

LAS ACCIONES PREVENTIVAS POR DAÑOS CUMULATIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

SAMUEL FERNÁNDEZ ILLANES*

RESUMEN: Algunos importantes Profesores de Derecho Penal han enunciado la existencia de delitos cumulativos, aunque cada uno de ellos no tenga penalidad, o ésta sea mínima; pero que su acumulación genera responsabilidad, la que debería ser sancionada, en protección de los intereses de las generaciones futuras. Ejemplifican con aquellos delitos contra el medio ambiente, mediante casos de polución paulatina y sistemática. Para ellos, debería existir una responsabilidad no sólo individual sino colectiva, lo que penalmente todavía se discute. Este trabajo aborda dicha tesis, no aceptada unánimemente por el Derecho Penal, pero que sin embargo no constituye novedad para el Derecho Internacional Público, al existir la Seguridad Colectiva en las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad puede aplicar, aun preventivamente, medidas de solución pacífica de controversias de un conflicto eventual y futuro, si amenaza la Paz y Seguridad Internacionales. El punto es analizado, además, en relación a los Crímenes Internacionales y a la Responsabilidad Internacional.

* Abogado, Embajador (r). Magíster (c) en Derecho Constitucional y Derechos Codificados. Profesor de Derecho Internacional Público Universidad Mayor, Universidad Central, Universidad de Las Américas, Universidad Pedro del Valdivia. Profesor de Relaciones Internacionales y de Derecho y Práctica Diplomática de la Academia Diplomática de Chile. Profesor de Negociaciones Internacionales del Magíster en Relaciones Internacionales, Instituto de Ciencia Política, Universidad Católica de Chile. < samuelferi@gmail.com >.

ABSTRACT: Some important Criminal law teachers have enunciated the existence of cumulative crimes, though each of them does not have punishment, or this one is minimal; but that its accumulation generates responsibility, which it should be sanctioned, in protection of the interests of the future generations. They exemplify with those against the Environment, by means of cases of gradual and systematic pollution. For them, a responsibility should exist not only individual, also collective, which still is discussed. This work approaches the above mentioned thesis, not accepted unanimously by the Criminal law, but that nevertheless, it does not constitute an innovation for the Public international law, because the Collective Security exists in the United Nations. The Security Council can apply, still preventively, pacific solution measures for an eventual and future conflict, if it threatens the International Peace and Security. The point is analyzed, in addition, in relation to the International Crimes and to the International Responsibility.

PALABRAS CLAVES: Delitos cumulativos penales – responsabilidad internacional – responsabilidad penal – seguridad colectiva internacional

KEY WORDS: cumulative penal crimes - international responsibility - penal responsibility - collective international security

Diversos autores europeos han abordado, tanto desde el punto de vista del Derecho Penal, como aplicable al Derecho del Medio Ambiente, la teoría de la responsabilidad por daños cumulativos, así como la necesidad de adoptar medidas preventivas al respecto. Es el caso del Profesor Rafael ALCÁCER, en su Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. En un artículo publicado en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*¹, se formula dos preguntas desafiantes: si el Derecho Penal debe estar llamado a proteger los intereses de las generaciones futuras; y si, independientemente de la respuesta dada, puede acomodarse esa protección a las estructuras de imputación esenciales del Derecho Penal, en cuanto a lo protegido, como al ámbito de la imputación.

Ciertamente, reconoce que podría parecer extraño para la doctrina clásica penalizar acciones teniendo como bien jurídico protegido los intereses potenciales futuros. Sin embargo, argumenta: *“en cuanto entorno funcional del que depende el mismo disfrute de los intereses personales, el medio ambiente*

¹ Alcácer (2002).

aparece, indudablemente, como un interés digno de protección ya de cara a las generaciones presentes".² Su respuesta a la primera interrogante es, evidentemente, que el Derecho Penal, en la medida en que protege el bien jurídico medio ambiente, protege de hecho los intereses de las generaciones futuras. Y añade que *"no es preciso siquiera un peligro abstracto y actual para los intereses individuales, sino que bastará con que pueda concluirse una prognosis de la realización futura de conductas similares por terceras personas, y que la suma de ellas alcance poder destructivo del medio ambiente, para que la conducta realizada, en sí insignificante, sea objeto de reproche penal"*.³ Vale decir, a su juicio, estamos frente a estructuras de imputación atípicas, o frente a una *nueva dogmática penal*, como las define. En otras palabras, lo sostenido está en contradicción de algunos principios clásicos del Derecho Penal, como el de proporcionalidad entre el grado de lo injusto y la sanción.

Alude a modo de ejemplo al caso de la contaminación mínima, pero persistente en el tiempo, de las aguas, por menoscabo de las acciones y normas protectoras, lo que llevaría a la contaminación definitiva e irreversible, de dichas aguas. Lo que debería ser penado.

En apoyo señala: *"El fundamento del deber surge, entonces, no debido a la relación negativa de la acción realizada con el bien, sino a una vinculación positiva y previa entre el agente y la institución, vinculación basada en la solidaridad en cuanto expresión de un mundo en común y, por tanto, en el deber de sus miembros de mantener la continuidad sin cambios de la institución"*.⁴

Dos puntos más son abordados en su publicación, y que resumo. El medio ambiente es digno de ser protegido no por tener derechos que la Naturaleza no tiene (si bien hay movimientos ecologistas que lo sostienen), sino para la supervivencia humana; y la manera de hacerlo es mediante los *daños cumulativos*, en protección no de un actor individual, sino colectivo y con una responsabilidad igualmente colectiva. Cita lo dispuesto por las normas españolas del Código Penal que exigen *"perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales"*, que a su juicio no es correcto, porque plantea problemas de aplicación cuantitativos. Por lo que se inclina por la *"tesis de la dependencia, la exigencia de un peligro para la vida o salud de las*

² Idem., p. 2.

³ Idem., p. 9.

⁴ Idem., p. 17.

*personas”, que “permitirá establecer un espectro de distintos grados de riesgo para las mismas”.*⁵

La lectura del Trabajo del Profesor ALCÁCER, así como en línea concordante, la del Profesor Dr. Roland HEFENDEHL, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Dresden (Alemania), en su artículo *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes Jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*,⁶ nos permiten, en buena medida, vincularlos a materias propias del Derecho Internacional Público, y que igualmente, han dado lugar a debates doctrinarios y prácticos.

Pueden ser muchos y variados los factores de conexión entre ambas disciplinas, pero procuraré centrar este trabajo en un punto particular, donde resulta, a mi parecer, mucho más evidente la comparación legal entre: el bien jurídico colectivo, para el Derecho Penal, y la Seguridad Colectiva, para el Derecho Internacional Público. Y para ambos, en uno de sus aspectos principales: los riesgos preventivos futuros.

Para el Profesor ALCÁCER, corresponde al Derecho Penal el proteger, legítimamente, no sólo contra quienes resultan responsables en la comisión de algún ilícito actual penalmente sancionado, sino que también *“los riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaces de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras”*. Lo que citando a Hans JONAS y su obra: *El principio de responsabilidad*, señala que: *“el obrar humano adquiere con ello un alcance causal sin precedentes, orientado a un futuro todavía incierto, pero de tintes catastróficos”*. Unido a lo anterior, estaría en que el riesgo, *“ha adquirido una tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad”*, según el Profesor SILVA SÁNCHEZ, también citado por ALCÁCER.⁷

En este punto, y retomando el trabajo de Hans JONAS, a su juicio se debe desarrollar una *ética orientada al futuro* y una *conciencia de solidaridad*. Un punto difícil de extender, como lo reconocen, automáticamente a tales presupuestos, desde la ciencia del Derecho Penal, fundada básicamente, entre otros, en un bien protegido jurídicamente, y en una sanción individual imputable penalmente; y sus reglas de causalidad, culpabilidad y responsabilidad, materia que ALCÁCER analiza desde los llamados *daños cumulativos*, y que para desarrollarla se adentra en el Derecho Penal del Medio Ambiente.

⁵ Idem., p. 6.

⁶ Hefendehl (2001) pp. 147-158.

⁷ Alcácer (2002) p. 7.

Por su parte, el Profesor HEFENDEHL analiza los *delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos*, y alude igualmente, a los tipos penales que protegen el medio ambiente, entre otros; como también profundiza sobre el concepto de *bien jurídico protegido*. Una vez más, constata que resulta menos difícil referirse a los bienes jurídicos individuales o personales, que a los colectivos o universales desde el punto de vista del Derecho Penal, y que el autor analiza, según la estructura del delito, en tres tipos: delitos de lesión, delitos de peligro concreto, y delitos de peligro abstracto. Concluye, que el Derecho Penal, quizá “*debe ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos*”. Una vez más, se refiere a los efectos contaminantes del medio ambiente, que paulatinamente y por acumulación, polucionan causando un grave perjuicio futuro.⁸

El Profesor HEFENDEHL, luego de analizar en lo que es funcional al respecto, señala que el legislador no ha quedado inmóvil en la llamada sociedad de riesgo, y en la necesidad de “*augmentar las barreras de protección a estadios anteriores al de la acción típica*”.

Como estos comentarios no están dirigidos a reproducir las argumentaciones penales de los autores mencionados, permítaseme enfocar estos asuntos desde el punto de vista del Derecho Internacional, aunque sin pretender agotar un tema sumamente vasto y a veces, difícil. Tampoco es mi intención derivarlo al tema del Medio Ambiente, y la razón es práctica, pues el nuevo Derecho Internacional Ambiental se ha plasmado en cerca de mil instrumentos internacionales vigentes y novedosos que están vinculados por áreas específicas de protección y reglamentación, optándose por un enfoque casuístico. Estas áreas son, entre otras, la biodiversidad; la atmósfera; la conservación, protección y desarrollo de los recursos; las sustancias tóxicas peligrosas; y variados asuntos generales, por citar los más esenciales. Como sabemos, además, el Derecho Ambiental está íntimamente relacionado con lo que hagan los seres humanos y obedece a los Principios de Precaución y Protección, siendo el primero de ellos claramente preventivo o anticipativo. Así se ha pactado en los variados acuerdos internacionales vigentes. Eso sí, en la medida en que las partes lo han determinado para los casos particulares que cada acuerdo contempla.

Por lo tanto, procuraré reseñar cómo, para el Derecho Internacional, existe lo que se ha denominado *Seguridad Colectiva*, como respuesta a los

⁸ Hefendehl (2001) p. 1.

riesgos, actuales o potenciales futuros, que la Comunidad Internacional puede enfrentar y que atentan al bien jurídico esencial de nuestros días: La Paz.

EL BIEN JURÍDICO COLECTIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y SUS NUEVAS PROYECCIONES

Se ha definido a la Seguridad Colectiva como un mecanismo institucional de acción conjunta, mediante el cual todos los Estados que lo integran se comprometen a contrarrestar toda agresión que afecta cualquiera de ellos, y que se intente mediante el empleo de la fuerza concertada, en contra del agresor.⁹

Al respecto, y a lo largo del desarrollo progresivo de esta rama del derecho, hay que consignar que el bien jurídico de la paz internacional sólo ha logrado afianzarse como esencial en los últimos años. Por mucho tiempo, el derecho a la guerra se consideró como un atributo de la soberanía de los Estados y una opción legítima de sus autoridades. Es así como todo estudio histórico, por lo general, comprende los principales hechos bélicos de los países. Sus generales victoriosos son venerados y recordados en estatuas y monumentos en mayor medida que sus próceres civiles.

Por su parte, como es sabido, el Derecho de la Guerra fue objeto de largos análisis y reglamentaciones por el Derecho Internacional, distinguiéndose más tardíamente sólo entre guerras justas e injustas. Sólo luego de horrosas experiencias bélicas, se fue afianzando y progresando el Derecho a la Paz. Primero, como uno paralelo al derecho a la guerra, para luego alcanzar la total prioridad actual y desplazar totalmente al anterior. Es decir, en la guerra, la necesidad no elimina las obligaciones y prohibiciones resultantes del Derecho de guerra.

Para ello, el Derecho Internacional debió reglamentar de manera precisa, el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, así como el riesgo de su amenaza. Se pueden citar como señeras la *Convención Drago-Porter* (1907), que prohibió el uso de la fuerza para el cobro de deudas de los países (caso Venezuela); el *Pacto de la Sociedad de las Naciones* (1919), aunque persistió en distinguir las guerras lícitas de las ilícitas, con una breve moratoria de tres meses para declararla; y finalmente, el primer instrumento internacional que proscribió definitivamente el recurso a la guerra: el Pacto de París sobre renuncia a la guerra, o *Pacto Briand-Kellogg* (1928).

⁹ Gamboa y Fernández (2008).

Este Pacto marca un momento fundamental para la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, ya que obtuvo más adhesiones que la propia Sociedad de las Naciones; y además, afianzó el deber de solucionar pacíficamente las controversias internacionales, como corolario necesario al no uso de la fuerza o de su amenaza, como obligación correlativa.

Dichos instrumentos, entre muchos otros posteriores, por desgracia, no impidieron la Segunda Guerra Mundial ni las conflagraciones que persisten hasta nuestros días. Pero al fin de dicha guerra y con la creación de las Naciones Unidas (1945), se reconoce universalmente la plena vigencia de su Carta como base fundamental sobre la que se asienta el Derecho Internacional moderno. Es precisamente en esta Carta donde se consagra la Seguridad Colectiva.

En consecuencia, la seguridad de los Estados puede ser individual, mediante la legítima defensa; o bien colectiva, sea mediante acuerdos de defensa mutua (ejemplo: la OTAN), o en que la Comunidad Internacional, asociada en la Organización, asume la defensa y protección del o de los Estados amenazados por el riesgo, futuro o potencial, así como actual e inminente, de una agresión interna o externa, o ante una acción bélica, por uno o más Estados, contra uno o más países.

Su objetivo es la seguridad de todos, estén o no directamente involucrados en dicha agresión. El enemigo, igualmente también es común, ante cualquier amenaza, quebrantamiento o agresión de la paz como bien jurídico esencial. Por lo tanto, estamos frente a una evolución significativa, tanto del bien protegido como de la sanción aplicable.

Para comprender mejor esta nueva realidad jurídica, hay que considerar, simultáneamente, las tres áreas del derecho que han evolucionado para hacer realidad la Seguridad Colectiva, y analizar brevemente cada una de ellas y su situación actual: I. La guerra; II. Los crímenes internacionales; y III. La responsabilidad internacional.

I. La guerra

Sus múltiples normas y reglamentaciones siempre formaron parte del Derecho Internacional clásico, pero ahora ha sido restringido como acción excepcional, además de calificarse como Crimen Internacional a quienes la practican ilegítimamente en violación del mismo derecho, los que a su vez son responsables y, por ende, deben ser sancionados. Ciertamente no son las únicas consecuencias, pues cada una de ellas se relaciona entre sí, y también

con otras áreas que igualmente han progresado. En cada caso procuraremos concordarlas someramente.

El Derecho a la Guerra comenzó a discutirse doctrinariamente desde la Edad Media. En el período anterior, no era más que un derecho de los soberanos que ejercían cuando y donde quisieran. Autores como SAN AGUSTÍN (530), Isídoro DE SEVILLA (560 a 636), Santo Tomás DE AQUINO (1225 a 1274), en sus obras principales, la permiten como venganza, por justicia, como castigo, como defensa, como conquista, como evangelización, u otros motivos.

Sólo en la medida en que el Derecho Internacional se desarrolla como disciplina jurídica propia, siguiendo el nacimiento de las Escuelas, como la Iusnaturalista (Francisco DE VITORIA, 1486 a 1546 y su obra *De Iure Belli*, o Francisco DE SUÁREZ, 1548 a 1617, o Domingo DE SOTO, 1553) y de igual manera, abogan por el cumplimiento del derecho de gentes, en tiempos de paz como de guerra (VITORIA), y como miembros de la sociedad universal (SUÁREZ). Por su parte, la Escuela Racionalista (Alberico GENTILI, 1552 a 1608 y su obra *Iure Belli*, Hugo GROCIO, 1583 a 1645 y su obra *Iure Belli Ac Pacis*) y muchos otros, analizan el Derecho a la Guerra y enuncian algunas limitaciones. Eso sí, considerando que la soberanía del Estado y la autodefensa están legitimados por la ley natural.¹⁰

Progresivamente -tanto en el plano mundial en Europa, sus movimientos religiosos y sus conquistas de ultramar- se comienzan a examinar las guerras y sus efectos jurídicos, siendo el momento fundamental las *Conferencias de Paz de Westfalia* (1648), en que se procura acotarla y reglamentarla, así como desarrollar paralelamente la neutralidad.

Sólo en el Siglo XIX y como resultado de la expansión del movimiento codificador de los derechos privados, en todas sus áreas, se extiende también al Derecho Internacional y a uno de sus asuntos esenciales: la paz o la guerra. En este período se multiplican los acuerdos, convenios o tratados, tanto en Europa como de manera especial en el nuevo Continente Americano, emancipado de sus potencias coloniales. Aquí desempeñan un papel señero, los sucesivos Congresos Americanos, primero; y las siguientes Conferencias Panamericanas institucionalizadas, hasta la creación de la actual OEA en 1948.

¹⁰ Juan Antonio Martínez Muñoz. Guerra y Derecho Internacional. Trabajo. Pág.21; y Ninonka Tamara Maureira Santis. Las Normas de Ius-Cogens. Universidad Católica de Concepción. 2008. Pág.4.

No obstante, con un Continente Europeo plagado de enormes conflictos durante todo el Siglo XIX, no es sino hasta la aparición del Derecho Humanitario, con Henry DUNANT y su creación de la Cruz Roja, luego de la masacre de Solferino (1862), que comienza, verdaderamente, la limitación de los medios de combate y, por ende, el recurso a la guerra mediante variados Tratados destinados, principalmente, a morigerar sus efectos crueles e inhumanos, tanto para los soldados combatientes como para las poblaciones civiles involucradas. Toda esta abundante legislación derivó más adelante en las conocidas *Convenciones de Ginebra* sobre: las condiciones de heridos y enfermos de los ejércitos; de los náufragos; de los prisioneros de guerra; y protección de civiles, que tanto han auxiliado tales situaciones, a pesar de sus muchas violaciones.

Fueron fundamentales al respecto las *Conferencias de Paz de La Haya*, de 1898 y 1907, precursoras en muchos campos del derecho, que limitaron, aunque no abolieron, el recurso a la guerra, lo que finalmente consagró el *Pacto Briand-Kellogg*, ya aludido.

Es así como, la Sociedad de las Naciones, como primera organización internacional mundial, procuró sin éxito eliminar institucionalmente las acciones bélicas, si bien se desarrollaron otras disciplinas conexas, como el ya citado derecho humanitario; el recurso a los medios políticos o jurídicos de solución pacífica de controversias, contribuyendo de manera decisiva, la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada por la Sociedad y precursora de la actual Corte Internacional de Justicia. Otro tanto, correspondió a la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, creada en las Conferencias de Paz de La Haya.

Tales avances, como se señalara, no alcanzaron la proscripción total de la amenaza o del uso de la fuerza, ni al desarrollo integral del concepto de la Seguridad Colectiva, que la Sociedad no pudo poner en práctica, frente a las acciones del nazismo (Austria o los Sudetes), del fascismo (Etiopía), o del imperialismo japonés (en Manchuria en China o las islas del Pacífico). Bien sabemos, que todo ello causó, finalmente, la Segunda Guerra Mundial, ante la inoperancia del Organismo Internacional, que a la postre debió disolverse.

Al menos, y sin olvidar dichas ineficiencias, se sentaron las bases jurídicas para la proscripción definitiva actual, obtenida sólo al término de la Segunda Guerra y la creación de las Naciones Unidas.

EL USO DE LA FUERZA O SU AMENAZA, EN LAS NACIONES UNIDAS

La convicción mundial, luego de la Segunda Guerra, fue el de superar de manera más decidida las diferencias generadas entre Estados que podían desembocar en guerras devastadoras. La nueva organización mundial era el organismo adecuado para ello, en la medida en que superara las evidentes insuficiencias de su antecesora, la Sociedad de las Naciones. Es así como, sobre la nueva dimensión política y jurídica de La Paz, asumieron un lógico protagonismo los temas de seguridad y de defensa.¹¹

En consecuencia, hubo consenso en limitar las acciones unilaterales e individuales de sus Miembros, regulándolas y entregando al organismo, y en particular a su órgano precisamente encargado de la paz y de la seguridad internacional, el Consejo de Seguridad, las responsabilidades e instrumentos legales correspondientes. Así lo determina el Artículo 24 de la Carta, el que señala que los Estados Miembros reconocen que *“el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad”* sobre la base del concepto amplio de la Seguridad Colectiva, entendida como propósito, fin y objetivo permanente para garantizar la protección, defensa y soberanía del territorio de un Estado, así como el mantener la estabilidad de las instituciones que conforman su respectivo sistema político, económico, cultural y social. Todas ellas, doctrinariamente, como obligaciones indelegables de un Estado. Asimismo, hay que destacar que el nuevo Sistema Internacional de post-guerra modificó el concepto de la seguridad individual como un bien público de todo Estado o de sus aliados esporádicos, y se generalizó como una responsabilidad compartida por todos. Otro tanto ocurrió, paralelamente, en campos distintos al de la paz o la guerra, pero igualmente bajo la premisa de la cooperación internacional; como la estabilidad monetaria mundial (y la creación del Fondo Monetario Internacional, FMI); o el comercio internacional, (con la creación del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, GATT, hoy la OMC), por citar un par de ejemplos significativos.¹²

El gran sistema mundial de las Naciones Unidas instaurado en su Carta consagró, entonces, el que la paz y seguridad internacionales es un bien universal cuya preservación no sólo es una obligación de cada Estado, sino que lo es de todos. En consecuencia, los Estados renunciaron al uso individual de la fuerza en supuestos de peligro y, a cambio, obtuvieron la garantía de que la amenaza o el uso de la fuerza de que fueran objeto, sería contestado

¹¹ Luttecke (2003) p. 1.

¹² Luttecke (2003) p. 3.

por la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, cualquier amenaza, o quebrantamiento, o agresión contra cualquier Miembro de las Naciones Unidas, se considera que afecta a todos, y que a todos, igualmente, compete prevenirlo o reprimirlo.

En síntesis, pues sería un tema muy largo de analizar con mayor profundidad, los principios rectores contenidos en la Carta, son:¹³

- a) *Fomento de la solución pacífica de las controversias mediante una amplia gama de procedimientos y métodos.* Normalmente son de libre elección de las partes interesadas, a menos que los riesgos potenciales o hechos de fuerza persistan y pongan en peligro la paz y seguridad, situación en que tales procedimientos pueden ser recomendados o impuestos, o estarán a cargo de los órganos específicamente competentes, como el Consejo de Seguridad (métodos políticos o diplomáticos); o se remitirán a la Corte Internacional de Justicia (asuntos jurídicos).
- b) *La aceptación del uso de la fuerza.* Reducido a dos casos: la legítima defensa, individual o colectiva y como derecho inmanente de todos los Estados (Artículo 51 de la Carta), y hasta tanto el Consejo de Seguridad actúe. Y el ejercicio de la Seguridad Colectiva, sólo y exclusivamente cuando así lo resuelva el Consejo de Seguridad (Capítulo VII de la Carta).

Ambos casos son los únicos que la Carta, y en consecuencia el Derecho Internacional actual, autoriza como posibilidades del uso de la fuerza. Y ambos se encuentran pormenorizadamente reglamentados en el propio instrumento.

La legítima defensa colectiva dio lugar a variados Pactos defensivos entre naciones (OTAN, Pacto de Varsovia, etc.), todos ellos en coincidencia con la respectiva etapa en las Relaciones Internacionales del momento, las que han evolucionado históricamente, desde la Guerra Fría, a la Coexistencia Pacífica, la Distensión, la Cooperación Internacional, hasta nuestros días, en que impera la tan mencionada mundialización o globalización.

Menciono lo anterior, pues en lo que nos interesa, el concepto de Seguridad Colectiva, también ha tenido adecuaciones en su operatividad práctica, de conformidad a la respectiva etapa de relación internacional

¹³ Idem., p. 6.

en que le ha correspondido ser utilizado. Todo lo cual ha incidido de manera central en su efectividad y aplicación.

- c) *La aceptación de la posibilidad de conformación de sistemas regionales de seguridad.* Que actúen en conformidad a los principios de las Naciones Unidas. Es el caso del TIAR (1947), o Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (hoy prácticamente en desuso); o del sistema de la OEA y su Carta Democrática; u otros de tipo político, que han establecido asociaciones regionales como el MERCOSUR o el UNASUR, aunque no contemplan la utilización de la fuerza, pero sí sanciones al país de la región que se aparte del sistema democrático.

Para precisar la Seguridad Colectiva, resulta pertinente recordar los propios conceptos elaborados por las Naciones Unidas (Estudio sobre los conceptos de seguridad. Documento A/40/55-1985). En resumen, señala que: *“la seguridad colectiva supone el reconocimiento de que la seguridad es indivisible”*. Entendiendo por ello que: *“La seguridad nacional y la internacional están cada vez más interrelacionadas, poniendo en tela de juicio, así, la noción de que la seguridad es fundamentalmente una función del poder nacional o de la fuerza militar o económica”*. Y añade: *“Sólo cuando las naciones reconocen que la seguridad no es divisible, sea en sus dimensiones militares, económicas, sociales y políticas o en sus aspectos nacionales e internacionales, pueden formular medidas de cooperación necesarias en una época de interdependencia”*. Apuntemos que lo citado fue redactado en 1985, lo que en la era actual globalizada, intensifica su vigencia.

LAS OPERACIONES DE PAZ

Desde finales de los años ochenta, las antiguas operaciones de paz de las décadas previas han sido readecuadas sobre la base de las nuevas condicionantes internacionales, y han posibilitado el que otras organizaciones regionales de seguridad, distintas de la ONU, las efectúen en vista de la evolución de los escenarios político-estratégicos, de las nuevas amenazas a la seguridad (terrorismo y otros crímenes internacionales). Otro tanto respecto a las modalidades de enfrentarlas, las herramientas jurídicas, los recursos políticos, diplomáticos y económicos, y la aplicación de nuevas y más sofisticadas tecnologías. Por lo cual el concepto de seguridad, asimismo, se encuentra en evolución y es preciso que se ajuste a las nuevas realidades, tanto en su formulación como en sus métodos, en referencia a las operaciones de paz.

Debemos mencionar al respecto la llamada Agenda por la Paz de las Naciones Unidas de 1992, la cual se refiere a la diplomacia preventiva y al conjunto de medidas destinadas a evitar posibles controversias; y si las hay,

que deriven en conflictos; y si los hay, se extiendan. Vale decir, todo un sistema de alerta temprana.

En consecuencia y recordando a los Profesores de Derecho Penal citados, y a sus posiciones sobre las responsabilidades actuales proyectadas al futuro, podemos señalar que este punto se encuentra plenamente desarrollado y vigente en el Derecho Internacional, al sancionar y reglamentar el uso de la fuerza, de forma excepcional, no sólo cuando se produce la agresión armada; sino también, de manera preventiva, cuando se está en presencia de posibles *"situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales"*, en que la Asamblea General *"podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad"*, al tenor del artículo 11-3 de la Carta de Naciones Unidas.

De igual manera, la Asamblea General, y salvo que el tema lo esté conociendo el Consejo, (Art. 12), *"podrá recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, incluso las situaciones resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas"*. Vale decir, una amplia competencia para adoptar Resoluciones (sólo recomendaciones sin valor vinculante jurídicamente), y para todo asunto que lo estime pertinente, en violación a la Carta, o al Derecho Internacional, aún antes de que se cometa el ilícito internacional. Lo que la Asamblea General de la Organización, y sus Comisiones, hacen constantemente. Muchas veces, previniendo o llamando la atención sobre potenciales situaciones de conflicto.

Por su parte, el Consejo de Seguridad, cuyas resoluciones sí son vinculantes y obligatorias jurídicamente (Art. 25), cuando actúa en virtud del Capítulo VII de la Carta, relativo a la *Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*, los más graves contra el bien jurídico esencial protegido. El Consejo puede: determinarlos y hacer recomendaciones, (Art.39); evitar que se agrave, hacer recomendaciones o decidir medidas (soluciones pacíficas), inclusive provisionales o tomar nota (Art. 40); decidir aquellas que no impliquen el uso de la fuerza armada, instar a aplicarlas, (interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otras, así como la ruptura de relaciones diplomáticas, Art.41); ejercer, si las anteriores pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción necesaria para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales (Art. 42), es decir, utilizar la fuerza.

Como puede apreciarse, el Capítulo VII contiene una progresión de medidas que el Consejo puede adoptar, hasta llegar al pleno ejercicio de la seguridad colectiva por medio de la fuerza. Así lo ha decidido el Consejo en variados casos, siendo significativo contra Irak, en la llamada Primera Guerra del Golfo (Resolución 678 de 1990); y en la actual y segunda acción bélica en Irak, cuya procedencia y legalidad son discutibles. Asimismo, la intervención de las fuerzas de la OTAN en Bosnia Herzegovina, basada en las Resoluciones 816 (1993) y 836 (1993), entre otras oportunidades.

De ahí entonces que no sólo las acciones del Organismo se autorizan legalmente para hacer frente a situaciones de fuerza ya producidas, sino de manera particular y preferente pueden referirse a múltiples medidas progresivas preventivas, para evitar y precaver cualquier amenaza a la paz y seguridad internacionales. Una demostración clara de la aplicación del derecho internacional, asimilable a los temas penales analizados, como la *tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad* del Profesor SILVA; como también a los llamados *daños cumulativos* del Profesor ALCÁCER; y hasta a los *delitos de peligro abstracto*, del Profesor HEFENDEHL. Y en particular recordando a éste último, cuando afirma, que el derecho penal, quizás, debiera “*ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos*”.¹⁴ Situación que, como hemos visto, no es extraña al derecho internacional ni a las competencias de las Naciones Unidas.

II. Los crímenes internacionales

Así como la guerra y el uso de la fuerza o de su amenaza han evolucionado de manera fundamental, la tipificación penal internacional de los crímenes también lo ha hecho sustancialmente. Respecto a las concordancias y diferencias de ambas disciplinas, sabemos que desde el punto de vista del Derecho Penal tiene preeminencia el principio de la territorialidad en materia de jurisdicción del Estado, como una manifestación de su potestad soberana. Asimismo, también es usual de que sea el Juez del lugar donde se cometió el ilícito el competente para conocerlo. Como no son principios absolutos, casi todas las legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, cuando el Derecho Internacional no establece una norma en contrario.¹⁵ O bien, cuando la legislación interna respectiva determine una regla diferente, de conformidad al Derecho Internacional Privado.

¹⁴ Hefendehl (2002) p. 151.

¹⁵ Salinas (2007) p. 2.

El concepto de extraterritorialidad penal internacional también ha evolucionado, en particular, desde fines de la última guerra mundial, específicamente, desde los Tribunales Internacionales de Nuremberg y Tokio, que se constituyeron ante los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la conflagración. Se caracterizan tales crímenes por ser catalogados como tales, por su especial gravedad y porque afectan a la comunidad internacional en su conjunto y obligan a todos los Estados a prevenir y sancionar su ocurrencia. Se diferencian, entonces, de los simples delitos internacionales, que sólo afectan a la parte agraviada y únicamente ésta tiene competencia para perseguirlos.

Han adquirido la categoría de crímenes internacionales, entre otros: la agresión, el genocidio, la esclavitud, la piratería, la tortura, la trata de blancas, la segregación racial, el terrorismo, el narcotráfico y las violaciones graves a los derechos fundamentales de la persona humana.¹⁶ Prácticamente todos ellos están consagrados en tratados internacionales específicos, de los que son parte la gran mayoría de los Estados. Para quienes no lo son, rigen igualmente, al aplicarse como fuente del derecho internacional, la Costumbre u otras fuentes, según las reglas generales.

De la misma manera, según las normas clásicas comúnmente aceptadas, la responsabilidad penal de crímenes internacionales es individual y abarca a todas las personas que hubieren tenido algún grado de participación en los hechos consumados, intentados o perpetrados, según el Derecho Penal tradicional.

Para no apartarnos del tema central, resulta conveniente examinar si existe una jurisdicción universal, según la evolución del Derecho Internacional. Es decir, entendiendo como aquella jurisdicción de carácter penal basada solamente en la naturaleza del delito, sin consideración al lugar donde se cometió, la nacionalidad del presunto autor o partícipe, ni la nacionalidad de la víctima, o cualquier otro factor de conexión con el Estado jurisdiccional.

Así se procura que tales crímenes no encuentren lugares seguros donde los responsables puedan permanecer impunes. Igualmente, hay que tener presente que el hecho que una determinada conducta tenga el carácter de crimen internacional, no significa que necesariamente esté sujeto al principio de jurisdicción universal, al igual que la prohibición sea *ius cogens*, y engendre una obligación *erga omnes*.¹⁷

¹⁶ Idem., p. 3.

¹⁷ Idem., p. 4.

Esta afirmación, nos obliga a recordar, someramente, al *ius cogens*, y su consagración específica en los artículos 53 y 64 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. Estas disposiciones lo consagran como existente o emergente, cuando es una norma imperativa de derecho internacional general. Y *“una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”* (Art. 53). Si bien son normas éticas, su especial rango lo adquieren en el derecho positivo, son inderogables, y obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad, como sostiene el actual Juez de la Corte Internacional de Justicia, Antonio CANÇADO TRINDADE.

Tales normas, las más exigentes del derecho actual, aunque reúnan dichos requisitos, según la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, no les dispensa de la obligación de indagar las reglas aplicables de esa materia. Textualmente la Corte señaló: *“El simple hecho de que los Estados declaren su reconocimiento de ciertas reglas, no es suficiente para que el Tribunal las considere como integrantes del Derecho Internacional consuetudinario, y aplicables en tanto tales a esos Estados. El Tribunal debe asegurarse que la existencia de la regla en la opinio iuris de los Estados (el concepto de cumplir una obligación jurídica) está confirmada por la práctica”*. (Corte Internacional de Justicia. *Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*. 1985).¹⁸

Y la Corte está en lo correcto, pues el *ius cogens*, para serlo, debe comenzar por cumplir los requisitos de toda costumbre como fuente del derecho internacional consuetudinario. También es necesario puntualizar que no todos los crímenes internacionales, por el hecho de alcanzar esta categoría, tienen automáticamente jurisdicción universal, sino que ésta debe ser reconocida específicamente, de manera convencional. Y muchos de ellos la tienen (piratería marítima, Protocolos de Ginebra como infracciones graves); pero varios la requieren todavía, o han encontrado otra vía, como la constitución de Tribunales Penales Ad-Hoc, por el Consejo de Seguridad (Ex Yugoslavia 1993, o Ruanda 1994).¹⁹

En relación a la jurisdicción universal antes precisada, debemos señalar, muy brevemente, que ello no se ha solucionado completamente con la vigencia de la Corte Penal Internacional (CPI), en La Haya, el 1º de julio de 2002,

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Llanos (2008) p. 11.

que puso en vigor el Estatuto adoptado en Roma en 1998. Hay que puntualizar que la Corte tiene jurisdicción penal individual para varios crímenes internacionales, los más graves (genocidio, lesa humanidad, y de guerra, que el Estatuto define; y de agresión, que no estaba definido y sólo recientemente lo ha hecho, aunque bajo condiciones que postergan su vigencia). Y no tiene jurisdicción universal, salvo para las Partes del Estatuto sobre responsabilidades individuales, y sin efecto retroactivo al pasar a ser Partes. Si bien puede conocer tales crímenes, si un Estado Parte se lo remite; o el Consejo de Seguridad puede decidirlo cuando actúa de conformidad al Capítulo VII de la Carta; o el Fiscal de la Corte ha iniciado una investigación (Artículo 13), o de oficio (Artículo 15). En ningún caso conoce de crímenes potenciales, cumulativos o futuros. Sólo aquellos cometidos.

III. La responsabilidad internacional

Luego de ver someramente *La Guerra y los Crímenes Internacionales*, el tercer ámbito a considerar es la responsabilidad; por cierto, uno de los más difíciles para el Derecho Internacional. Baste recordar que fue de los primeros temas en ser considerados por la *Comisión de Derecho Internacional* (CDI) de las Naciones Unidas, pero por más de 40 años y a pesar de todos los esfuerzos, el *Proyecto de Convención sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Prohibidos por el Derecho Internacional* sólo ha sido aprobado en primera lectura y está sometido, desde el 2001, a consideración de los Estados. No se aprecia, hasta ahora, una voluntad firme de adoptarlo definitivamente. Otro tanto ocurre con el Proyecto de la CDI, por hechos no prohibidos. Esto confirma el que los Estados otorgan mayor prioridad a las normas que establecen sus derechos, que sus deberes correlativos.

No obstante no estar en vigor dichos proyectos de tratados, constituyen las normas aplicables a la responsabilidad por vía del derecho consuetudinario, que constantemente invocan los Estados interesados. En apretada síntesis, son responsables los Estados que cometen una acción u omisión grave, internacionalmente ilícita, que le es atribuible y que cause daño; el que debe ser reparado. Pueden ser responsables los Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial o Administrativo), pero siempre que la entidad o persona actúe como órgano del Estado según su derecho interno. No hay responsabilidades individuales. Las reparaciones pueden consistir en satisfacciones, indemnizaciones o restituciones. No proceden si hay circunstancias que excluyen la ilicitud (consentimiento, contramedidas, fuerza mayor y caso fortuito, peligro extremo, estado de necesidad del Estado, legítima defensa). La responsabilidad debe acreditarse e invocarse, no opera de pleno derecho, ni autoriza al Estado lesionado, a violar, por su parte, el Derecho Internacional.

En lo que nos interesa, como sería el caso de responsabilidad acumulativa o anticipativa, ésta se ha discutido, aunque en su estado actual ni la teoría ni los proyectos de la CDI la contemplan. Además, y es necesario resaltarlo, los Proyectos no emplean el término *crimen internacional*, sino lo sustituyen por el *violación grave* al Derecho Internacional. Como razones, entre otras, se argumentó el que con la noción de crimen, se criminalizaba a los Estados, y las connotaciones penales debían quedar al margen del derecho sobre responsabilidad, si bien la discusión doctrinaria persiste.²⁰

Resulta interesante plantearse la posibilidad de que exista la responsabilidad internacional anticipativa o cumulativa (según ALCÁCER), cuando existe una violación grave que atenta contra normas de *ius cogens* o normas *erga omnes*, por sus especiales connotaciones e importancia. Como el Proyecto de la CDI (por hechos prohibidos) señala que “*nada excluye la ilicitud de una norma imperativa de derecho internacional general*” (Art. 26), es decir, *ius cogens* y que éste comprende sus más graves violaciones, se podría deducir que la anticipación, prevención o acumulación podría operar. Sería el caso de aquellos crímenes internacionales vistos anteriormente, como por ejemplo, la guerra, que sí puede y debe ser objeto de medidas preventivas según la Carta de Naciones Unidas. Es una idea tentadora.

Sin embargo, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, ésta opera cuando el hecho ilícito grave ha sido causado, no antes. De ahí que quien lo cause está obligado a repararlo íntegramente, y comprende todo daño, tanto material como moral (Art. 31); es decir, el alcance de la responsabilidad está ligado con la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de tal violación. En todo caso, a mi parecer, como el Proyecto alude precisamente a la Carta de Naciones Unidas, o a los procedimientos de solución pacífica de controversias, y éstos sí contemplan las medidas preventivas antes analizadas, podrían contemplarse de manera indirecta aquellas responsabilidades derivadas de no recurrir a tales procedimientos. Eso sí de acuerdo a sus normas propias, pero no en relación a una responsabilidad anticipada. Sólo procederá como tal si el ilícito se ha cometido.

Menciono este punto, pues, en la práctica, los Estados Unidos e Israel han invocado sus respectivos derechos de legítima defensa y de uso de la fuerza preventiva; o sea, antes de ser agredidos por actos que califican de terroristas, lo que siempre ha sido rechazado como violatorio del Derecho Internacional, pues éste, no juzga ni se aplica a las intenciones ni propósitos

²⁰ Cebada (2002) p. 8.

de los Estados, que sólo son responsables con sus obligaciones consecuentes de lo efectivamente obrado, por acción u omisión.

Cuando se ejercen acciones o derechos preventivos, será porque así se ha autorizado, como el caso de los procedimientos de solución pacífica de controversias para precaver un conflicto eventual.

CONCLUSIONES

Las posibilidades penales de anticiparse a los riesgos potenciales cumulativos, enunciados en los trabajos antes mencionados, causan polémicas doctrinales y prácticas. No obstante, ellos no constituyen una novedad o una excepción para el Derecho Internacional Público, si el bien jurídico esencial amenazado es la Paz y Seguridad Internacionales. Claramente los contempla la Carta de las Naciones Unidas y son de competencia de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, en razón de la Seguridad Colectiva, y como medidas preventivas de un conflicto potencial con riesgos futuros.

Pero extenderlos a la prevención anticipada de la comisión de crímenes internacionales no está claro que proceda, ni aún en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque existan posiciones divergentes, para cuando actúa el Consejo de Seguridad o el Fiscal, si bien sólo si el crimen se cometió.

Respecto al concepto de responsabilidad internacional, resulta más claro que no hay lugar a invocarla de manera preventiva en caso de responsabilidades futuras, por graves que resulten si se cometieran. Sólo proceden una vez cometidos los hechos o acciones que permiten aplicarla.

En todo caso, nada impide una evolución futura del Derecho Internacional en estas materias.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2002): "La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos. RECPC 04-08 (2002). Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf>, fecha consulta: 15 julio 2010, 30 p.

CEBADA ROMERO, Alicia (2002): "Los conceptos de obligación *erga omnes, ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* n° 4. Disponible en <<http://www.reei.org>>, fecha consulta: 15 julio 2010, 14 p.

GAMBOA SERAZZI, Fernando y FERNÁNDEZ UNDURRAGA, Macarena (2008): *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración* (Santiago, Editorial LexisNexis).

HEFENDEHL, Roland (2001): “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia) (n° 19) pp. 147-158. Disponible en <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56531/54501>>, fecha consulta: 15 julio 2010.

LLANOS MANSILLA, Hugo (2008): “Corte Penal Internacional (CPI)”, *Derecho Noticias* (Santiago, Publicación Universidad Central de Chile, Edición 8 julio 2008).

LUTTECKE BARRIENTOS, Javier (2003): *La Seguridad Internacional y su evolución* (Escuela Superior de Guerra Naval. Revista. Buenos Aires).

MAUREIRA SANTIS, Ninoska Tamara (*sine data*): *Las Normas de Jus-Cogens*. Disponible en <http://congresoconstitucional.cl/upload/69/Ninoska%20Maureira_1252889224.pdf>, fecha consulta: 15 julio 2010.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio (*sine data*): *Guerra y Derecho Internacional*. Disponible en <<http://personal.telefonica.terra.es/web/jamtz/t/Guerra.pdf>>, fecha consulta: 15 julio 2010.

SALINAS BURGOS, Hernán: “El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿*Lex Lata* o *Lex Desiderata*?”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 34 n°) pp. 107-134.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONSULTADOS

Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (San Francisco, 26 de junio de 1945).

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998).

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53 período de sesiones (A/56/10) y anexo por la

Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001.

