiplomacia", al conceptualizarlas como "las relaciones internacionales que tienen que ver con la capacidad de las entidades subestatales (regiones, estados, provincias,

municipios, entre otras) de establecer lazos directos con otros actores internacionales. Esta actividad ha sido denominada paradiplomacia para diferenciarla de la política exterior que es la prerrogativa de los gobiernos centrales"¹⁰

⁸ En: Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable", 2004, Vol.2, p.1

⁹ Sara Elisa Rosales, en "Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable", 2004, Vol.2, p.1

¹⁰ Librado Orozco, "Paradiplomacia: Las relaciones internacionales de las regiones", en Revista Peruana de Derecho Internacional, T.LVIII, enero-abril 2008, número 137, Lima, 2008, p.83.

Instrumentos de la política exterior nacional y descentralizada



Parecería más apropiada la utilización de la expresión "diplomacia descentralizada", pues refleja de manera más directa la naturaleza descentralizada de estas nuevas prácticas diplomáticas y no denota la idea de carencia o ausencia de vinculación de ellas con la diplomacia es decir con las relaciones interestatales. Para o post diplomacia tiene una connotación de no vinculación con las interacciones estatales y en esa medida no reflejan adecuadamente la realidad. Sin embargo, no tiene mayor relevancia una discusión académica sobre la denominación de esta nueva modalidad de relacionamiento internacional. Lo importante es que todos estos nuevos conceptos, diplomacia ciudadana, paradiplomacia o postdiplomacia son unívocos al hacer referencia a la actividad de los nuevos actores no estatales o subnacionales en la política internacional.

En principio, forma parte de la diplomacia descentralizada toda acción o proceso internacional que se realice entre los actores mencionados, independientemente de su naturaleza y alcance. La especificidad del concepto no está

determinada por la materia o el tipo de relación social que es objeto de la interacción internacional (lucha contra la pobreza, desarrollo local, seguridad, salud, telecomunicaciones, comercio, etc.), sino por los actores que en ella intervienen.

Para estar frente a una relación de diplomacia descentralizada por lo menos uno de los actores debe ser necesariamente un gobierno subnacional (estadual, regional o local) o una organización no gubernamental o entidad de la sociedad civil. Su carácter distintivo es de esta manera el hecho de constituir un tipo de relación internacional en la que los actores directos ya no son exclusivamente los estados nacionales. Constituye, en ese sentido, un desarrollo institucional de la mayor importancia en las relaciones internacionales y en la cooperación internacional y presiona a favor de su creciente democratización. Constituye el espacio más dinámico de la descentralización de la diplomacia y del complejo relacional internacional.

Las actividades de la diplomacia descentralizada son crecientes y múltiples. Establecer una clasificación del conjunto de estos flujos descentralizados de las relaciones internacionales no es sólo un ejercicio teórico necesario, sino una necesidad práctica en la medida que el ordenamiento conceptual puede permitir una dinámica de acción mucho más dinámica por parte de los actores.

Una primera aproximación permite sistematizar los flujos de la diplomacia descentralizada en razón de la naturaleza jurídica de los actores y diferenciar entre diplomacia descentralizada pública y diplomacia descentralizada privada.

En el primero caso por lo menos uno de los actores es de naturaleza pública, gobierno central o gobierno subnacional. En el segundo, todas las partes intervinientes son privadas pero vinculadas por el tratamiento de asuntos de interés o impacto público. Las relaciones descentralizadas públicas vinculan a gobiernos subnacionales con gobiernos nacionales y organismos internacionales (diplomacia descentralizada pública indirecta); a gobiernos subnacionales con gobiernos subnacionales y organismos internacionales (diplomacia descentralizada pública directa). La diplomacia descentralizada privada con interés público vincula a ONGs entre sí o a éstas con otras entidades de la sociedad civil. Finalmente, la diplomacia descentralizada mixta vincula a gobiernos subnacionales con ONGs o entidades de la sociedad civil.

Si se tiene en cuenta el número de actores que actúan en las interacciones internacionales descentralizadas, éstas se pueden clasificar en bilaterales o multilaterales. Las bilaterales tienen lugar entre dos actores y las multilaterales entre más de dos actores o en el marco de conferencias internacionales o de organismos internacionales públicos o entidades internacionales privadas.

Cada uno de estos tres tipos de diplomacia descentralizada (pública, privada y mixta) dan lugar a múltiples y diversas relaciones de cooperación e interacción, a relacionamientos de tipo político – institucional y a la solución de conflictos. Una aproximación a la clasificación de las

relaciones internacionales descentralizadas ya no por el número de actores, sino por el ámbito en el que operan, permite diferenciar entre la diplomacia descentralizada strictu sensu y la cooperación descentralizada. Esta última tiene como elemento distintivo la transferencia no reembolsable de conocimientos técnicos y financiamiento. Es una modalidad específica y nueva de la cooperación para el desarrollo. La diplomacia descentralizada comprende todas las interacciones políticas, institucionales o económicas que no tienen el componente de la transferencia de cooperación técnica o financiera no reembolsable. Por cierto la diplomacia descentralizada puede dar origen a proyectos o programas de cooperación descentralizada y éstos a relacionamiento políticos e institucionales¹¹.

Las acciones y procesos de la diplomacia y cooperación descentralizada pueden ser, asimismo, objeto de una clasificación de tipo operacional. A ese nivel es posible identificar las siguientes modalidades de acción:

1. La diplomacia descentralizada como componente específico de la política exterior de los estados.
2. La formación de bloques o esquemas de cooperación o integración transfronterizas.
3. El hermanamiento de ciudades.
4. Las relaciones externas de los gobiernos subnacionales y los actores no estatales.
5. La Cooperación descentralizada.
6. Las conferencias e instancias internacionales multilaterales de o con participación de gobiernos subnacionales o entidades de la sociedad civil.

¹¹ La diplomacia descentralizada se desarrolla tanto en el ámbito bilateral como multilateral, entre el 11 y e 13 de junio del 2008 tuvo lugar en La Haya, Holanda, la Primera Conferencia Mundial de las Ciudades una verdadera cumbre de gobiernos subnacionales. La agenda incluyó temas de naturaleza política como el aporte de las ciudades a la paz mundial.

La cooperación descentralizada, la cohesión social, la lucha contra la pobreza y el buen gobierno

La cooperación descentralizada es una rama o un sector de la diplomacia descentralizada cuya rasgo distintivo es el hecho que en la relación de cooperación por lo menos una de las partes es un gobierno subnacional o no estatal. En ese sentido, nos encontramos frente a una relación de cooperación descentralizada cuando los actores de los flujos de cooperación son :

1. Un estado nacional y uno o más gobiernos subnacionales o entidades no estatales.
2. Dos gobiernos subnacionales.
3. Gobiernos subnacionales con entidades no estatales (organización no gubernamental por lo general)
4. Organismos internacionales intergubernamentales y gobiernos subnacionales.
5. Organizaciones internacionales integradas por gobiernos subnacionales o entidades no estatales.

El financiamiento de los flujos de cooperación descentralizados puede provenir de una de las partes o de terceros intervinientes. Por ejemplo, el financiamiento de un proyecto de construcciones de cobertizos para protección del friaje que es financiado por Finlandia, el gobierno de Cataluña, o el Municipio de Nantes en beneficio de una comunidad alto andino en Ayacucho, es representativo del financiamiento directo entre las partes que intervienen en la relación de cooperación. Pero si el acuerdo de cooperación es entre esa comunidad alto andina del Perú y el gobierno holandés con financiamiento de la Unión Europea, nos encontramos en el caso del financiamiento por terceros.

La cooperación descentralizada tiene, también, una especificidad de carácter conceptual. Esta alejada de la idea tradicional de la “ayuda” o la “asistencia”, que supone un rol pasivo de quien recibe esa ayuda o asistencia y en la que normalmente el donante define el objeto y fin de la cooperación.

A diferencia de los conceptos de “ayuda” o “asistencia”, la cooperación descentralizada se ubica en una visión del desarrollo humano participativo y asume un enfoque de derechos que está dirigido a empoderar a las poblaciones locales que forman parte de los proyectos de cooperación.

El marco conceptual de la cooperación descentralizada parte de la idea que el desarrollo local y el fortalecimiento de la capacidad institucional de la gobernanza en regiones, provincias y municipios, es una tarea que compromete a todos, al estado, a los mercados, a los gobiernos locales, a sus instituciones, a los empresarios locales, a los sindicatos, las asociaciones empresariales, profesionales, las juventudes y las familias. Por ello, el concepto de beneficiario no se limita al gobierno local o a la institución que es la contraparte del acuerdo de cooperación, sino a un conjunta plural de instituciones, organizaciones y a los propios habitantes de la circunscripción territorial. Esta visión de los beneficiarios supone un gestión participativa en la elaboración y ejecución de los proyectos y un empoderamiento de los derechos ciudadanos de la población.

La lucha contra la pobreza y la extrema pobreza, en una perspectiva focalizada en términos territoriales y de derechos humanos, constituye uno de los rasgos distintivos de la cooperación descentralizada. Otra peculiaridad es que prioriza proyectos de lucha contra la pobreza y la desigualdad en ámbitos espaciales locales. En ese sentido “busca fortalecer las capacidades sociales locales, lo que

es sustento de políticas de desarrollo humano que tienen por objetivo la inclusión social basada en un aumento de las capacidades sociales locales. Se está ante un círculo virtuoso, en el sentido de que la cooperación descentralizada tiene en cuenta una concepción de desarrollo humano que, a la vez, se corresponde con los objetivos de combate a la pobreza e inclusión social de los individuos".¹²

El enfoque de género, es también, un componente esencial de la cooperación descentralizada, pues la superación de la situación de marginalidad y discriminación de la mujer es un factor que limita fuertemente el desarrollo humano local. La discriminación y marginación de la mujer es también un factor de reproducción de la pobreza. Por el contrario, la experiencia demuestra que en las circunscripciones territoriales locales o regionales el empoderamiento de la mujer es un factor de desarrollo social, tanto en la familia como en el grupo social.

La cooperación descentralizada está dirigida, también por otro lado y esa es su gran diferencia con la "cooperación de asistencia" a fortalecer con autonomía la capacidad institucional de los gobiernos regionales, provinciales y locales. Su capacidad de adopción de decisiones, de planeamiento estratégico de sus metas de desarrollo, de su capacidad de legislación, gestión, inversión y rendición de cuentas.

La cooperación descentralizada por implicar necesariamente la participación de gobiernos subnacionales o entidades no estatales, es una modalidad de relacionamiento internacional distinta de la ayuda oficial al desarrollo, la cooperación técnica internacional o la cooperación internacional para el desarrollo, pues éstas están constituidas por los flujos de cooperación de gobierno a gobierno que es una esfera de competencia exclusiva del estado nacional.

La diplomacia y la cooperación descentralizada como nuevo componente de la política exterior de los estados

La participación de los nuevos actores en el sistema internacional (gobiernos subnacionales y entidades no estatales) se da en el mismo escenario global, desigual y fragmentado de las relaciones inter estatales. Ello implica que sus relaciones externas pasan a ser una variable de la política exterior de los estados. Con la globalización la diplomacia estatal ya no se elobra sólo en función de interlocutores sólo estatales, sino en razón de la multiplicidad de actores que interactúan en el complejo relacional internacional contemporáneo. Definir políticas exteriores competitivas implica, en ese sentido, una mirada hacia adentro para hacer competitivo al estado nacional en su proyección externa y una mirada hacia afuera para buscar la competitividad en un escenario internacional cada vez más descentralizado.

Un estado con mayor cohesión social, con reducidos espacios de pobreza, con un desarrollo físico-social integrado y equilibrado, que represente adecuadamente en las decisiones del gobierno central los intereses de todos los sectores de la población, incluidos los regionales y locales, será más competitivo en la arena internacional que aquel que se encuentre fracturado por la pobreza, la desigualdad, las resquebrajaduras de una cohesión social débil y que no represente adecuadamente en el funcionamiento de la economía y la política los intereses regionales y locales.

En ese contexto, al modificarse el sistema internacional, el escenario global en el que actúan los estados, las

¹² Álvaro Coronel, *Ibid.*

políticas exteriores deben modificarse también y establecer las correlaciones necesarias entre los requerimientos internos de la sociedad (que debe incluir los intereses de los gobiernos subnacionales y de la sociedad civil), el estado nacional y las tendencias de la globalización, tanto en sus componentes económicos, como en los sociales, políticos y estratégicos.

Se trata de definir políticas exteriores que integren adecuadamente la agenda interna y externa. Que actúen en el sistema internacional para maximizar las tendencias que incidan positivamente en sus variables de desarrollo interno y que minimicen o neutralicen aquéllas que puedan tener un efecto negativo. Simultáneamente, las políticas exteriores, para incrementar la capacidad de negociación de los países pequeños y medianos, deben estar dirigidas a sumar fuerzas sobre bases regionales o de coaliciones de ideas afines e intereses para influir en la gobernanza mundial y regional de la globalización.

No hay una receta general. Cada inserción externa tiene elementos de especificidad que se derivan del peso de la agenda interna y de la "competitividad externa" de cada Estado. Por ello, las coaliciones son más difíciles en la época de la globalización, pero al mismo tiempo indispensables.

Los intereses nacionales no desaparecen con la globalización, se reafirman en lo interno y en lo externo pero enfrentan cambios y mutaciones. Ahora el concepto de interés nacional ya no se refiere sólo a "los intereses" del aparato de gobierno o del estado representado por los gobiernos. Esta visión que asimila el interés nacional exclusivamente a las percepciones e intereses de los gobiernos o de quienes detentan el poder al interior de los estados, está siendo superada progresivamente por una visión más democrática, más sociológica y más representativa.

El concepto de interés nacional para que se sustente en un mínimo de racionalidad y legitimidad, requiere representar las aspiraciones y necesidades de los diversos grupos y sectores sociales y económicos de una sociedad nacional. Que no se limite el interés nacional a los intereses del gobierno central, sino que integre en su concepción una sumatoria de intereses de gobiernos y poblaciones subnacionales y entidades de la sociedad civil. El interés

nacional se está volviendo menos estatista centralizador y más estatal-regional-local y social. El impacto de este cambio no sólo es teórico, sino práctico. Esta mutación en la percepción del interés nacional de los estados, está produciendo una obsolescencia del concepto "gobierno". La noción de "gobierno" ya es insuficiente para el ejercicio del poder con legitimidad. Es necesario que las decisiones estatales se originen en amplios niveles de participación ciudadana y que concilien o representen los plurales intereses y aspiraciones de grupos sociales y ciudadanos. La gobernanza es un concepto que recoge la idea de la acción de gobierno, pero la concilia con el origen y el ejercicio legítimo del poder a partir de la representación de amplios intereses sociales.

La gobernanza reconoce los procesos de empoderamiento de identidades e intereses de estructuras de gobierno distintas al gobierno central y de múltiples sectores y fuerzas sociales (los trabajadores, los campesinos, los empresarios, los comerciantes, los financistas, las juventudes, las mujeres, las minorías, las poblaciones), así como sus legítimas aspiraciones a representar sus intereses en las decisiones que afectan su vida cotidiana. Ya no basta con tener la legalidad como fundamento de la acción de gobernar. Cada vez es más necesario contar con la adhesión y aceptación de los gobernados e involucrar a estos en el buen gobierno. Los propios ciudadanos se comprometen cada vez más en las decisiones políticas, así no participan en la política organizada. Los movimientos sociales y regionales atúan crecientemente por motivaciones vinculadas a su vida cotidiana, por la defensa o promoción de sus intereses vitales y concretos (las matrículas escolares, el transporte, la no contaminación, defensa de la propiedad, educación, salud, respeto a los derechos humanos, aumentos de salarios, ocupación, vivienda, agua, instalaciones sanitarias o en un segundo grado por intereses comunes regionales o locales).

La noción tradicional de gobierno no involucra necesariamente a los actores sociales en los procesos de toma de decisiones y en muchos casos tiende a excluirlos. Las decisiones se perciben como competencia exclusiva de la autoridad sustentada en el poder que confiere el cargo.

La gobernanza a diferencia del gobierno no se restringe a la decisión amparada en la legalidad de la autoridad. A partir de ella, concibe el proceso de toma de decisiones como una dinámica de consulta y concertación que busca involucrar a los diversos actores sociales en las decisiones que afectan su vida cotidiana en lo local, lo regional, lo nacional y lo internacional.

La gobernanza tiene el componente de legitimidad del ejercicio del poder político a partir de prácticas democráticas de consulta, participación y consenso. Por ello en sí misma implica descartar una visión del interés nacional que imponga los intereses de un grupo o una región sobre el resto de la sociedad y afirma una sumatoria razonable de intereses plurales y diferenciados que la decisión de gobierno debe representar en base al principio de la razonabilidad. La gobernanza es en sí misma una práctica de prevención y solución de conflictos.

Como señalan Oliver Todt y Marta I. González, el "análisis de los procesos de gobernanza revela que los mecanismos de decisión están cambiando, en parte en respuesta directa a las demandas sociales... El tipo de toma

de decisiones característica para la gobernanza se puede describir como pluricéntrico, estructurado en complejas redes mediante las cuales se organizan las relaciones entre diversos actores...¹³

En ese contexto, el paradigma exclusivamente estatista de la elaboración y ejecución de la política exterior ya es inadecuado para representar la complejidad de los intereses nacionales y sociales en el mundo global. El Estado ya no puede actuar en sus relaciones externas sólo en función de los requerimientos del gobierno central, debe articular consensos sociales y nacionales con los actores subnacionales y no estatales, especialmente con las regiones, los gobiernos locales, las empresas, los partidos y fuerzas políticas y una amplia diversidad de instituciones de la sociedad civil. De otra forma, la política exterior corre el riesgo de carecer de sustento social y nacional interno. Como parte de este proceso de incorporar a la gobernanza políticas exteriores abiertas a los nuevos actores internacionales, los estados y las uniones de estados están desarrollando crecientemente estrategias nacionales de diplomacia y cooperación descentralizada como un componente específico de sus políticas exteriores.

La experiencia europea en materia de cooperación descentralizada

La Unión Europea es el agrupamiento de países que ha desarrollado de manera más avanzada, a nivel conceptual y práctico, el nuevo paradigma de las relaciones internacionales con multiplicidad de actores, descentralización y cohesión social. La Unión ha incorporado a sus relaciones externas los vínculos con gobiernos subnacionales y ONGs y estimula en sus propias regiones la puesta en marcha de relaciones externas descentralizadas. Particular mención merece los avances efectuados por los países europeos en el ámbito de la cooperación descentralizada.

La actual política de cooperación para el desarrollo de la Unión, cuya concepción estratégica, metas y objetivos

comprende a la cooperación descentralizada, se orienta por cinco ámbitos de acción prioritaria:

1. La inversión Invertir en los ciudadanos, a través de un financiamiento destinado a mejorar las condiciones de vida de la gente, en áreas focalizadas como la salud, la educación, el fomento de la igualdad entre los sexos y otros aspectos del desarrollo social, como el fomento del empleo digno y productivo, la cohesión social o lucha contra el trabajo y la violencia infantil.

¹³

2. El medio ambiente y la gestión sostenible de los recursos naturales, con énfasis en el agua y la energía.
3. El fortalecimiento de los gobiernos no estatales y las autoridades locales o gobiernos subnacionales, incluyendo iniciativas de co-financiamiento de iniciativas de los gobiernos locales y la sociedad civil.
4. La seguridad alimentaria, focalizada en el objetivo de aumentar la seguridad alimentaria de la población en pobreza y extrema pobreza.

La Unión Europea y los estados miembros contribuyen con más del 56 % de toda la ayuda oficial al desarrollo. El año 2006 el valor total de la ayuda al desarrollo ascendió a la suma 47 000 millones de euros. No obstante la región aún está lejos de cumplir con la obligación internacional de destinar a la cooperación para el desarrollo el 0.7 % del PBI de cada uno de sus miembros. Actualmente el promedio alcanza al 0.42%, aunque hay países que sí cumplen con el 0.7% como Dinamarca, Holanda, Suecia y Luxemburgo. Aproximadamente un 20 % del monto total de la cooperación para el desarrollo corresponde a flujos de cooperación descentralizada.

Es interesante analizar el comportamiento de la cooperación para el desarrollo, la cooperación descentralizada, es decir originada en gobiernos subnacionales es una práctica generalizada en la región. Así el año 2003, el número de países que recibieron cooperación proveniente de gobiernos locales alemanes fue de 137, belgas 106, franceses 92, españoles 79 e italianos 69. En el caso del Japón se observa una mayor concentración pues la cooperación otorgada por sus gobiernos locales se focalizó solo en 38 países beneficiarios.

Los gobiernos subnacionales donantes tienden a concentrar el destino de la cooperación por regiones, en función también de los objetivos y prioridades de las políticas generales de sus gobiernos centrales o de la densidad de relaciones existentes en los flujos de diplomacia descentralizada. El área geográfica de concentración de sus actividades de cooperación descentralizada tiende a coincidir con el destino de los flujos globales de la cooperación para el desarrollo de sus respectivos países, aunque en proporciones distintas. España, presenta una cooperación focalizada en América Latina. Al año 2003, del total de flujos de la cooperación para el desarrollo el 35 % se destinó a países latinoamericanos. Si se toman en cuenta solo los flujos de cooperación descentralizada otorgada por los gobiernos subnacionales españoles, la concentración en América Latina considerablemente ascendiendo al 64%.

Cuadro 1 Number of recipient countries of ODA extended by local governments in 2003

	ODA from local governments	Total bilateral ODA	% of total local government ODA reported under "Developing countries, unspecified"
Germany*	137(107)	153	3% (42%)
Belgium	106	115	40%
France	92	149	1%
Spain	79	116	8%
Italy	69	114	54%
Austria	38	105	6%
Japan	38	156	16%

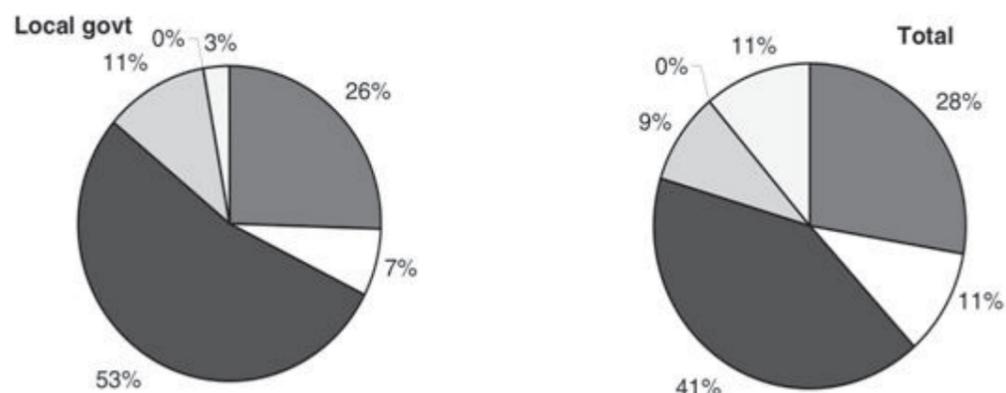
* Data for Germany are presented including (excluding) imputed students' costs. Data by recipient for these reflect the country of origin of students in the Länder-funded universities.

En el caso de Alemania, tanto la cooperación para el desarrollo global como la cooperación descentralizada se concentran en el Asia con 41% y 53% respectivamente. En el caso de América latina el total de la cooperación para el desarrollo dirigida a la región es del 11% mientras que el flujo de cooperación originada de gobiernos subnacionales alemanes asciende al 7%.

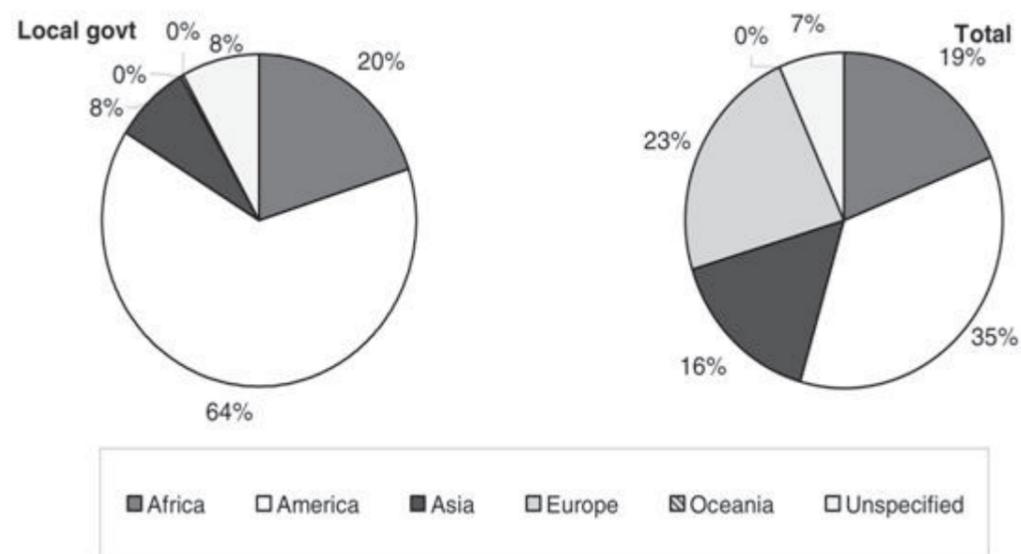
La Unión Europea posee un programa específico dirigido al fomento del intercambio de experiencias entre los gobiernos subnacionales de Europa y América latina denominado URB - AL. El programa se lanzó en 1995 y tiene por finalidad desarrollar redes de cooperación descentralizada entre gobiernos subnacionales, en torno a una agenda focalizada en el desarrollo local urbano.

**Geographical breakdown of aid from local governments for selected DAC members
% of sector allocable ODA in 2003**

2.a) Germany (including imputed students' costs)



2.c) Spain



La ejecución del programa ha dado resultados bastante positivos. Entre sus impactos positivos está el de haber articulado a más de 680 colectividades locales en torno a proyectos específicos de participación ciudadana, la lucha contra la pobreza, el transporte, la seguridad, el urbanismo, el desarrollo económico, la sociedad de la información, el fortalecimiento de la democracia y el buen gobierno. En el marco del programa se han realizado cerca de 40 reuniones internacionales con la asistencia de más de 10 000 delegados de gobiernos subnacionales. El carácter movilizador del proyecto se expresa en el hecho de que a través de 13 redes temáticas se coordinan a más de 2500 colectividades locales, asociaciones, ONGs o empresas de las regiones. Estas entidades participan en proyectos e iniciativas de desarrollo social, económico y cultural; desarrollo de capacidades institucionales a través de la formación de recursos humanos; promoción de los vínculos de asociación entre colectividades locales e instituciones de la sociedad civil; y, el incremento de la participación de gobiernos subnacionales y locales en la esfera internacional. El programa cuenta hasta el 20012 con un financiamiento de cincuenta millones de euros.

Un elemento importante de difusión del buen gobierno es la labor que realiza el centro de documentación de URB-AL, que cataloga de manera sistemática los proyectos comunes y selecciona las mejores prácticas con la finalidad de proyectarlas y emularlas. Entre estas prácticas de excelencia se encuentran el proyecto sobre red internacional de bibliotecas municipales –llevado a cabo por la municipalidad de Miraflores Perú; el proyecto contra la pobreza urbana desarrollado por la ciudad de San Paulo; y, el de intervención para disminuir la delincuencia juvenil de la Municipalidad de Calama, Chile. Actualmente se vienen ejecutando 186 proyectos comunes en trece áreas temáticas: Droga y ciudad, conservación de los contextos históricos urbanos, la democracia en la ciudad, la ciudad como promotora del desarrollo económico, políticas sociales urbanas, gestión y control de la urbanización, control de la movilidad urbana, financiamiento local y presupuesto participativo, lucha contra la pobreza urbana, vivienda en la ciudad, promoción de las mujeres en las instancias de decisión locales, ciudad y sociedad de la información y seguridad ciudadana.

En el caso específicamente del Perú, la Unión Europea lleva a cabo un importante programa de cooperación (incluyendo proyectos de cooperación descentralizada), que en el periodo 2002 – 2006 alcanzó un presupuesto de 86 millones de euros. Este programa significó un relanzamiento de la cooperación que había sido prácticamente congelada entre 1999 y el 2000 por la alteración del orden democrático en el Perú.

Las áreas prioritarias están constituidas por proyectos de desarrollo socio – económico (60%), integración regional (25%) y apoyo del estado de derecho y reforma institucional (15%). La cooperación proveniente de la Unión Europea representa en el Perú "... poco más del 0.4% del PBI, cerca del 2.4 % del presupuesto nacional, alrededor del 14% de la inversión pública y 2.6% de la inversión privada y casi el 7% del gasto en educación salud y asistencia social"¹⁴.

Existen más de 324 de proyecto activos por un monto superior de más 1300 millones de euros. De esta suma corresponde a España, Alemania, la Comisión Europea e Italia, la erogación de cerca del 90% de los recursos. Desde el punto de vista de la focalización territorial, la cooperación tiene un enfoque descentralizado y regional. Más del 55% del total de recursos son destinados a proyectos de ámbito subnacional (regionales o locales) y a proyectos nacionales con enfoque regional.

Las regiones que focalizan la cooperación son las que presentan mayores indicadores de pobreza y pobreza extrema. Especialmente Cajamarca, Puno, Loreto y Ayacucho¹⁵. De 532 proyectos ejecutados entre el año 1995 y el 2006, cuyo ámbito de acción corresponde a los gobiernos subnacionales del Perú, al gobierno central con enfoque regional o a proyectos multinacionales transfronterizos, más del 90% no son ejecutados por los gobiernos regionales ni éstos constituyen contraparte de los proyectos. Este indicador muestra que si bien es cierto más del 55% de los proyectos tienen un enfoque subnacional desde el punto de

¹⁴ Unión Europea, Balance de la cooperación de la Unión Europea en el Perú, Lima, 2006, p.4

¹⁵ Ibid, p. 5

vista territorial, su concertación, negociación y ejecución es extremadamente centralizada y excluyente de la participación de los gobiernos regionales. Ello muestra, también, una debilidad institucional de los gobiernos regionales y locales en la relación de sus relaciones externas, particularmente en el ámbito de la cooperación descentralizada. La mayoría de estos gobiernos subnacionales no tienen programas ni políticas de relaciones externas, ni estructu-

ras institucionales encargadas de estas funciones. Existe, asimismo, una marcada carencia de participación de los gobiernos regionales y municipales en la elaboración y ejecución de la diplomacia descentralizada del gobierno central. Tampoco tienen mayor participación en las políticas de cooperación e integración transfronterizas bilaterales y multilaterales.

La diplomacia y la cooperación descentralizada en América Latina

El actual comportamiento económico de la región caracterizado por el crecimiento sostenido y su previsible mantenimiento en los próximos años, aunque a tasas menores, a pesar de la crisis financiera internacional, así como la estabilidad monetaria y fiscal de las economías latinoamericanas en general, crea una enorme oportunidad histórica para enfrentar de una vez por todas y de manera decidida el déficit de bienestar y el superávit de pobreza y desigualdad y exclusión que existe. Concurren en la actual situación dos requisitos indispensables para acometer con éxito esa tarea: el crecimiento sostenido por encima del 4% anual y la estabilidad macro económica.

En este contexto favorable, es indispensable que la democracia pueda desarrollar una suerte de competitividad social, revalorar el concepto del interés público – distinto a la intervención del Estado – y otorgar una nueva y relevante prioridad al desarrollo social – con un enfoque de derechos humanos –, con la triple finalidad de acelerar la disminución de la pobreza, asumir como prioridad de las políticas públicas y la cohesión social y fortalecer la institucionalidad democrática, dotándola de una mayor calidad a sus mecanismos de representatividad y vinculación con la vida política ciudadana en los niveles, nacional, regional y local.

El impacto de la pobreza y la desigualdad en el funcionamiento de la democracia, tiene un doble contenido. Uno objetivo, que se refiere al hecho que los pobres no ejercen

o ejercen una ciudadanía disminuida por la exclusión que sufren y, otra de carácter subjetivo, subproducto de la anterior, que se expresa en la debilidad o incluso inexistencia de un sentimiento de pertenencia a la democracia como sistema político y como forma de organización social. La conjunción de estos dos factores produce una débil cohesión social y nacional y al mismo tiempo genera las condiciones para la convulsión social o las tentaciones autoritarias.

Por ello, es necesario en la región un nuevo pacto social basado en la cohesión social y un enfoque de derechos humanos, en el que se otorgue a los derechos económicos y sociales una importancia y relevancia similar a los derechos civiles y políticos. No basta con políticas sociales sectoriales que pueden relativamente ser neutrales a la satisfacción de las demandas de inclusión, en las dimensiones que se requieren para cerrar las brechas de la desigualdad y la ausencia de ciudadanía de vastos sectores de la población. Es indispensable un nuevo enfoque basado en la cohesión social y los derechos humanos.

La cohesión social puede definirse como el proceso orgánico y funcional de satisfacción de las necesidades humanas, especialmente de alimentación, empleo, salud, educación, vivienda seguridad y participación política de los sectores más pobres y excluidos de la sociedad, de manera tal que la integración social sea una realidad objetiva, en la que los sentimientos de pertenencia y solidaridad de

los individuos y grupos sociales con el conglomerado social y la democracia sean sólidos y estables.

Una estrategia de lucha contra la pobreza y la exclusión a partir de la cohesión social y un enfoque de derechos humanos tiene tres ventajas notorias.

1. La integralidad de las estrategias que rompen con los enfoques y crea sinergias de mutuo impacto entre un sector social y otro.
2. La direccionalidad del enfoque dirigido a disminuir pobreza aumentando inclusión económica, política, social y cultural.
3. La capacidad de actuar simultáneamente en los tres ámbitos esenciales de la dinámica social – exclusión – inclusión: a) los indicadores de pobreza y marginalidad; b) los ámbitos institucionales; y, c) los sentimientos subjetivos, individuales y colectivos de la pertenencia.

Adicionalmente, tal como lo ha hecho la Unión Europea, el combate de la pobreza y la exclusión a través de la cohesión social, permite la construcción de indicadores que posibilitan establecer metas y acciones mensurables, un monitoreo efectivo. La CEPAL ha elaborado el siguiente cuadro de indicadores que podría utilizarse como marco referencial de método:

En América Latina el desarrollo de la diplomacia y la cooperación descentralizada ha evolucionado de manera simultánea a la creación de espacios de descentralización en la estructura administrativa y política del Estado, así como en función del fortalecimiento de la gestión de los gobiernos subnacionales. La región tiene una tradición centralista. En América Latina existen actualmente 100 estados o provincias en los países federales, 250 regiones o departamentos y más de 16,000 gobiernos locales (municipios, distritos o cantones)¹⁶. Es una realidad bastante heterogénea, que muestra tendencias a una excesiva fragmenta-

ción de los gobiernos locales de primer grado (municipalidades). Brasil tienen 5,562 municipios, México 2,438 y el Perú más de 2,000. Sin embargo si la fragmentación plantea problemas de eficacia en la distribución y administración de recursos, desde el punto de vista de las prácticas democráticas y el acercamiento de los ciudadanos a la solución de sus propios problemas tiene un sentido positivo y constructivo.

Los problemas esenciales que enfrentan los gobiernos subnacionales de la región, vinculado además a su capacidad para fortalecer su capacidad de acción en el ámbito de la diplomacia y la cooperación descentralizada, son los correspondientes a la distribución de los recursos financieros nacionales, a la eficiencia y rendición de cuentas y a la existencia en muchos casos todavía de zonas grises en cuanto a sus competencias y facultades, incluida especialmente la concerniente al cobro directo de impuestos.

En el caso de los estados federales Argentina, Brasil y México esta capacidad está ampliamente reconocida a través de modalidades fiscales de co-participación con el gobierno central. Esto permite tener ingresos importantes de los impuestos y tasas internas. En el caso de los estados unitarios descentralizados, los gobiernos regionales dependen financieramente de las transferencias del gobierno central, que en casi todos los casos son manifiestamente insuficientes y tiende a ejercerse teñidas de riesgo de control político.

La descentralización es un proceso dinámico e irreversible en la región que evoluciona de manera desigual, según países y gobiernos. Pero, las tendencias generales indican que a pesar de sus insuficiencias la descentralización avanza en la región con resultados globalmente positivos. Los gobiernos regionales y locales, empiezan a emerger como instancias territoriales y circunscripciones político-administrativas más aptas para impulsar un tipo de desarrollo, democrático, equitativo y sustentable, especialmente a partir del primer grado, es decir de los gobiernos locales. Constituyen también, crecientemente, instrumentos adecuados y eficaces para la lucha contra la pobreza, el empoderamiento ciudadano, la promoción de los derechos humanos y el impulso de prácticas democráticas participativas.

¹⁶ Cf. *Decentralization and local democracy in the world: First global reporting by United Cities and Local Governments, Barcelona, 2008, p.167.*

Este es un proceso que se decanta de manera desigual según países y gobiernos, pero las tendencias generales indican que a pesar de sus insuficiencias la descentralización avanza en la región con resultados globalmente positivos.

Graph 1 1980-2005: Evolution of Decentralization in Latin America⁷
Percentage of the Expenditure of Sub-national Governments in Total Governmental Expenditure

Brazil	1980	32.4		Brazil	2002	42.1
Colombia	1982	26.3		Argentina	2004	41.6
Argentina	1980	22.2		Mexico	2000	31.9
Mexico	1980	22.0		Colombia	2005	29.8
Ecuador	1980	18.3		Bolivia	2005	29.5
Bolivia	1986	14.8		Peru	2005	26.8
Latin American Average		11.6		Ecuador	2004	22.1
Peru	1990	9.1		Chile	2005	15.0
Uruguay	1980	8.6		Uruguay	2005	13.2
El Salvador	1978	5.8		Guatemala	1997	13.0
Paraguay	1980	5.5		El Salvador	2005	8.7
Guatemala	1980	4.5		Paraguay	2005	7.0
Costa Rica	1980	4.0		Dominican Rep	2004	7.0
Chile	1980	3.7		Costa Rica	2005	6.0
Dominican Rep.	1980	3.5		Nicaragua	2002	3.8
Nicaragua	1988	3.4		Panama	2002	3.8
Panama	1980	2.0				

Source: Finance Yearbook IMF, World Bank, Central Banks, National Files
 Drawn up by: Mero

Los gobiernos regionales y locales, empiezan a emerger como instancias territoriales y circunscripciones político-administrativas más aptas para impulsar un tipo de desarrollo, democrático, equitativo y sustentable, especialmente a partir del primer grado, es decir de los gobiernos locales. Constituyen también, crecientemente, instrumentos adecuados y eficaces para la lucha contra la pobreza, el empoderamiento ciudadano, la promoción de los derechos humanos y el impulso de prácticas democráticas y participativas.

Ello les permite un mayor poder de negociación con el gobierno central y posibilite visiones comparadas de la gobernanza. A nivel de los gobiernos locales o municipales, las asociaciones nacionales son amplias y fuertemente institucionalizadas, en la mayor parte de os casos reconocidas legalmente por los ordenamientos jurídicos internos, pero sus facultades y recursos son desiguales y como tendencia insuficientes para una adecuada proyección internacional.

Existen asociaciones nacionales de municipales en la mayor parte de los países de la región, en algunos como son los casos de Brasil, México, Perú y Venezuela existen dos o más asociaciones nacionales. Se han establecido, asimismo, asociaciones regionales y subregionales, que constituyen espacios institucionales de la diplomacia y cooperación descentralizada. Las más representativas son la Federación Latinoamericana de Ciudades, Municipalidades y Asociaciones de Gobiernos Locales (FLACMA), establecida el año 2003, la Federación de Municipalidades del Istmo Centroamericano (FEMICA), constituida en 1991; Mercociudades, creada el año 1995 en el ámbito del Mercosur y la Red Andina de Ciudades (RAC).

17

Estos espacios multilaterales de la diplomacia y la cooperación descentralizada se proyectan en tres líneas de trabajo esenciales: 1) Las relaciones externas entre gobiernos subnacionales, con énfasis en sus vínculos interinstitucionales. 2) La cooperación descentralizada entre ellos y el intercambio compartido de prácticas de excelencia, especialmente en el desarrollo equitativo y sustentable y el buen gobierno. 3) La participación de los gobiernos subnacionales en las decisiones que los afectan en el marco de los procesos de integración subregional, la integración fronteriza, su participación en el sistema de las Naciones Unidas y, finalmente, la búsqueda de una mayor participación en la elaboración de la demanda y oferta de cooperación para el desarrollo de sus respectivos estados nacionales.

En ese contexto, los gobiernos subnacionales de la región asumen progresivamente, más en el Cono Sur y América Central, un papel activo en materia de diplomacia y cooperación descentralizada. Ciertamente, la acción exterior de los gobiernos subnacionales de la región, aún la cooperación descentralizada que los toca más directamente, no es aún una práctica generalizada ni homogénea, más bien puntual y selectiva. Sin embargo, los buenos resultados de la cooperación descentralizada como factor complementario a la lucha contra la pobreza, el desarrollo sustentable con equidad y la mejora de la gestión y transparencia en la gobernanza, es un factor que impulsa un involucramiento cada vez mayor de los gobiernos subnacionales en proyectos y acciones de relaciones externas.

A ello contribuyen, también, los crecientes niveles de organización y asociación de los gobiernos subnacionales latinoamericanos a nivel nacional, subregional, regional y mundial. Las experiencias y el conocimiento que se adquiere en la diplomacia descentralizada multilateral repercute positivamente en la conciencia de muchos gobernantes regionales sobre las potencialidades de las relaciones externas de sus unidades territoriales. Los organismos o asociaciones internacionales de gobiernos subnacionales son espacios de intercambios de experiencias y escenarios óptimos para compartir prácticas de excelencia en diversos campos de la gestión gubernativa.

En la región se han desarrollado con fuerza las asociaciones nacionales de gobiernos subnacionales. Ello les permite un mayor poder de negociación con el gobierno

central y posibilita visiones comparadas de la gobernanza, de problemas y soluciones. A nivel de los gobiernos locales o municipales, las asociaciones nacionales son amplias y fuertemente institucionalizadas, en la mayor parte de los casos reconocidas legalmente por los ordenamientos jurídicos internos, pero sus facultades y recursos son desiguales y como tendencia insuficientes para una adecuada proyección internacional.

Se han establecido asociaciones nacionales de municipales en la mayor parte de los países de la región. En algunos, como son los casos de Brasil, México, Perú y Venezuela, existen dos o más asociaciones nacionales¹⁸. Se han establecido, asimismo, asociaciones regionales y subregionales, que constituyen espacios institucionales multilaterales de la diplomacia y cooperación descentralizada. Las más representativas son la Federación Latinoamericana de Ciudades, Municipalidades y Asociaciones de Gobiernos Locales (FLACMA), establecida el año 2003, la Federación de Municipalidades del Istmo Centroamericano (FEMICA), constituida en 1991; Mercociudades, creada el año 1995 en el ámbito del Mercosur y la Red Andina de Ciudades (RAC).

¹⁸ Las principales asociaciones nacionales son: Argentina: Federación Argentina de Municipalidades; Bolivia: Federación de Asociaciones Municipales de Bolivia; Brasil: Asociación Brasileña de Municipalidades, Confederación Nacional de Municipalidades, Frente Nacional de Prefectos; Colombia: Federación Colombiana de Municipalidades; Costa Rica, Unión Nacional de Gobiernos Locales; Chile, Asociación Chilena de Municipalidades; Ecuador: Asociación Ecuatoriana de Municipalidades; El Salvador: Corporación de Municipalidades de la República de El Salvador; Guatemala: Asociación Nacional de Municipalidades de Guatemala; Honduras: Asociación de Municipalidades de Guatemala; México, Asociación de Autoridades Locales de México; Nicaragua, Asociación de Municipalidades de Nicaragua; Panamá, Asociación de Municipalidades de Panamá; Paraguay: Organización Paraguaya Intermunicipal de Cooperación; Perú: Asociación de Municipalidades del Perú, Asociación Nacional de Distritos Mayores; Red de Municipalidades Rurales del Perú, Junta de Coordinación Interregional del Norte y Oriente del Perú, Junta Interregional Centro Sur del Perú; República Dominicana, Federación Dominicana de Municipalidades; Uruguay, Congreso Nacional de Intendentes; Venezuela: Asociación Venezolana de Alcaldes, Asociación Bolivariana de Alcaldes.

Estos espacios multilaterales de la diplomacia y la cooperación descentralizada se proyectan en tres líneas de trabajo esenciales: 1) Las relaciones externas entre gobiernos subnacionales, con énfasis en sus vínculos interinstitucionales. 2) La cooperación descentralizada entre gobiernos subnacionales y el intercambio compartido de prácticas de excelencia, especialmente en el desarrollo equitativo y sustentable y el buen gobierno. 3) La participación de los gobiernos subnacionales en las decisiones que los afectan en el marco de los procesos de integración subregional, la integración fronteriza, su participación en el sistema de las Naciones Unidas y, finalmente, un mayor involucramiento en la elaboración de la demanda y oferta de cooperación para el desarrollo y la política exterior de sus respectivos estados nacionales.

En Argentina se ha incorporado a las actividades del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el ámbito más amplio de la cooperación internacional, la dimensión de la cooperación descentralizada de manera consistente desde el 2005. El programa de cooperación descentralizada de la cancillería argentina persigue cuatro objetivos básicos: 1) Mantener la presencia del Ministerio de Relaciones Exteriores en las tareas de vinculación y acceso a la cooperación técnica internacional. 2) Establecer contactos con responsables de entidades territoriales (gobiernos subnacionales) para posibilitar el desarrollo de acciones de cooperación internacional con los gobiernos locales y sus organizaciones. 3) Articular e informar a los gobiernos locales acerca de la cooperación internacional y la cooperación descentralizada. 4) Fomentar el desarrollo de la cooperación descentralizada como una nueva herramienta importante para el fortalecimiento de las capacidades locales. Los resultados de esta estrategia son concretos y positivos. Es el caso del proyecto ejecutado en La Matanza (Buenos Aires), para el diagnóstico de un programa de desarrollo social-urbano, y en las provincias de Misiones, Corrientes, Chaco, Santiago del Estero, Tucumán, Catamarca y Jujuy¹⁹ para.....,ambos con el financiamiento de la Junta

de Galicia, España. La Argentina ha asumido, por otro lado, la responsabilidad de otorgar cooperación internacional descentralizada a través del Fondo Argentino de Cooperación Internacional (FO-AR).

Las acciones internacionales de las provincias argentinas están amparadas jurídicamente por el Art. 124 de la Constitución, conforme al cual "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la 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 al."²⁰ El Art. 126 especifica que los convenios que pueden firmar los gobiernos subnacionales excluyen aquellos de naturaleza política²¹. Desde el punto de vista de la gestión institucional, poseen Secretarías de Relaciones Internacionales.

En el caso de Chile se da un proceso sui generis, pues el proceso de descentralización no es muy profundo ni implica la transferencia de facultades importantes del estado central a las regiones. No obstante ello, el propio gobierno central ha impulsado recientemente una interesante e innovadora estructura para impulsar y propender a una gestión eficaz y transparente de la diplomacia y cooperación descentralizada. En vez de contar sólo con una oficina encargada sectorialmente del tema, en el Ministerio de Relaciones Exteriores, como es el modelo generalizado en la región, se ha creado un sistema integrado de alcance multisectorial que tiene la doble ventaja de reconocer a las regiones su calidad de agentes externos directos y de articular sus demandas de cooperación con todos los organismos del estado competentes, directa o indirectamente.

Este órgano es la Dirección de Coordinación Regional (DICORE), que tiene a su cargo el apoyo a los procesos y actividades internacionales que se originan o inciden en las regiones. Coordina las relaciones entre el

gobierno central y las regiones en materia de relaciones externas o del impacto que en ellas tiene la política exterior del estado. Asimismo, coordina con las regiones la incorporación de sus demandas de cooperación internacional en la política general de cooperación y promueve la participación de las delegaciones empresariales regionales en la búsqueda de mercados en el exterior. Coordina también programas de especialización, formación y generación de capacidades de gestión internacional en las regiones y facilita la vinculación de éstas con las embajadas y consulados de Chile en el exterior.

En los Estados Unidos, donde las constituciones de los estados federados les reconocen amplias competencias en materia de relaciones externas, la diplomacia y la cooperación descentralizada posee un espacio jurídico y político de gran amplitud. Con diversos grados y matices los estados federados poseen jurídicamente amplias facultades en

materia de relaciones externas, tanto en los ámbitos económico y comercial como en los institucionales y en algunos casos en el dominio político²².

Entre esas facultades, se encuentran las de abrir oficinas en el exterior para promover las relaciones económicas, comerciales y financieras, otorgar cooperación internacional, recibir ministros de relaciones exteriores y mandatarios extranjeros, suscribir acuerdos internacionales y ejercer el control presupuestario de sus acciones externas. Usualmente, como es la tendencia universal, los estados más activos en relación a la "política exterior", son aquellos que tienen fronteras internacionales. En este caso con Canadá y México o aquellos como Florida o New York que están expuestos permanentemente a procesos internacionales. Las negociaciones internacionales del estado de La Florida con todos los estados latinoamericanos y del Caribe para obtener la sede institucional del ALCA para

Mapa físico-político de la Zona de Integración del Centro-Oeste Sudamericano



¹⁹ Cf. Ministerio de Relaciones de la República Argentina, Dirección General de Cooperación Internacional, Distribución de la Cooperación Técnica Internacional., 008.

²⁰ Constitución de la República Argentina, artículo 124.

²¹ Ibid, Art. 126.

²² Cf. Samuel Lucas McMillan, "Sub national Foreign Policy Actors: How and why Governors Participate in U.S. Foreign Policy. En: Foreign Policy Analysis (Volume 4, Issue 3, Page 227.253, July 2008.

Miami es un ejemplo emblemático de naturaleza política. En el ámbito multilateral, la expresión más importante de la diplomacia y la cooperación descentralizada en la región es la Zona de Integración del Centro Oeste Sudamericano (ZICOSUR). Se trata del primer foro internacional latinoamericano constituido exclusivamente por gobiernos subnacionales, con una dinámica participación empresarial (actor no estatal). Este foro está dirigido a propiciar la integración económica y física del centro oeste sudamericano, con la finalidad de propender al desarrollo sustentable de la subregión.

Zicosur se constituyó institucionalmente a través del Protocolo de Campo Grande, suscrito el 21 de noviembre del 2005. Conforme a su instrumento constitutivo, Zicosur es un foro de carácter internacional integrado por provincias de Argentina, estados de Brasil, departamentos de Bolivia y Paraguay y regiones de Chile. Su estructura de gobierno incluye un plenario de autoridades, integrado por gobernadores, prefectos e intendentes regionales, un comité coordinador de gobernadores y una secretaría ejecutiva pro tempore. Su agenda de trabajo es relevante y ambiciosa. Incluye el establecimiento de redes ferroviarias, viales e hidrovías que interconecten la región, el desarrollo del

potencial energético y la promoción de la inversión y el comercio. A ello se añaden metas específicas en el ámbito del desarrollo social, la preservación del medio ambiente, el turismo, la educación, y la cultura. La viabilidad del proyecto reside en el hecho que las vías ferroviarias y viales existentes ya aseguran el tránsito de personas y mercancías, de lo que se trata es de completarlas y extenderlas. Y ello es factible.

ZICOSUR, promueve, por otro lado, a partir de iniciativas del sector privado y los poderes públicos regionales la inserción competitiva de la subregión en el escenario internacional, el desarrollo del comercio exterior en los mercados regionales e internacionales. Entre sus metas de corto y mediano plazo se encuentran desarrollar el transporte multimodal, la utilización del Corredor Bioceánico Norte-Pacífico-Atlántico; la coordinación de esfuerzos para optimizar la capacidad de producción del norte argentino, la zona colindante de Paraguay, el sur de Bolivia, el sudoeste de Brasil y el norte de Chile, especialmente a través de los corredores bioceánicos. La utilización intensiva de los puertos de las regiones de Chile; y, la promoción de la interconexión de las hidrovías Paraguay-Paraná y Paraná-Tieté con la red de comunicaciones bioceánicas.

Un nuevo paradigma para las relaciones externas del Perú: incorporar en la política exterior los intereses de los gobiernos regionales y locales, promover y respaldar la diplomacia y cooperación descentralizada

En el caso del Perú, la descentralización de la política exterior fue objeto de una iniciativa temprana y precursora en 1991, la primera en la región. Ese año se produjo una reestructuración funcional del Ministerio de Relaciones Exteriores, en cuyo marco me correspondió proponer un esquema descentralizado de la elaboración y ejecución de la política exterior (antes del proceso de descentralización del estado,) a través de la creación e implementación al

interior del país de Direcciones Regionales del Ministerio de Relaciones Exteriores²³.

²³ A la época desempeñaba el cargo de Director de Planeamiento de la Cancillería peruana.

La idea central era incorporar a las autoridades y a las empresas regionales a la promoción y gestión de las relaciones económicas internacionales del Perú, incluida la cooperación internacional. El proyecto, sin embargo, no pudo ejecutarse debido a los estragos institucionales que causó el golpe militar del presidente Fujimori contra el congreso y la institucionalidad democrática en el país, así como por la resistencia de un sector de la burocracia a una iniciativa necesariamente innovadora.

Al año 2001, en un contexto nacional e internacional distinto, ya maduro para la iniciativa, la retomé. Primero como Vice Ministro de Relaciones Exteriores y luego como jefe de la diplomacia peruana. Se incorporó a la administración y gestión de la política exterior el enfoque de la diplomacia y la cooperación descentralizada. En esta ocasión de la mano del proceso de regionalización del país y con el respaldo de los funcionarios, ya abiertos a las nuevas tendencias de las relaciones internacionales contemporáneas. Entre el 2001 y el 2005 se crearon siete oficinas descentralizadas del Ministerio de Relaciones Exteriores en las regiones de Arequipa, Cusco, Iquitos, Piura, Puno, Tacna y Tumbes. Se otorgaron las facultades y competencias necesarias, por modificación legislativa, a la Dirección General de Coordinación de la Cancillería. La misma que asumió la responsabilidad de dirigir las acciones de diplomacia y cooperación descentralizada, en trabajo armonizado con la Dirección General de Desarrollo Fronterizo. Se incorporó al discurso de la política exterior las variables de la diplomacia descentralizada y la diplomacia social:

“Antes, pensábamos que la política exterior respondía exclusivamente al interés nacional, entendiéndolo por interés nacional el interés del Perú representado en el estado centralista. Una visión que, en la práctica, era la de una parte del Perú, la del Perú centralista, que no miraba hacia el interior de nuestras mayores riquezas sociales, culturales y poblacionales, que están, ciertamente, en las provincias, en las regiones, en el Perú profundo. En la globalización, los intereses nacionales son descentralizados. Ya no corresponden solamente al estado central deben incorporar los intereses y aspiraciones de los gobiernos regionales y locales y los de la sociedad civil. Por eso, cuando la Cancillería –el estado peruano– tiene que negociar en el exterior, el interés nacional no solo debe estar constituido por los intereses necesariamente temporales del gobierno,

sino comprender una amalgama de intereses amplios y plurales que corresponden a los gobiernos subnacionales. Un interés nacional que sintetice y concilie los intereses y aspiraciones de las regiones, los gobiernos provinciales y distritales, las empresas, las ONGs y las instituciones de la sociedad civil. Hoy tenemos esa visión descentralizada de la política exterior, hacia dentro y hacia fuera. Hacia fuera significa que no solo debemos relacionarnos con los estados sino también con los gobiernos federales y las regiones y gobiernos locales de otros países. Es el caso, por ejemplo, del acuerdo que suscribí con Roberto Formigoni Presidente de la región italiana de la Lombardía, para financiar un proyecto de modernización productiva y competitividad para la industria del calzado en Trujillo, como complemento a un acuerdo inicial de cooperación técnica suscrito por el propio presidente de la región el año 2002”²⁴

El año 2002 se concretó una de las primeras negociaciones de diplomacia descentralizada al suscribirse, con el apoyo y patrocinio de la Cancillería, el “Protocolo de Entendimiento de Cooperación en Calzados y Textiles” entre el Presidente de la Lombardía y el Presidente de la CTAR, Región La Libertad. A través de este instrumento jurídico se acordó la transferencia de conocimientos y experiencias de los pequeños y medianos industriales lombardos en el sector calzado, en el que poseen una calidad y competitividad mundial. El protocolo estableció diversas modalidades de cooperación en materia de innovación tecnológica y la promoción y en la elaboración de un programa de inversiones encaminado a facilitar proyectos que beneficien el desarrollo tecnológico regional²⁵.

De manera coherente el esquema de diplomacia y cooperación descentralizada se realizó un esfuerzo por incor-

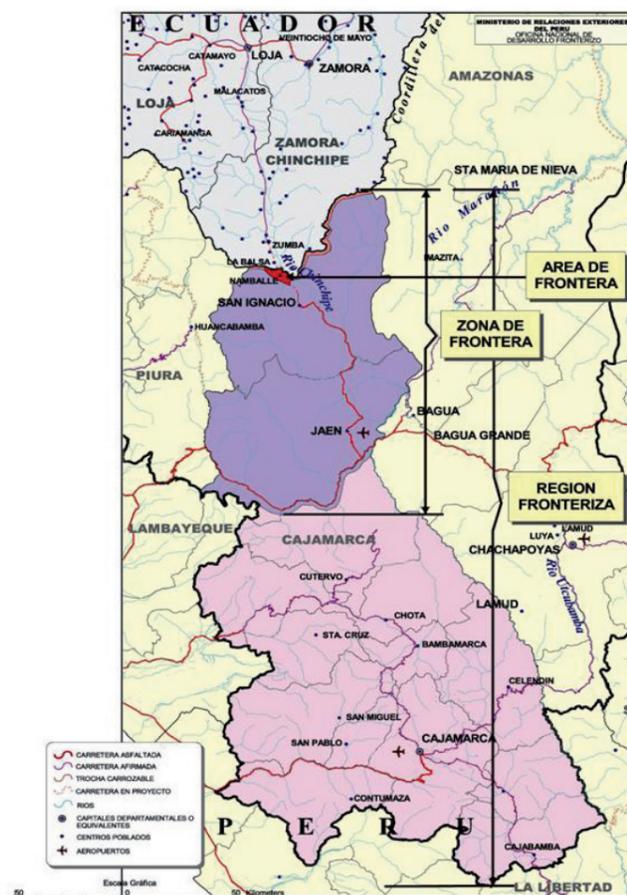
²⁴ Discurso del Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, embajador Manuel Rodríguez Cuadros, en la Municipalidad del Cusco, 14 de febrero 2005.

²⁵ Acuerdo entre la región de la Libertad del Perú y la región de Lombardía, Italia, suscrito el 21 de enero de 2002 en la ciudad de Milán, en: Ministerio de Relaciones Exteriores, Boletín Trimestral, 2002, enero-febrero, Vol. 1, Pág. 160. Lima, 2002.

parar a los gobiernos regionales en el manejo de la política exterior de las zonas de integración fronteriza, así como en la elaboración y ejecución de la estrategia nacional de desarrollo fronterizo 2004- 2021. Se complementó el concepto de frontera línea, de frontera "separación", que hace relación a las cuestiones de soberanía, con la noción de frontera zona, que pone énfasis en los intereses comunes, los problemas y aspiraciones compartidas y que posee las potencialidades de movilizar recursos compartidos para el desarrollo local, luchar contra la pobreza y el buen gobierno. Se elaboró la Estrategia de Desarrollo Fronterizo hasta el año 2021. Dentro del espacio fronterizo se diferenció el área de frontera (zona adyacente al límite fronterizo y por su relación de vecindad paso de frontera), la Zona de frontera, definida como una unidad geo-económica, con asentamientos y ejes físicos, económicos y humanos de articulación, espacio prioritario de las políticas de desarrollo, soporte de las áreas de frontera y nexos articulador con la región administrativa; y la región fronteriza, que constituye el ámbito subnacional de las estrategias y gestión del desarrollo (región, fronterizas, en el caso de la frontera norte: departamento)²⁶ El gráfico muestra la articulación de los diversos espacios fronterizos tomando como referencia la frontera Norte del Perú.

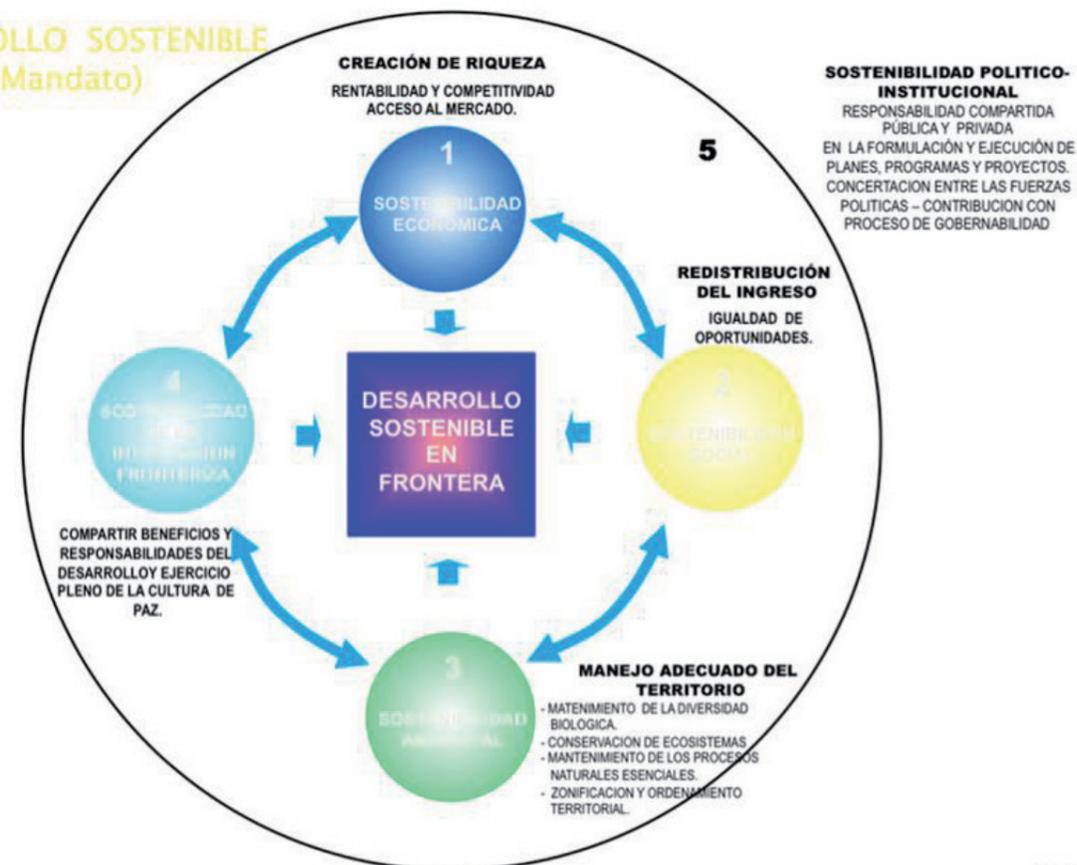
Dentro del enfoque de diplomacia y cooperación descentralizada, la estrategia nacional de desarrollo fronterizo identificó formalmente como actores de los procesos de desarrollo e integración vecinal en las áreas de fronteras, a:

- El gobierno nacional (Ministerio de Relaciones Exteriores, Consejo Nacional de Desarrollo fronterizo, los sectores de la administración pública y las Comisiones Macro-Regionales de Desarrollo Fronterizo;.
- Los gobiernos subnacionales (diez gobiernos regionales y 79 gobiernos locales).
- Los actores no estatales, representados por los gremios empresariales regionales, las cámaras de comercio, las universidades, las organizaciones no gubernamentales, las comunidades nativas y otras instituciones de la so-



La estrategia planteó articular a toda esta gama de pluralidad de actores en la elaboración y ejecución de una visión compartida del desarrollo sostenible en las áreas de frontera, asegurando la sostenibilidad económica, ambiental, política y de integración fronteriza, tanto en las políticas estrictamente nacionales, como en las externas y las bi o trinacionales. Los siguientes gráficos muestran la metodología utilizada para la elaboración de la estrategia:

METODOLOGIA
DESARROLLO SOSTENIBLE
(Mandato)



Nº 12

La estrategia incluye en su formulación de metas y políticas a cuatro ejes fundamentales: 1) El desarrollo sostenible con equidad en las zonas fronterizas. 2) El desarrollo de obras de infraestructura física, especialmente el transporte multimodal interno y el correspondiente a los ejes viales de interconexión bioceánica. 3) El fortalecimiento del proceso de integración fronteriza. 4) La organización territorial de las acciones de desarrollo. Se establecieron cinco áreas de integración fronteriza en las fronteras con el Ecuador, con Colombia, con Brasil, con Bolivia y con Chile. La importancia social, económica y política de las áreas de integración fronteriza se expresa cuantitativamente en algunas cifras básicas: la superficie territorial que comprenden las áreas de frontera equivale al 61% del territorio nacional, al 25 % de la población y al 16 % del PBI nacional.

La estrategia de desarrollo fronterizo, articulada a la diplomacia social y a la diplomacia y cooperación descentralizada, se ejecutó como parte de las relaciones limítrofes bilaterales y multilaterales.

²⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores, Estrategia Nacional de Desarrollo Fronterizo, Lima, 2004.



Con el Brasil se llevaron a cabo una serie de acciones de la mayor trascendencia vinculadas a los intereses o a la participación de los gobiernos regionales, así como a la satisfacción de aspiraciones y demandas de la población que no habían sido atendidas. Especialmente el establecimiento de la alianza estratégica entre ambos países, el acuerdo para interconectar sus mercados interfronterizos a través de los corredores bioceánicos y otras obras viales, la decisión interna del gobierno peruano de construir la carretera transoceánica con ramales en toda la macro región del Sur, la suscripción de un acuerdo de libre comercio en el marco de la ALADI y la puesta en práctica, por primera vez en la historia de las relaciones bilaterales, de políticas y acciones de diplomacia y cooperación descentralizada entre los gobiernos estatales de Amazonas, Acre, Rondonia y Rio Grande do Sul por la parte brasileña; y los gobiernos regionales de Ucayali, Iquitos, Madre de Dios, Cusco, Arequipa, Moquegua y Tacna, por el Perú. Los pre-

sidentes de estas regiones tuvieron una participación decisiva en el proceso que llevó al gobierno nacional a los acuerdos de integración con el Brasil y a la construcción de la carretera transoceánica.

El 22 de abril del 2004, por invitación del gobernador Jorge Viana, realicé una visita oficial al Estado del Acre. La primera presencia de un canciller peruano en el territorio de un gobierno subnacional del Brasil. La reunión dió lugar al primer encuentro de autoridades y empresarios del Acre y los gobiernos regionales de Ucayali, Arequipa, Puno y Moquegua. El gobernador Viana asistió con las más altas autoridades de su gobierno en materia de aduanas, agricultura, infraestructura, comercio y policía, pues nuestra intención era tomar decisiones. Como resultado de este primer encuentro de diplomacia y cooperación descentralizada, al más alto nivel, se adoptaron las siguientes decisiones:

1. El inicio de la construcción del puente binacional sobre el Río Acre, entre las localidades de Assis -Brasil e Iñapari en el Perú, con el financiamiento del Estado de Acre. Se acordó que los trabajos se inicien en los siguientes treinta días. La construcción significaba concretar un anhelo de las poblaciones fronterizas de ambos países, de sus empresarios y comerciantes, de la población y las autoridades.
2. El gobierno de Acre se comprometió a suministrar energía eléctrica a las poblaciones fronterizas peruanas, como el inicio de un programa de interconexión eléctrica.
3. Instalación de puertos secos en las ciudades de Río Branco e Iñapari hasta la instalación definitiva de un centro binacional de atención fronteriza. Esta medida estuvo dirigida a satisfacer la necesidad comercial y migratoria de contar alrededor del puente con los servicios aduaneros, sanitarios y de migraciones indispensables para facilitar el comercio y el tránsito de personas.
4. Para agilizar y promover el comercio agrícola, se acordó que las autoridades peruanas directamente verifiquen las condiciones sanitarias de los productos carnicos y derivados procedentes del Acre y que, en contrapartida, las autoridades estatales del Acre realicen directamente la certificación de productos vegetales y naturales provenientes del Perú.²⁷

El puente sobre el Río Acre fue construido a un costo de 12 millones de dólares por el gobierno de Acre e inaugurado por los presidentes Lula y Toledo el 21 de enero del 2006. Une las localidades de Iñapari (Perú) y Assis -Brasil y se conecta por el lado peruano con los mercados de Puerto Maldonado, Cusco, Juliaca y los puertos de Matarani e Ilo; y por el lado Brasileño al puerto de Santos en el Atlántico. En el sur del Perú se benefician más de cinco millones de personas con nuevas oportunidades comerciales, de inversión y turismo. Como ha señalado la Iniciativa para la integración de la infraestructura sudamericana (

IIRSA), el puente tiene "la función estratégica de abrir nuevas posibilidades para el desarrollo socioeconómico de la macro región Sur del Perú y los Estados de Acre y Rondonia del Brasil a través de su vinculación conjunta, y facilitar el acceso de dichos estados brasileños así como de la sierra y amazonía peruanas hacia los mercados internacionales, en especial de la Cuenca del Pacífico, impulsando así el proceso de integración regional"²⁸

Es una de las iniciativas de diplomacia y cooperación descentralizada más importantes realizadas en Sudamérica, entorno a la cual se llevó a cabo un dinámico proceso de encuentros descentralizados entre los gobiernos subnacionales del área de frontera y del propio gobierno peruano con las regiones concernidas.²⁹

Criterios de diplomacia descentralizada se aplicaron asimismo en las relaciones con Chile, alrededor de proyectos e intereses de las autoridades, empresarios e instituciones de cada lado de la frontera. Especialmente en relación a la promoción del turismo transfronterizo, el reemplazamiento de machas y el desarrollo de la acuicultura en la zona, acciones conjuntas de prevención del VIH/SIDA y la tuberculosis, el intercambio de información y experiencias entre las zonas francas de Tacna e Iquique y la efectiva puesta en práctica del transporte de pasajeros entre Tacna y Arica.

²⁷ Cf. Ministerio de Relaciones Exteriores, Nota de Prensa 207-04 del 26 de abril del 2004.

²⁸ Cf. Comunicado de prensa: www.acre.gov.br Nota de prensa IIRSA http://www.iirsa.org/BancoConocimiento/N/noticia_puente_sobre_rio_acre/noticia_puente_sobre_rio_acre.asp?CodIdioma=ESP&CodSeccion=19

²⁹ Entre otros, el Acta de intención para el desarrollo del eje comercial Pucallpa - Cruzeiro do Sul, suscrita el 12 de marzo del 2004 por el Gobernador del Estado de Acre, Jorge Viana y el Presidente de la Región Ucayali, Edwin Vásquez López; las reuniones de concertación que efectúe como canciller con las autoridades regionales y los empresarios de Ucayali, Arequipa y Puno el año 2004; la visita oficial que efectúe al Estado de Amazonas el 15 de septiembre del 2004; y, la gira que hicieron por el s autoridades, empresarios, inversionistas y periodistas del Estado de Mato Grosso a las ciudades de Puno, Arequipa, Moquegua y Tacna, entre el 16 y el 18 de febrero del 2005, encabezados por el gobernador del estado Blairo Borges Maggi.

Un exitosa iniciativa que provino del gobierno regional de Tacna y de las diversas instituciones de la sociedad civil fue la relativa a la supresión de visas en el tránsito de personas entre el Perú y Chile. Esta iniciativa regional fue negociada de gobierno a gobierno y se concretó a través del el "Acuerdo para el ingreso y tránsito de nacionales chilenos y peruanos en calidad de turistas con sólo documento de identidad", que negocié y suscribí en Lima con el Canciller Ignacio Walker, el 5 de julio del 2005. Entró en aplicación el 6 de agosto del mismo año. El tránsito sólo con documento de identidad ha facilitado la vida cotidiana de más de 10,000 personas que a diario cruzan de Tacna hacia Arica.

En la frontera con el Ecuador, la política de desarrollo regional fronterizo se concentró en la ejecución del Plan Binacional de Desarrollo de la Región Fronteriza Perú-Ecuador, que es una estrategia conjunta diseñada por Perú y Ecuador con la finalidad de desarrollar actividades y ejecutar proyectos que permitan integrar económicamente la región, acelerar su desarrollo productivo y social, y superar la situación de atraso respecto al resto de los territorios de ambos países.

La ejecución del Plan Binacional está prevista para un período de 10 años (2000-2009). La inversión se viene ejecutando en el marco de cuatro programas: programa binacional de proyectos de infraestructura social y productiva, con un monto referencial de US\$ 1,498 millones; programas nacionales, peruano y ecuatoriano, de construcción y mejoramiento de la infraestructura productiva en las regiones fronterizas con un costo de US\$ 400 millones; programas nacionales de construcción y mejoramiento de la infraestructura social y aspectos ambientales en las regiones fronterizas en el orden de US\$ 500 millones; y, programas de promoción de la inversión privada calculada en US\$ 602 millones. Entre los proyectos que se vienen ejecutando en el mismo Plan, están los relativos al reordenamiento y manejo de la cuenca binacional Catamayo-Chira; el manejo de la cuenca binacional Puyango-Tumbes; el Eje Vial N° 1 Huaquillas-Aguas Verdes y el proyecto de salud y desarrollo rural, financiados por España, el Banco Mundial, la Unión Europea e Italia, respectivamente.

El destino de los proyectos corresponde a un criterio definido de diplomacia descentralizada pues beneficia a la población del gobierno regional y los gobiernos locales, pero la gestión de los mismos no cuenta aun con la dirección y participación activa, directa y sistemática de los gobiernos subnacionales del norte del Perú. Es una tarea pendiente. Una de mis últimas decisiones como Ministro de Relaciones Exteriores fue dar un paso adelante en ese sentido y aprobé la norma legal que dispuso que la Oficina del Plan Binacional de Desarrollo- Capítulo Perú, que funciona inexplicablemente en Lima, se trasladara a Piura. Lamentablemente esta decisión se dejó de aplicar³⁰.

La estrategia de desarrollo e integración fronteriza con Colombia se focaliza en el proyecto binacional de desarrollo de la cuenca del río Putumayo, que abarca una extensión de 160,500 kilómetros cuadrados y está dirigido al manejo compartido de las actividades pesqueras y de los bosques Tarapacá y Flor de Agosto, con la finalidad de crear trabajo productivo y sustentable en beneficio de las poblaciones fronterizas

Con Bolivia, en una zona de integración que comprende a las regiones de Puno y Madre de Dios, se priorizó el manejo del Sistema Hídrico del Lago Titicaca, se transfirió al gobierno regional y a la autoridad autónoma las competencias y los recursos que aseguren una administración descentralizada. En la zona de integración fronteriza se identificaron 104 proyectos, los mismos que fueron entregados a Bolivia para su respectiva compatibilización con las iniciativas de ese país. Los principales ejes de acción identificados fueron: a) Eje vial multimodal (ferroviario, carretero y lacustre); b) Manejo y gestión de recursos hídricos, desarrollo integral de especies hidrobiológicas nativas e introducidas en el Lago Titicaca; c) Programa de transferencia tecnológica productiva y defensa del medio ambiente; d) Turismo (infraestructura, promoción y capacitación); f) Programas de servicios básicos (educación, salud y cultura); g) Fortalecimiento institucional para el desarrollo y la integración; y, h) Implementación del CEBAF – Desaguadero.

³⁰ Cf. Ministerio de Relaciones Exteriores, Nota de Prensa 500-04, 2004.

Con la finalidad de ordenar las acciones de diplomacia y cooperación descentralizada y dotarlas, al mismo tiempo, de un marco jurídico e institucional que les otorgue sostenibilidad, el 24 de noviembre del 2004 suscribí con los presidentes regionales de Arequipa, Daniel Vera Ballón; de Puno, David Jiménez Sardón; de Tacna Julio Alva Centurión y el Vicepresidente de la Región de Madre de Dios, José de la Rosa del Maestro Ríos, un convenio de cooperación interinstitucional entre la cancillería y la macro región del sur³¹. Un convenio análogo firmé el 4 de febrero del 2005 con la Presidenta Regional de Tumbes y Presidenta de la Secretaría Pro Tempore de la Junta de Coordinación Interegional del Norte y Oriente Rosa Medina Feijoo y los presidentes regionales de Lambayeque, Yehude Simon; de Piura, César Trelles; de Cajamarca, Juan Pita Gastelumendi; de San Martín, Max Ramírez García y el Vice-Presidente de la Región Amazonas, Rómulo Merino Izquierdo³².

Ambos instrumentos permiten "vincular la política exterior del Estado, con las necesidades de los gobiernos regionales y la realización de sus propias relaciones externas, así como con las empresas y las organizaciones de la sociedad civil de cada región, en un esfuerzo compartido y concertado de promoción de las exportaciones, las inversiones el turismo, así como para la captación de cooperación internacional a favor de estas regiones y pone a disposición de los gobiernos subnacionales las distintas dependencias de la cancillería, así como las embajadas y consulados del Perú para canalizar sus relaciones externas. Los convenios, finalmente, establecen el compromiso del Ministerio de Relaciones Exteriores y las regiones para impulsar con un enfoque descentralizado los acuerdos y programas de integración fronteriza³³". De manera complementaria la Cancillería puso a disposición de los gobiernos regionales los planes estratégicos de apoyo a la inserción internacional de los gobiernos regionales del Sur y el Nor Oriente.

³¹ Cf. Ministerio de Relaciones Exteriores, Nota de Prensa 574-04, de 24 de noviembre del 2004.

³² Cf. Ministerio de Relaciones Exteriores, Nota de Prensa 048-05 de 4 de febrero del 2005.

³³ *Ibid.*

En el ámbito multilateral se promovió y respaldó el relacionamiento externo de las regiones y gobiernos locales, especialmente su participación en la Red Interamericana de Desarrollo de Gobiernos Regionales, Locales y Participación Ciudadana (RIAD-OEA).

Estas son las primeras y principales líneas de acción que llevaron a cabo la cancillería peruana y los gobiernos regionales dentro del contexto de la diplomacia y la cooperación descentralizada. Fue un esfuerzo inicial con resultados concretos y que tuvo la virtud de crear un marco jurídico-institucional. Sin embargo este impulso se ha detenido desde julio del 2006 con la asunción del nuevo gobierno del Presidente Alan García. Es indispensable retomar el esfuerzo como una política de estado.

El encuadre conceptual y metodológico de la diplomacia y la cooperación descentralizada obliga a un cambio en la manera de elaborar y ejecutar la política exterior, que ha retomado una visión centralista. Esta es una tarea del gobierno. Pero, al mismo tiempo, los gobiernos regionales con autonomía deberían plantear la incorporación de los intereses, aspiraciones y requerimientos externos de sus estrategias de desarrollo en la elaboración y ejecución de la política exterior del estado.

Es indispensable, también, una presencia directa de los gobiernos regionales en todos los mecanismos institucionales de cooperación e integración fronteriza. Estos mecanismos, como por ejemplo la Comisión Mixta Permanente de Fronteras, la Comisión de Vecindad, los Comités técnicos bilaterales de facilitación del comercio, pesquería, asuntos indígenas, educación, salud, protección ecológica, energía y minas que existen en la relación bilateral fronteriza con el Ecuador, deberían contar con una representación directa – no marginal- del gobierno regional y los gobiernos locales concernidos. Y en todos los casos en los que las decisiones dependan básicamente de las competencias del gobierno regional, estos mecanismos, comisiones o grupos de trabajo deberían ser presididos o dirigidos por funcionarios regionales. No es razonable ni eficiente para una gestión en beneficio de la población y los proyectos de desarrollo económico y social en las zonas de frontera, que los gobiernos regionales no participen o lo hagan marginalmente en proyectos que impactan directamente en sus políticas de gobierno y en la vida diaria de la gente.

Los gobiernos regionales deberían asimismo elaborar y aprobar anualmente su propia demanda consolidada de cooperación para el desarrollo y cooperación descentralizada y negociar con la Agencia Peruana de Cooperación Internacional para su incorporación a la demanda nacional que negocia el gobierno central. La elaboración y negociación de los proyectos lo pueden hacer, también y es lo deseable, directamente los gobiernos regionales con las fuentes cooperantes gubernamentales y no gubernamentales.

Generar estas capacidades de gestión institucional internacional es particularmente importante en aquellas regiones que presentan los mayores índices de pobreza y pobreza extrema. Esto es más urgente aún si se tiene en cuenta que la mayor parte de la cooperación internacional que recibe el Perú no se destina a las regiones más pobres. Siendo el Perú un país de renta media baja la cooperación internacional no reembolsable disminuirá como tendencia, la manera de impedir o aliviar esta situación es justamente focalizando la cooperación en las poblaciones y regiones con mayor pobreza, pobreza extrema y desnutrición, como Ayacucho, Apurímac, Cusco y Puno y provincias de otras regiones que presentan indicadores similares a las de los países menos avanzados del África³⁴.

Del mismo modo, en todos los proyectos de cooperación internacional que se apliquen en la circunscripción territorial de las regiones, los gobiernos regionales, las ONG's regionales o las instituciones regionales concernidas deberían ser la contraparte de la fuente cooperante o constituir la entidad responsable de la ejecución de los proyectos. En todo caso no pueden seguir estando al margen de la gestión de dichos proyectos. Del total de proyectos de cooperación internacional que se ejecutan en el país a través de la Unión Europea en la circunscripción territorial de los gobiernos regionales (proyectos de impacto descentralizado por el destino de los recursos), en más del 85% los gobiernos regionales no son contrapartida u órgano de ejecución³⁵.

Otra tarea aún pendiente es un desarrollo más sistemático de las propias relaciones externas de los gobiernos regionales y locales, con otros gobiernos subnacionales, con gobiernos centrales, con organizaciones no gubernamentales, otras instituciones de la sociedad civil y con empresas extranjeras, especialmente aquellas que ejecutan proyectos de inversión en sus circunscripciones territoriales.

La diplomacia y la cooperación descentralizadas emerge de esta manera como un instrumento complementario a los esfuerzos de los gobiernos regionales en la elaboración y aplicación de sus estrategias y planes de desarrollo sustentable local con un enfoque de derechos humanos y cohesión social, a sus programas de lucha contra la pobreza, la desigualdad, la exclusión y la discriminación, a sus estrategias de promoción de las exportaciones, las inversiones y el turismo en los mercados regionales y locales, a la modernización y mejora de sus capacidades para elaborar proyectos, y sus acciones para empoderar derechos ciudadanos y, finalmente, al fortalecimiento de sus capacidades institucionales para el buen gobierno, la rendición de cuentas y la transparencia.

Para utilizar y aprovechar todo este potencial, los gobiernos regionales y locales deben fortalecer sus estructuras institucionales y funcionales en materia de relaciones externas y del relacionamiento con el gobierno central en el ámbito de la política exterior del estado. Es necesario que cuenten con gerencias o unidades de relaciones externas según sea el caso. Dotadas de los conocimientos, métodos y técnicas más modernas y adecuadas para el análisis de las variables externas, así como para la gestión de la negociación internacional, la captación de cooperación descentralizada, el relacionamiento institucional con otros gobiernos subnacionales extranjeros, la participación multilateral en las diversas organizaciones internacionales de gobiernos subnacionales, la promoción regional de las inversiones, el comercio y el turismo, la elaboración de proyectos y su ejecución con eficacia, transparencia y adecuada rendición de cuentas. Parece un interés manifiesto, por ejemplo, que la región Tacna y aún Arequipa negocien su incorporación a la Zona de Integración del Centro-Oeste Sudamericano ZICOSUR para no quedar al margen de un amplísimo mercado regional transfronterizo que se está formando con un formidable dinamismo.

Los gobiernos regionales y locales tienen el desafío de generar y consolidar esas capacidades institucionales para insertarse positivamente en la globalización y hacer de la diplomacia y la cooperación descentralizada no sólo un valioso instrumento complementario a sus estrategias de desarrollo sustentable con cohesión social, sino un factor de formación de capital social regional y local.

³⁴ Cf. APCI, *Situación y Tendencias de la Cooperación Internacional en el Perú*, Lima, 2004.

³⁵ Cf. *Matriz de la Cooperación de la Unión Europea con el Perú*, Delegación de la Comisión Europea en el Perú, Lima, 2006.

Casos presentados por Estados Latinoamericanos ante la Corte Internacional de Justicia

Giovanna Gismondi (*)

1. Caso relativo al Derecho de Asilo

Partes: Colombia c/ Perú

Fallo del 20 de Noviembre de 1950

Fuente: C.I.J. Recueil 1951, pág. 266

Los hechos materia de la controversia se generaron como consecuencia de una rebelión militar que estalló en el Perú el 3 de Octubre de 1948 la cual fue reprimida ese mismo día. Como consecuencia el gobierno peruano declaró fuera de la ley a la “Alianza Popular Revolucionaria Americana” (A.P.R.A.), acusando a sus dirigentes del delito de rebelión. El 25 de Octubre de 1948 se dictaron órdenes de arresto contra esos dirigentes, incluyendo al jefe del A.P.R.A., don Víctor Raúl Haya de la Torre. Poco después, un golpe militar reemplazó al Gobierno del Perú. Las nuevas autoridades declararon el estado de sitio y continuaron la persecución de los dirigentes apristas que se hallaban prófugos. El 3 de enero de 1949 Haya de la Torre se presentó a la Embajada de Colombia en Lima y solicitó asilo, que le fue otorgado. Al día siguiente el embajador colombiano notificó al gobierno peruano la decisión de conceder asilo a Haya de la Torre, de acuerdo con el art. 2,

párrafo 2, de la Convención de La Habana sobre asilo, de 1928, y solicitó un salvoconducto para que el asilado abandonara el país. Por nota subsiguiente, el mismo embajador informó al gobierno peruano que el Gobierno de Colombia había calificado a Haya de la Torre como asilado político, de acuerdo con el art. 2 de la Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933). El gobierno peruano objetó las facultades de Colombia para calificar unilateralmente el delito y, en consecuencia, rehusó extender el salvoconducto que se le solicitaba. Para solucionar la controversia ambos Estados suscribieron un compromiso, el 31 de agosto de 1949, llamado “Acta de Lima”, sometiendo la cuestión a la Corte.

En relación al derecho de calificar la naturaleza del delito a los fines del asilo, mediante una decisión obligatoria para el Perú, Colombia invocó la aplicación del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición y la Convención sobre Asilo de la Habana de 1928. La Corte señaló que en ambos acuerdos no se preveía norma explícita sobre calificación unilateral por el Estado asilante, por lo que rechazó tal argumento. Colombia también invocó la Convención de Montevideo de 1933 sobre Asilo Político. La Corte encontró que esta convención no podía serle opuesta al Perú,

(*) *Abogada, Universidad de Lima. Master en International Legal Studies (ILS), Georgetown University, USA. Profesora, School of International and Area Studies (SIAS); Profesora Adjunta, College of Law, University of Oklahoma, USA.*

pues éste no la ratificó. Finalmente, Colombia también baso sus argumentos en el “Derecho internacional americano en general”, indicando la existencia de una costumbre regional o local peculiar a los estados latinoamericanos. En opinión de la Corte, el examen de los tratados presentados por Colombia como prueba de la práctica revelaba, o que nada tenían que ver con la cuestión, o no contenían disposiciones sobre la regla de calificación unilateral, o no fueron ratificados por Perú. Consecuentemente, no podía deducirse de ello ninguna práctica uniforme y constante aceptada como derecho. Por ello, la Corte no pudo admitir que Colombia tuviera el derecho a calificar la naturaleza del delito por una decisión unilateral, definitiva y obligatoria para el Perú.

En relación a la demanda de reconvencción presentada por el Perú la cual se basa en la prohibición contenida en el inc. 1º de la Convención de La Habana de conceder asilo a “personas acusadas o condenadas por delitos comunes, la Corte determino que el Perú no había probado que los actos que se le imputaban a Haya de la Torre constituyeran delitos comunes. Por ello, la Corte considero mal fundada la reconvencción en este punto. La Corte también concluyo que, al momento de otorgarse el asilo, no existía el peligro inminente o urgencia de acuerdo con la Convención de 1928 ya que Haya de la Torre se asiló tres meses después de fracasada la rebelión militar. Consecuentemente, la Corte declaro que el otorgamiento de asilo por el Gobierno de Colombia a Víctor Raúl Haya de la Torre no se realizó de conformidad con el art. 2º, pº. 2º, de la Convención de la Habana.

PEDIDO DE INTREPRETACION DE LA SENTENCIA DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1950

Partes: Colombia c/ Perú
Fallo del 27 de Noviembre de 1950
Fuente: C.I.J. Recueil 1950, pág. 395

El mismo día de conocerse la sentencia en el “Caso del Asilo” (20 de Noviembre de 1950), Colombia solicitó a la Corte la aclaración de esa sentencia señalando su voluntad de cumplir con ella pero indicando que contenía ciertas lagunas que hacían imposible su ejecución. La primera pregunta giraba en torno a la calificación hecha por

el embajador colombiano en relación al delito atribuido a Haya de la Torre, de si esta fue correcta y, en consecuencia, si debía atribuirse efecto legal a esa calificación. La Corte estimo que ese punto no le fue planteado en el curso del proceso, por lo cual no podría aclarar un tema que no había resuelto. La segunda pregunta era la relativa a la entrega de Haya de la Torre. Es decir si el gobierno peruano no estaba autorizado a pedir la entrega del asilado y que, en consecuencia, el gobierno colombiano no estaba obligado a entregarlo, ni aún en el caso que le fuere solicitado. La Corte declaro que la sentencia del 20 de Noviembre de 1950 no se refiere al tema, ya que no le fue planteado en el proceso y que las “lagunas” que Colombia cree advertir en la sentencia son, en realidad, cuestiones nuevas que no pueden resolverse por vía aclaratoria. En efecto, solo se le sometió la cuestión, en términos abstractos y generales, del derecho que correspondería a Colombia, como Estado asilante, de calificar el delito, y si su decisión debería ser obligatoria para el Perú.

Finalmente, la Corte encuentra que el hecho que una parte estime oscura una sentencia, mientras la contraparte la halle perfectamente clara, no puede considerarse como un diferendo en el sentido del art. 60 del Estatuto. A decir de la Corte, un diferendo implica una divergencia de puntos de vista sobre asuntos concretos, como lo indica el art. 79, pº. 2º, del Reglamento al establecer que el pedido de aclaratoria debe contener “la indicación precisa del o los puntos controvertidos”. Esta condición no se lleno en el sub examine, y la fecha misma en que Colombia ha recurrido a la Corte demuestra que ese diferendo no podría haberse producido de manera alguna. Por todo ello, la Corte por 12 votos contra 1 declaro inadmisble el recurso de aclaratoria de la sentencia del 20 de Noviembre de 1950, planteado ese mismo día por el Gobierno de Colombia.

CASO HAYA DE LA TORRE

Partes: Colombia c/ Perú
Fallo del 13 de Junio de 1951
Fuente: C.I.J. Recueil 1951, pág. 71

Después del fallo emitido el 20 de noviembre de 1950, el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú pidió al encargado de Negocios de Colombia en Lima la entrega del

refugiado señalando que el asilo concedido a Haya de la Torre debía haber terminado inmediatamente después de la sentencia del 20 de Noviembre de 1950. Por nota del 6 de Diciembre de 1950, el ministro de Relaciones Exteriores de Colombia rehusó acceder al pedido peruano. Planteada así la controversia, Colombia la presento a la Corte el 13 de Diciembre de 1950. La Corte concluyo, por 13 votos contra 1, que Colombia no estaba obligada a entregar a Haya de la Torre a las autoridades peruanas; y por unanimidad, que el asilo debía haber cesado una vez pronunciado el fallo del 20 de noviembre de 1950. La Corte agrego

que no había contradicción entre ambas disposiciones, ya que la entrega del refugiado no era la única manera de poner fin al asilo. La Corte señalo que no podía dar consejos prácticos sobre los métodos que convendría seguir para poner fin al asilo, pues si lo hiciera se apartaría de su función judicial. Sin embargo, podía presumirse que las Partes estaban ahora en condiciones de hallar una solución satisfactoria al problema.

2. Caso NOTTEBOHM (*Excepción preliminar*)

Partes: Liechtenstein c/ Guatemala
Fallo del 18 de Noviembre de 1953
Fuente: C.I.J. Recueil 1953, pág. 111

Friedrich Nottebohm nació en Hamburgo (Alemania) el 26 de Septiembre de 1881, lo cual le confirió nacionalidad alemana. En 1905 se instaló en Guatemala y allí desarrolló actividades comerciales, aunque conservó relaciones familiares y mercantiles con Alemania y con Liechtenstein, donde residía uno de sus hermanos desde 1931. En abril de 1939, poco antes de estallar la Segunda Guerra Mundial, visitó Alemania. En Octubre del mismo año, viajó a Liechtenstein y solicitó su naturalización en ese país, la cual le fue concedida el 13 de Octubre de 1939, extendiéndosele un pasaporte. Pidió entonces visa guatemalteca para regresar a Guatemala, viajando en 1940. En Guatemala se registró su cambio de nacionalidad en el Registro de Extranjeros y en su documento de identidad, otorgándosele certificado por el Registro Civil guatemalteco. En 1943, atento el estado de guerra con Alemania, Nottebohm fue arrestado y entregado a las autoridades norteamericanas, siendo internado en los Estados Unidos de América durante dos años y tres meses, por su calidad de ciudadano de país enemigo. Al ser liberado en 1946, Nottebohm trató de regresar a Guatemala, siéndole negada

la entrada. En 1949 sus bienes en Guatemala fueron confiscados.

En tales circunstancias Liechtenstein inició en 1951 un proceso ante la Corte contra Guatemala, reclamando reparación y compensación. Liechtenstein baso la competencia de la Corte en la aceptación de ambas partes de la clausula facultativa de jurisdicción obligatoria de la Corte, realizada por Guatemala mediante Declaración del 27 de enero de 1947 y por Liechtenstein por Declaración del 29 de marzo de 1950. Guatemala planteó una excepción preliminar a la competencia de la Corte, en una comunicación dirigida al Tribunal el 9 de Septiembre de 1952. La excepción se fundamentaba en el hecho que la Declaración guatemalteca, había sido realizada por un plazo de cinco años, venciendo en consecuencia el 26 de enero de 1952, luego de presentada la demanda por la parte demandante. La Corte debía determinar si la expiración de la Declaración de Guatemala, tenía como consecuencia privar a la Corte de su competencia. La Corte estableció que si bien la Declaración terminaría a los cinco años, nada se decía en

ella respecto de los asuntos que pudieran ser sometidos a la Corte antes de la expiración de ese término. A decir de la Corte, “es la demanda de un estado la que permite poner en funcionamiento la cláusula de jurisdicción obligatoria... cumplida esa condición la Corte debe conocer de la demanda y su competencia no desaparece por la aparición de hechos exteriores, como sería la caducidad ulterior de la Declaración”. Por ello, la Corte, por unanimidad rechazó la excepción preliminar planteada por el Gobierno de Guatemala.

CASO NOTTEBOHM (Segunda fase)

Partes: Liechtenstein c/ Guatemala
Fallo del 6 de Abril de 1955
Fuente: C.I.J. Recueil 1955, pág. 4

Liechtenstein reclama compensación de Guatemala por los actos contrarios al Derecho Internacional efectuados por el Gobierno de este país contra la persona y bienes de Friedrich Nottebohm. La cuestión sometida a la Corte es la admisibilidad de la reclamación de Liechtenstein por cuenta de Nottebohm. Según la CIJ, cuando una cuestión de esta naturaleza es sometida a un árbitro internacional, éste debe determinar entre las dos nacionalidades contrapuestas cuál posee plenos efectos. Para ello hace prevalecer la nacionalidad efectiva, la que concuerda con la situación de hecho. Los elementos que se consideran son diversos y varían en cada caso: el domicilio del interesado posee gran importancia, pero también la tiene la sede de sus intereses,

sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, sus conexiones con el país, manifestadas por él e inculcadas a sus hijos, etcétera. Esta es igualmente la tendencia que domina la doctrina de los publicistas y la práctica de los estados. En ella se inspira el art. 3 párrafo 2 del Estatuto de la Corte. Los hechos esenciales son los siguientes: Nottebohm es de nacionalidad alemana y ha conservado relaciones familiares y comerciales con Alemania. Durante treinta y cuatro años ha vivido en Guatemala, donde ha ejercido sus actividades, y donde se sitúa la sede principal de sus intereses. Allí permaneció, hasta ser alejado como medida de guerra en 1943. Trató de regresar y se quejó de Guatemala por no haberlo readmitido. En contraste, sus vínculos con Liechtenstein eran extremadamente tenues. Al tiempo de su naturalización estaba de visita en ese país. No tuvo intención alguna de establecerse en ese lugar, sino, por el contrario, regreso a Guatemala con intención manifiesta de quedarse en ella. Tampoco tuvo intención de transferir todo o parte de sus intereses y negocios a Liechtenstein. Esos hechos establecen claramente, por una parte, la ausencia de todo vínculo entre Nottebohm y Liechtenstein y, por otra, la existencia de un vínculo antiguo y estrecho entre él y Guatemala, vínculo que la naturalización no debilitó. Guatemala no está obligada, en consecuencia, a reconocer una nacionalidad así otorgada. En consecuencia Liechtenstein no está capacitado para proteger a Nottebohm respecto de Guatemala. Por ello, la Corte declaró por 11 votos contra 3, inadmisibles la demanda presentada por el Gobierno del Principado de Liechtenstein.

3. Caso Antártida

Partes: Reino Unido c/ Argentina, Chile
Status: Archivado
Fuente: C.I.J. Recueil 1956, pág. 12/ C.I.J. Recueil 1956, pág. 15

El 4 de Mayo de 1955 el Reino Unido demandó a Argentina ante la Corte Internacional de Justicia por sus dife-

rencias en relación a la soberanía sobre ciertos territorios Antárticos y sub-Antárticos. La disputa entre ambos países se centro en torno a la Dependencias de las islas Malvinas que comprende las islas Georgia, Orkney, Shetland y Sándwich del Sur. El Reino Unido solicitó a la Corte que reconociera la validez de sus títulos soberanos sobre tales islas que datan de entre 1775 y 1843, fecha en que las islas

fueron descubiertas por la Corona Británica. Dicho descubrimiento fue seguido por actos de ocupación y administración en nombre del Reino Unido. Por consiguiente, el Gobierno Británico solicitó a la Corte declarar que las pretensiones de Argentina eran contrarias al Derecho Internacional. Ese mismo día, el Reino Unido instituyó un procedimiento legal ante la Corte contra Chile por invadir territorios en la Antártida que el Reino Unido considera caen dentro de su soberanía. Los territorios en disputa entre estos países se refieren a la isla Shetland y Graham

Land, los cuales forman parte de las Dependencias de las islas Malvinas.

En su demanda el Reino Unido solicitó a ambos Estados que aceptasen por una declaración general o especial la jurisdicción del Tribunal en razón de que esta gozaba de competencia para conocer sobre litigios de esta naturaleza. Sin embargo, ninguno de los accionados aceptó someter el conflicto a la Corte. El 16 de marzo de 1956 la Corte dispuso su archivo.

4. Laudo Arbitral emitido por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906, sobre la determinación de la frontera entre Honduras y Nicaragua

Partes: Honduras c/ Nicaragua
Fallo del 18 de Noviembre de 1960
Fuente: C.I.J. Recueil 1960, pág. 192

El presente caso fue instituido por Honduras contra Nicaragua mediante una demanda presentada ante la Corte en julio de 1958. Honduras solicitó a la Corte que fallara a su favor y declarara que Nicaragua estaba obligada a cumplir el Laudo Arbitral emitido por el Rey de España en 1906. De conformidad con el Tratado Gámez-Bonilla de 1894, el trabajo de demarcación de la frontera entre ambos países sería encargado a una Comisión Mixta conformada por miembros de ambos países. Dicho Tratado establecía que los puntos que la Comisión no hubiera resuelto serían sometidos al fallo de un tribunal arbitral. La Comisión mixta no pudo llegar a un acuerdo en el tramo comprendido entre los puntos Portillo de Teotecacinte y la costa del Atlántico. Fue entonces que el Rey de España emitió un laudo arbitral fijando el río Coco como el límite correspondiente.

La posición de Nicaragua era que la decisión del Rey de España no tenía el carácter de laudo arbitral obligatorio y, en todo caso, su ejecución era imposible por contener contradicciones y omisiones. Nicaragua solicitó, además, que la Corte declarase nula la designación del Rey de España ya que tal designación no se había sujetado a las re-

glas establecidas por el Tratado Gámez-Bonilla. Finalmente, Nicaragua alegaba que el tratado había caducado antes de que el Rey de España aceptara la misión de árbitro. Por 14 votos contra 1, la Corte declaró que el laudo arbitral era válido y obligatorio para las partes. La Corte fundamentó su decisión en el hecho que Nicaragua había aceptado la designación del Rey de España y participado plenamente del procedimiento arbitral y que además había reconocido durante décadas como aplicable dicho laudo. Consecuentemente, Nicaragua ya no podía retractar dicho reconocimiento. La Corte también sostuvo que la evaluación de los documentos y demás pruebas es discrecional del árbitro y no podía ser impugnada por lo que no encontró error alguno que viciara la decisión del Rey.

5. Caso de las actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua

Partes: Nicaragua c/ Estados Unidos

Fallo del 27 de Junio de 1986

Fuente: C.I.J. Recueil 1986, pág. 14

El 19 de Abril de 1984 el embajador de Nicaragua en Holanda presento ante la CIJ una demanda contra los Estados Unidos, solicitando que ese Tribunal declarase la responsabilidad del citado Estado por actividades militares y paramilitares realizadas en Nicaragua y contra ésta por la llamada, Fuerza Democrática Nicaragüense y la Alianza Revolucionaria Democrática, generalmente denominados «la Contra». Efectivamente, con la finalidad de derrocar al entonces gobierno marxista del Frente Sandinista de Liberación Nacional, la Contra actuó bajo el apoyo y la colaboración de los Estados Unidos.

En el fondo del asunto, la CIJ rechazo la justificación de legítima defensa colectiva invocada por Estados Unidos. La Corte concluyo que al entrenar, armar, equipar, financiar, y abastecer a las fuerzas “contras”, Estados Unidos

había infringido el Derecho Internacional. Más específicamente, la Corte encontró que este país había actuado en violación de su obligación según el derecho internacional consuetudinario de 1) no usar fuerza contra otro Estado, 2) no intervenir en sus asuntos, 3) no violar su soberanía y 4) de no interrumpir el comercio marítimo pacífico. Entre otros puntos, la CIJ decidió que los Estados Unidos debía indemnizar a la República de Nicaragua por todos los perjuicios causados a este país los cuales se estimaron en 17 millones de dólares. La Corte estableció que el monto de la indemnización, a falta de acuerdo de las partes, sería determinado por la Corte para lo cual reservaba un procedimiento ulterior al caso. En 1991, Nicaragua informo a la Corte que no deseaba continuar el procedimiento y el caso fue removido de la lista.

6. Asunto relativo a las Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua c/ Costa Rica)

Partes: Nicaragua c/ Costa Rica

Status: archivado

Fuente: C.I.J. Recueil 1987, pág. 182

El 28 de Julio de 1986 Nicaragua presento una demanda ante la Corte alegando que Costa Rica organizaba, asistía, fomentaba y toleraba actos de fuerza armada en y contra el territorio de Nicaragua llevados a cabo por la banda armada de contra-revolucionarios conocida como “la Contra”. La demanda alegaba que desde 1981 Nicaragua había obtenido las primeras informaciones so-

bre la presencia de la Contra en territorio Costarricense la cual operaba con el apoyo norteamericano. Varios incidentes se registraron hasta que en el año 1982 las partes decidieron crear una Comisión Mixta con la finalidad de investigar y denunciar tales ataques. Nicaragua alega que los ataques se intensificaron en número desde aquella fecha sin que el gobierno de Costa Rica tomara ningún

tipo de acción en el asunto.

Nicaragua baso la jurisdicción de la Corte en el art. XXXI del Pacto de Bogotá y en las Declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte hechas por ambas Repúblicas de conformidad con el art. 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La demanda solicitaba a la Corte que declarase que la conducta de

Costa Rica había violado el Derecho Internacional y que requiriera a dicho gobierno el cese de tales actividades. Nicaragua también solicito a la Corte que ordenara a Costa Rica el pago de una compensación por todos los daños causados en su territorio. En Agosto de 1987, Nicaragua notifico a la Corte su deseo de discontinuar el caso por los que la Corte procedió a remover el caso de la lista.

7. Asunto relativo a las Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua c/ Honduras)

Partes: Nicaragua c/ Honduras

Status: archivado

Fuente: C.I.J. Recueil 1992, pág. 222

El 28 de Julio de 1986, la República de Nicaragua presentó ante la Corte una demanda que iniciaba un procedimiento legal contra Honduras en relación a una controversia sobre actividades de bandas armadas (la Contra) que operaban desde Honduras, sobre la frontera entre ambos países centroamericanos y en territorio nicaragüense. Nicaragua fundamento la competencia de la Corte en el art. XXXI del Pacto de Bogotá (1948) y la Declaración efectuada por ambas partes de conformidad con el párrafo 1 y 2 del art. 36 del Estatuto de la Corte. El 29 de Agosto de 1986, el Ministro de Relaciones Exteriores de Honduras informo a la Corte que era la posición de su Gobierno que la Corte carecía de jurisdicción para conocer el presente caso pues la concesión de competencia conforme al art. XXXI del Pacto debía estar complementada con una Declaración de aceptación que Honduras nunca efectuó y, segundo, porque Honduras había retirado su aceptación de la cláusula facultativa, el 22 de mayo de 1986. Ambas posiciones fueron rechazadas por la CIJ. En el primer caso, la Corte considero que la interpretación hecha por Honduras era incompatible con los términos del Pacto. La Corte llego a la conclusión de que, cuando un solicitante invoca tanto el Pacto de Bogotá y la cláusula facultativa, es el Pacto de Bogotá, en calidad de *lex specialis*, el que se debe aplicar o, en otras palabras, es determinante y concluyente. El hecho

que Honduras haya retirado su aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte en nada afecta la jurisdicción de la Corte de conformidad con el Pacto de Bogotá pues se trata de compromisos autónomos. Consecuentemente, la Corte declaro tener jurisdicción para decidir el caso. El 11 de Mayo de 1992, Nicaragua informo a la Corte, que desistía de su reclamación. Nicaragua decidió retirar el caso de la Corte luego que los países del área firmaran el acuerdo conocido como “Esquipulas II” de agosto de 1987 que puso fin a los conflictos de la región.

8. Diferendo fronterizo Terrestre, Insular y Marítimo, entre El Salvador y Honduras (Nicaragua parte interviniente).

*Partes: El Salvador c/ Honduras
Fallo del 11 de Septiembre de 1992
Fuente: C.I.J. Recueil 1992, pág. 351*

Este caso se refiere a la disputa de tierras, islas, y frontera marítima entre El Salvador y Honduras. En 1986 las partes de común acuerdo se comprometieron en someter tal diferendo a la decisión de la CIJ. En 1989, la República de Nicaragua depositó una demanda de intervención en el caso, por considerar, de acuerdo con el artículo 62 del Estatuto de la Corte, que poseía un interés de orden jurídico en el diferendo, y que podría ser afectado por la decisión del litigio. La Corte admitió la intervención de Nicaragua, pero únicamente circunscrita a la decisión que dictaría sobre el régimen jurídico de las aguas del golfo de Fonseca.

La controversia sometida a la Corte se componía de tres elementos: frontera terrestre, situación jurídica de las islas (golfo de Fonseca), situación jurídica de los espacios marítimos. En relación a la frontera terrestre, la Corte estableció que los segmentos de la frontera entre El Salvador y Honduras habían sido definidos por el Tratado de Paz de 1980 y que consecuentemente constituía la frontera legal. Las partes convenían en que el principio *uti possidetis juris* debía ser de aplicación para cubrir aquellos aspectos no claramente definidos por el Tratado. Para Honduras, la norma de derecho internacional aplicable era simplemente el *uti possidetis juris*. Por el contrario, El Salvador rechazaba enérgicamente que el solo derecho aplicable fuera el emanado del principio *uti possidetis juris*, ya que debería tomarse en cuenta, a la par de éste, lo que denominaba como “argumentos de carácter humano” o “efectividades” internacionales. En cuanto a la relación que guardan los “títulos” con las “efectividades”, la Corte aclaró que en el caso en que el hecho no corresponda al derecho, en donde el territorio objeto del diferendo es administrado efectivamente por otro Estado que aquel que posee el título jurídico; hay que dar preferencia al titular del título. En la eventualidad en que la “efectividad” no coexista con nin-

gún título jurídico, entonces ésta debe inevitablemente ser tomada en consideración. Finalmente, hay casos en que el título jurídico no es capaz de mostrar de manera precisa la extensión territorial que se reivindica. Las “efectividades” pueden, en estos casos, desempeñar un papel esencial para indicar cómo el título debe ser interpretado en la práctica. El fallo otorgó a Honduras 311,6 km² y a El Salvador 134,9 km².

En el caso de las islas en litigio, la posesión efectiva basada en la aquiescencia de las Partes tuvo una gran significancia ya que los documentos históricos de la época colonial eran confusos y contradictorios; es decir, que la práctica de los estados posterior a la independencia fue tomada como definitiva. A El Salvador fueron concedidas las islas de Meanguera (de la cual Meanguerita no es sino una dependencia), y a Honduras fue concedida la isla El Tigre. En lo relativo al diferendo marítimo, la CIJ confirmó la decisión de la Corte de Justicia Centro Americana de 1917, en el sentido que el Golfo de Fonseca poseía la calidad de bahía histórica. La CIJ también determinó que los estados ribereños en dichas aguas estaban sometidos a un régimen *sui generis* de condominio o soberanía conjunta ante la necesidad de asegurar el goce del derecho de paso o acceso a partir del océano. Finalmente, la Corte estableció que tales Estados tenían el derecho a una mar territorial, plataforma continental y una zona económica exclusiva en el área ubicada al exterior de las líneas de demarcación de conformidad con sus proyecciones nacionales.

PEDIDO DE REVISION DE SENTENCIA DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1992

*Fallo de 18 de Diciembre de 2003
Fuente: C.I.J. Recueil 2003, pág. 392*

El 10 de setiembre de 2002, el Salvador presentó una petición de revisión de la sentencia emitida por la Corte el 11 de Setiembre de 1992, de conformidad con el art. 61 del Estatuto de la CIJ. Este recurso de revisión se concentra en el ex bolsón de Goascorán, el cual –según El Salvador– a mediados de mil ochocientos cambió su curso abruptamente a la posición que presenta actualmente. Según El Salvador, este elemento era desconocido al momento en que la Corte dictó sentencia para delimitar la frontera con Honduras en 1992. Para fundamentar su posición, El Salvador presentó como evidencia un “carta esférica” del Golfo de

Fonseca hecho alrededor de 1796, elaborada por los navegantes del bergantín “El Activo”, comandado por el español Salvador Meléndez y Bruna. La Corte desestimó tales alegatos y encontró relevante la conducta de los estados después de 1821. La Corte recordó a las partes que en su decisión de 1992 había establecido que “el principio de *uti possidetis* era susceptible de modificación como resultado de la conducta entre las partes después de la independencia”. Consecuentemente, la Corte concluye que esos dos hechos son irrelevantes, es decir, factores no decisivos

9. Caso relativo a la convención de Viena sobre Relaciones Consulares

*Partes: Paraguay c/ los Estados Unidos
Status: archivado
Fuente: C.I.J. Recueil 1998, pág. 426*

Este caso se refiere a la demanda presentada el 3 de abril de 1998 por la República del Paraguay contra los Estados Unidos por su presunta violación de la Convención de Viena sobre relaciones Consulares (1963). La controversia se centra en torno al caso del Sr. Ángel Francisco Breard, nacional paraguayo declarado culpable de asesinato y sujeto a la pena de muerte en el estado de Virginia, Estados Unidos. La CIJ estableció su jurisdicción de conformidad con el art. 1 del Protocolo Facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la Solución de Controversias de 1969.

Paraguay fundamentó su demanda ante la CIJ en el hecho que las autoridades responsables no informaron a Breard inmediatamente después de su detención de su derecho a ponerse en contacto con su consulado, de conformidad con lo establecido en el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De esta manera Paraguay no pudo velar por la protección de los intereses de su nacional en territorio estadounidense. La ejecución de Breard fue llevada a cabo el 14 de abril de 1998 pese a las medidas provisionales dictadas por la CIJ según la cual la ejecución debía aplazarse hasta que esta institución adop-

tase una decisión definitiva. El 10 de noviembre de 1998, la CIJ dictó una providencia, a petición del Paraguay, en la que se sobreescribían las actuaciones y se eliminaba el caso de la lista de la Corte.

10. Diferendo Territorial Marítimo entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe.

Partes: Nicaragua c/ Honduras
Fallo del 8 de Octubre de 2007
Fuente: C.I.J. Recueil 2007, pág. 120

El 8 de Diciembre de 1999 Nicaragua entablo una demanda contra Honduras, en la cual solicitaba a la Corte de La Haya que “determine mediante una frontera marítima única” los espacios de mar territorial, la plataforma continental y las respectivas zonas económicas exclusivas pertenecientes respectivamente a Nicaragua y Honduras que cubre una superficie de aprox. 130,000 km² en el mar Caribe. En el año 2001 se agregó a la demanda el tema relativo a la cuestión de soberanía sobre cuatro cayos o pequeñas islas. Como fundamento de la competencia de la Corte, Nicaragua invocó el artículo XXXI del Tratado



Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá de 1948), así como las declaraciones efectuadas en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte conforme a las cuales ambos estados aceptaron la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Honduras sostenía en su demanda ante la Corte que su frontera marítima sea trazada de conformidad a lo estable-

cido en el Laudo Arbitral de 1906, la cual hace referencia a la desembocadura del río Coco como frontera terrestre entre ambos países. Honduras consideraba que “existe de hecho una línea de delimitación que se extiende hacia el este en línea recta siguiendo el paralelo de latitud desde el punto fijado en la desembocadura del río Coco”. Nicaragua, por su lado, alegaba que “durante decenios había mantenido la posición que su frontera marítima con Honduras en el Caribe no se había determinado”, y que la referencia al límite terrestre en el Laudo Arbitral no determinaba necesariamente la existencia de un límite marítimo. Adicionalmente, Nicaragua sostenía que debido a la compleja delimitación de la costa el punto de inicio de la frontera marítima no podía estar en la costa, sino en un punto distante por lo menos a tres millas, lo que generaba bilateralmente la necesidad de definir el trazo entre el punto de inicio de la frontera terrestre con aquél que marcaba el inicio de la frontera marítima.

La Corte decidió por unanimidad que Honduras retenía soberanía sobre los cayos Bobel, Savanna, Port Royal y South en el Caribe debido a su posesión histórica (*uti possidetis*). Pese a reconocer que el Laudo arbitral establece una delimitación territorial, la Corte estableció el límite marítimo en las coordenadas 15° 00' 52" N y 83° 05' 58" O. Adicionalmente, la Corte hizo la salvedad que por tratarse de una zona del mar Caribe en el que existe un buen número de cayos o islas, que tales formaciones marítimas podían influenciar el trazado de la línea de frontera, privilegiando al final la “bisectriz”, luego de demostrar la imposibilidad de construir una línea de equidistancia. La Corte rechazó la posición de Honduras de trazar el límite marítimo a través de un paralelo geográfico.

11. Diferendo Territorial Marítimo entre Nicaragua y Colombia

Partes: Nicaragua c/ Colombia
Status: Pendiente
Fuente: General List N. 124, 2001

El 6 de Diciembre del 2001, Nicaragua presentó una demanda contra Colombia por discrepancias “respecto a la soberanía sobre un territorio y la delimitación marítima entre las partes en el Caribe occidental. Nicaragua basó la jurisdicción de la Corte en el Artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (1948), conocido como “Pacto de Bogotá”, del que Nicaragua y Colombia son partes. En su demanda, Nicaragua pidió a la Corte: “Primero, ... reconocer que Nicaragua tiene soberanía sobre las islas de Providencia, San Andrés y Santa Catalina y todas las islas y cayos anexos, así como sobre los Cayos Roncador, Serrana, Serranilla y Quitasueño; segundo, ... se pide también a la Corte que determine el trazado de un límite marítimo entre las plataformas continentales y las zonas económicas exclusivas de Nicaragua y Colombia.” Adicionalmente, Nicaragua solicitó a la Corte declarar, que el Tratado Esguerra-Barcenas de 1928 que fijó los límites entre ambos países, adolecía de nulidad ya que Nicaragua se encontraba bajo ocupación militar por los Estados Unidos al momento de su ratificación; agregando que aun cuando la Corte declarase su validez, dicho Tratado no hacía referencia a las islas, cayos y otras formaciones marítimas en disputa entre las partes. Nicaragua indicó, además, que “se reserva el derecho de pedir una indemnización por el enriquecimiento injusto resultante de la posesión de Colombia, que no tenía título sobre las islas de San Andrés y Providencia, ni tampoco sobre los cayos y el espacio marítimo hasta el meridiano 82.” Nicaragua también se reserva, “el derecho de pedir una indemnización por interferencia con las embarcaciones pesqueras de nacionalidad nicaragüense y los barcos con matrícula de Nicaragua.”

El 21 de julio del 2003, dentro del plazo fijado para la presentación de su contra-memoria, Colombia planteó

excepciones preliminares a la jurisdicción de la Corte. Colombia alegaba que la Corte no tenía competencia para conocer de la controversia ya que el tema relativo a la delimitación se hallaba regido por el tratado Barcenas-Esguerra, tratado válido y en vigor entre las partes a la fecha de la conclusión del Pacto de Bogotá. Consecuentemente, la Corte debía declarar “terminada” la controversia presentada por Nicaragua en aplicación del art. VI de dicho Pacto. En su decisión de Diciembre del 2007, la CIJ dictó resolución sobre las excepciones preliminares aceptando la excepción de incompetencia en lo que se refiere a la soberanía de las islas de San Andrés, Providencia, y Santa Catalina ya que – a decir de la Corte- el Tratado Barcenas-Esguerra estableció la soberanía de Colombia sobre ellas. Adicionalmente, la Corte consideró que era competente en el diferendo relativo a la delimitación marítima y a la soberanía de las otras formaciones marítimas reivindicadas por las partes las cuales no fueron cubiertas por el Tratado de 1928. El caso se encuentra actualmente pendiente de decisión.

12. Avena y otros nacionales Mexicanos

Partes: México c/ Estados Unidos
Fallo del 31 de Marzo de 2004
Fuente: C.I.J. Recueil 2004, pág. 12

El 19 de Enero del 2003 México planteó ante la Corte un litigio contra los Estados Unidos sobre la situación de 54 nacionales mexicanos condenados a la pena de muerte en este último país por cometer crímenes en territorio estadounidense. Los ciudadanos mexicanos habían sido hallados culpables en las distintas instancias jurisdiccionales locales y federales de los Estados Unidos. Sin embargo, los nacionales mexicanos no fueron informados de sus derechos a ponerse en contacto con su consulado y se les condenó sin notificar inmediatamente a la oficina consular correspondiente la detención en violación del art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. La CIJ, en un caso similar, Alemania contra Estados Unidos (2001), había resuelto que los Estados Unidos había «infringido sus obligaciones para con Alemania y para con los hermanos LaGrand según la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares» al no haber informado a los ciudadanos alemanes Karl y Walter LaGrand inmediatamente después de su detención de su derecho a ponerse en contacto con su consulado.

Tanto México como los Estados Unidos son parte del Estatuto de la Corte, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, así como de su Protocolo Facultativo sobre Jurisdicción Obligatoria para la solución de Controversias que acompaña a la Convención. Las cuestiones relativas a la interpretación del art. 36 caen consecuentemente dentro de la jurisdicción de la CIJ. En el año 2004, la CIJ dictaminó en el caso Avena -en forma definitiva e inapelable- en contra los Estados Unidos y decretó que este había violado la Convención de Viena al no informar a estos 54 ciudadanos mexicanos “sin dilación” de sus derechos de contactar a los funcionarios de su consulado después de ejecutada la detención. La Corte también hayo responsable a los Estados Unidos por no haber notificado al puesto consular correspondiente sin dilación de la

detención y por haber privado a México del derecho de brindar oportunamente la asistencia prevista en la Convención de Viena. Finalmente, la Corte ordenó a los Estados Unidos “proveer, por medios de su propia elección, una revisión y reconsideración de los veredictos de culpabilidad pronunciados y de las penas dictadas contra los nacionales mexicanos en suelo de ese país”.

En el año 2005, Estados Unidos comunicó su decisión de denunciar el Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares relativo a la Resolución Obligatoria de Disputas, que es el instrumento jurídico que permite a la Corte Internacional de Justicia interpretar y aplicar las disposiciones de dicho tratado.

PEDIDO DE INTERPRETACION DE LA SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2004

Fallo del 19 de Enero de 2009
Fuente: C.I.J. General List N. 130, 2009

México, con base en el artículo 60 del Estatuto de la CIJ, pidió a este órgano una interpretación sobre el alcance del párrafo 153 (9) de la sentencia del caso Avena y otros nacionales mexicanos de 2004. En dicho párrafo se especifican las reparaciones que Estados Unidos debía hacer frente a la violación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. México solicitó, a la par, medidas cautelares para que los nacionales mexicanos no fueran ejecutados, mientras el fallo de la Corte se encontrara pendiente. A pesar de las medidas cautelares dictadas por la Corte, instancias judiciales del estado de Texas, Estados Unidos, llevaron a cabo la sentencia de pena de muerte contra José Ernesto Medellín.

En relación al fondo del asunto, la Corte resolvió, por once votos a favor y uno en contra, que no delimitaría el alcance del fallo Avena, ya que, de acuerdo al artículo 60 del Estatuto, para que se interprete una sentencia, tiene que haber una disputa, y en este caso, no pudieron ser comprobados los puntos específicos en disputa sobre la implementación del fallo, aunque la Corte tomó nota del permanente

carácter obligatorio de la sentencia. Finalmente, de manera unánime se estipuló que Estados Unidos había violado la orden de medidas provisionales –al no haber tomado las acciones necesarias para impedir la ejecución de Medellín–, aunque se rechazó la petición de México que Estados Unidos proporcionara garantías de no repetición.

13. Disputa sobre derechos de navegación y relacionados en el Río San Juan

Partes: Costa Rica c/ Nicaragua
Fallo del 13 de Julio del 2009
Fuente: C.I.J. General List N. 133, 2009

El 29 de Septiembre de 2005, Costa Rica interpuso una demanda contra Nicaragua en el marco de una controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos de Costa Rica sobre el río San Juan. Las diferencias entre ambos países se centran en la interpretación del Tratado Cañas-Jerez, acuerdo que suscribieron las partes en 1858 y que otorgó a Nicaragua la soberanía sobre el río pero cedió a Costa Rica el derecho de navegación y otros derechos relacionados. Costa Rica sostenía que tales derechos habían sido confirmados e interpretados mediante 1) el laudo arbitral emitido por el Sr. Grover Cleveland, Presidente de los Estados Unidos de América, el 28 de marzo de 1888, 2) el fallo de la Corte Centroamericana de Justicia de 1916 y, 3) el “Convenio suplementario del artículo IV del Pacto de la Amistad de 1949. Como fundamento de la competencia de la Corte, Costa Rica invocó las Declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte efectuadas por las partes con arreglo al párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto, el Acuerdo Tovar-Caldera, firmado por las partes el 26 de septiembre del 2002 y el art. XXXI del Pacto de Bogotá de 1948.

La Corte falló a favor de Costa Rica el día 13 de julio del 2009 otorgándole derechos de navegación sobre el Río San Juan consagrados en instrumentos internacionales. En su sentencia, la CIJ ratificó que Costa Rica podía ejercer la libre navegación con fines comerciales, incluyendo el

turismo y el transporte de personas, sin que Nicaragua pudiera cobrar tasas o requerir visados o permisos a aquellas personas. Sin embargo, la Corte negó a Costa Rica el derecho a la navegación de naves que desempeñen funciones policiales. Además, reconoció el derecho de Nicaragua de parar naves costarricenses en el primer y último puesto de control a lo largo de la ruta del río San Juan, de requerir que las personas que naveguen en el río porten algún tipo de identificación y de imponer horarios de navegación sobre el río. Asimismo, la Corte remarcó el derecho que tienen los habitantes de la zona a navegar sin restricciones entre



las comunidades ribereñas con el fin de satisfacer sus necesidades esenciales y el derecho a la pesca de subsistencia desde la ribera costarricense del río San Juan. Finalmente, la Corte confirió a Costa Rica el derecho de navegar con

embarcaciones oficiales para brindar servicios básicos a los habitantes de la zona.

14. Plantas de Celulosa en el Río Uruguay

Partes: Argentina c/ Uruguay

Status: Pendiente

Fuente: C.I.J. General List N. 135, 2006.

Este caso se refiere a la demanda planteada por Argentina contra Uruguay, el 4 de Mayo del 2006, por presuntas infracciones al Estatuto del Río Uruguay; tratado que ambos países firmaron en 1975 y que regula el uso, actividades y conservación del río Uruguay que constituye frontera en común entre ambos países. El litigio tiene su origen en la construcción de dos plantas de producción de pulpa de celulosa para la industria del papel cerca a las aguas binacionales del Río Uruguay. En su demanda Argentina acusó al Gobierno del Uruguay de haber autorizado tales obras en forma unilateral sin cumplir con el procedimiento obligatorio de consulta y notificación previa. Dichas plantas estarían ubicadas en la población uruguaya de Fray Bentos, sobre el margen Este del Río Uruguay.

suspenda la construcción de las plantas hasta que la Corte falle sobre la materia de fondo; y el segundo, para que ciudadanos argentinos –principalmente militares y grupos ecologistas - cesen de bloquear los puentes internacionales en señal de protesta contra la construcción de las fabricas. En el año 2007, la Corte resolvió que “en las actuales circunstancias del proceso no había mérito para adoptar ninguna de las medidas provisionales solicitadas por una y otra parte por no encontrar que haya un riesgo inminente de perjuicio irreparable”. La cuestión de fondo se encuentra pendiente ante la Corte.

Argentina, utilizando el mecanismo previsto en el art. 60 del Estatuto del Río Uruguay recurrió a la CIJ para que se dictamine sobre su presunta violación. En su demanda Argentina alega que estas plantas representan una amenaza para el río y su entorno y pueden perjudicar la calidad de las aguas del río y ocasionar daños transfronterizos. Por ello, Argentina solicitó a la Corte realizar un estudio de impacto ambiental mediante partes ajenas al conflicto. El Uruguay sostiene que no hay evidencias objetivas de daños ambientales previsibles y que la tecnología a emplear es la mejor disponible, contemplada en tratados con la Argentina y las regulaciones medioambientales. Tanto Argentina como Uruguay solicitaron a la Corte la adopción de medidas provisionales, la primera para obtener que se

15. Controversia Marítima (Perú c/Chile)

Partes: Perú c/ Chile

Status: Pendiente

Fuente: CIJ, General List N. 137, 2008

El 16 de Enero de 2008, el Perú presentó una demanda contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en relación a un diferendo marítimo en sus costas del Océano Pacífico. El Perú basó la competencia de la Corte en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) de 1948 del que Perú y Chile son partes.

La controversia marítima entre el Perú y Chile comprende tres desacuerdos. El primero es el diferendo limítrofe propiamente ya que las proyecciones de las áreas marítimas de 200 millas que corresponden a ambos países se superponen en un área de más de 67,000 Km². La posición del Perú es que en ausencia de una “lex specialis” (un tratado que haya establecido los límites marítimos) esta área de superposición debe dividirse en principio a través de una línea equidistante conforme a las reglas aplicables del derecho internacional consuetudinario. Chile sostiene que el método del paralelo es el aplicable para dividir ambas áreas marinas.

El segundo desacuerdo es el relativo al punto de inicio de la frontera marítima. El Perú considera que éste se inicia - conforme al derecho internacional- en un punto denominado Concordia, ubicado en la orilla del mar en la coordenada de latitud sur 18 21 '08" S. Chile por su parte sostiene que el punto de inicio de la frontera marítima es el que corresponde al hito 1 de la frontera terrestre, al interior del territorio peruano, en un punto seco, en el paralelo 18 21 '00". Es decir, Chile alega la existencia de un límite a través del paralelo que pasa por la coordenada de latitud sur 18 21 00', el mismo que habría sido reconocido por ambas partes en la Declaración de Santiago de 1952 y el Convenio sobre zona Fronteriza Marítima Especial de 1954, así como por la ulterior práctica que se deriva de la conducta de los estados. El Perú considera ambos acuerdos

como convenios de pesca y no tratados de límites.

El tercer componente de la controversia es el diferendo en torno a un área de más de 28,000 km², ubicada fuera del espacio que comprende la controversia de límites marítimos y al margen de la zona de pretensión máxima de la proyección marítima de Chile. El gobierno de Chile considera ese espacio marino como alta mar reivindicado para sí la tesis del mar presencial, conforme a la cual ejerce facultades de explotación económica preferencial, regulación medio ambiental y ciertas jurisdicciones de carácter judicial. El Perú considera dicha franja como parte de su dominio marítimo debido a la proyección de sus líneas de base. El proceso se encuentra en su fase inicial.

16. Aspersión Aérea de Herbicida (Ecuador c/Colombia)

Partes: Ecuador c/Colombia

Status: Pendiente

Fuente: C.I.J., General List N. 138, 2008

Este caso se refiere al proceso iniciado por Ecuador contra Colombia por las fumigaciones aéreas con herbicida tóxico realizadas por Colombia. Ecuador argumenta en su demanda que tales aspersiones son realizadas por Colombia en lugares ubicados cerca de la frontera, la frontera propiamente dicha y del otro lado de su frontera con el Ecuador y han ocasionado serios daños a las personas, cultivos, animales y al medio ambiente en dicho país. Colombia señala que el objetivo de tales fumigaciones es la de erradicar los cultivos de coca y amapola, difundidos en buena parte del territorio colombiano.

Ecuador basó la jurisdicción de la Corte en virtud del artículo XXXI del Pacto de Bogotá de 1948 y el artículo 32 de la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 del que ambos países son Estados partes. En su demanda Ecuador pide a la Corte que ordene a Colombia

respete la soberanía y la integridad territorial del Ecuador y prohíba el uso, por medio de aspersiones aéreas, de dichos herbicidas en o cerca de cualquier parte de su frontera con el Ecuador. Igualmente Ecuador solicita que se le indemnice por el daño causado, refiriéndose en sus alegatos a las muertes o problemas de salud generados, los daños o pérdidas de propiedades, y el daño causado a los recursos naturales y al medio ambiente.

Ecuador presentó su demanda contra Colombia el 31 de marzo de 2008 y su memoria documental dentro del año siguiente. Colombia tendrá el plazo de un año, hasta el 29 de marzo del 2010, para que presente su contra-memoria, después de lo cual Ecuador tiene el derecho de réplica y el país vecino de duplica, antes de pasar a la fase oral del caso, tras la cual se dictara la sentencia.