

INMUNIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS Y ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

Gerhard NIEDRIST

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *¿Falta de prevención de genocidio?* III. *La inmunidad de las Naciones Unidas*. IV. *La inmunidad de las Naciones Unidas en el derecho internacional público*. V. *La inmunidad de las Naciones Unidas y el Estado de derecho internacional*. VI. *A manera de conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO

Las Naciones Unidas son, sin duda alguna, una organización internacional excepcional. No solamente integra a la mayoría de los Estados¹ del mundo, sino que también destaca por sus amplios principios y competencias. La competencia más importante es, por supuesto, la de “mantener la paz y la seguridad internacional”, tal como lo establece la primera frase de la Carta de las Naciones Unidas.² Para ello, la ONU tiene a su disposición métodos, los cuales permiten la imposición de este principio de forma coercitiva.

Durante la guerra fría se bloquearon los miembros permanentes del Consejo de Seguridad mutuamente en las decisiones importantes, dejándole a la ONU únicamente el papel de vigilante de la paz y la seguridad internacionales. Con el fin de la guerra fría y el nuevo orden geopolítico, en 1991 cambió tal función, y las Naciones Unidas se transformaron cada vez más en un creador activo de la paz dentro de conflictos latentes.³ Las operaciones de los cascos

¹ El único Estado plenamente reconocido no miembro de las Naciones Unidas es el Vaticano. La República de China (Taiwán) es con aproximadamente 23 millones de habitantes el territorio más importante no miembro de las Naciones Unidas.

² Así dice ya el artículo 1o., párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas. En dicho documento, este término se repite en numerosas ocasiones.

³ Véase en este sentido también, Murray, Jennifer, “Who will police the peace-builders? The failure to establish accountability for the participation of United Nations civilian police

azules, aún llamadas operaciones de “mantenimiento” de la paz, se convirtieron poco a poco en acciones de establecimiento de la paz, como por ejemplo, las realizadas en Yugoslavia y Ruanda en la primera mitad de los noventa.

Sin embargo, este cambio dentro de las actividades de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no solamente ofrece a las Naciones Unidas una posibilidad de desarrollar un perfil distinto y destacado, sino que también contrae igualmente nuevas responsabilidades y desafíos. En este contexto surgen una serie de preguntas básicas que no gozaban de mucha importancia o relevancia durante la guerra fría: ¿Tienen las Naciones Unidas una obligación activa de garantizar la paz y la seguridad internacionales? Dentro de un conflicto, ¿pueden los individuos confiar en las medidas tomadas por la ONU?

Pero aún más importante: ¿quién vigila el comportamiento de las Naciones Unidas involucradas en conflictos activos, y quién determina si la ONU lleva responsabilidades en las preguntas anteriores?

El presente artículo analiza esta última cuestión con respecto a individuos. Para ello, primeramente se evalúa el caso del genocidio de Srebrenica, ejemplo más completo en esta problemática, ya que hasta la fecha es el único caso que lleva una demanda por parte de las víctimas hacia la ONU. Partiendo del ejemplo anterior, se analiza la inmunidad que gozan las Naciones Unidas con base en el artículo 105 de la Carta. De fundamental importancia para nuestro análisis es también la relación de esta inmunidad respecto al concepto de los derechos humanos y al *ius cogens*.

Para finalizar, se examinarán los resultados obtenidos en el contexto del actual debate sobre la creación de un Estado de derecho internacional, para así poder determinar cuáles debilidades conllevarían las mismas Naciones Unidas en este contexto. Deseamos que el dar a conocer tales problemas contribuirá a las reformas de las Naciones Unidas, las cuales deberían incluir principios de un Estado de derecho.

II. ¿FALTA DE PREVENCIÓN DE GENOCIDIO?

En la primera mitad de los noventa, la ONU fue bastante cuestionada por su involucramiento y actuación en dos genocidios. Cuando en abril de 1994 comenzó en Ruanda la masacre del grupo tutsi por parte de los hutu, las Naciones Unidas contaban con la operación de mantenimiento de paz UNA-

MIR⁴ con aproximadamente 2,500 cascos azules presentes. Sin embargo, a pesar de que la comunidad internacional y la ONU estaban enteradas de los hechos ocurriendo en Ruanda, esta última redujo, a recomendación del secretario general, el número de soldados a 270, los cuales tenían el mandato limitado a sólo observar los hechos.⁵ El saldo del genocidio, el cual tardó solamente tres meses y fue contenido al final por la oposición ruandesa, fue de aproximadamente ochocientos mil a un millón de muertos.

El problema con la misión en Ruanda fue que el mandato de UNAMIR tenía su base sólo en el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas;⁶ esto es, que no contemplaba elementos coercitivos, tal como están previstos en el capítulo VII de la Carta. Al final faltaron tanto las intenciones claras del Consejo de Seguridad de paralizar el genocidio y ampliar el mandato como también de los Estados, de disponer de cascos azules, o bien mandar soldados propios.⁷ No obstante y aun cuando el comportamiento político en el conflicto fue objeto de una fuerte crítica, ello nunca representó motivo de juicio alguno de responsabilidad jurídica por parte de Naciones Unidas.

Un año después de los sucesos en Ruanda se llevó a cabo el genocidio de Srebrenica. Ha sido el genocidio más monstruoso en Europa desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Dejó un saldo de ocho mil muertos, y como consecuencia no llegó a las cifras absolutas como en Ruanda.⁸ La singularidad de este genocidio reside en que desde 1993 las Naciones Unidas tenían una misión de mantenimiento de la paz, cuya base legal se encuentra en el capítulo VII de la Carta, con la posibilidad de incluir elementos coercitivos contra la soberanía del gobierno de Yugoslavia.⁹ Aun así, el Consejo de Seguridad declaró en su resolución 819, de 1993, a Srebrenica y sus circundantes como “zonas seguras, libres de ataques armados o de cualquier otro acto hostil”.¹⁰

⁴ Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/872 (1993).

⁵ Véase Informe Especial del Secretario General sobre la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda, S/1994/470, 20.4.1994.

⁶ Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/872 (1993).

⁷ El Consejo de Seguridad redujo los soldados con base en la mencionada recomendación del Consejo de Seguridad el 21.4.1994 mediante la resolución del Consejo de Seguridad S/RES/912 (1994) y los amplió sólo tres semanas después mediante resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/918 (1994). Sin embargo, los Estados nunca dispusieron de suficientes soldados para cumplir con la ampliación.

⁸ Es importante señalar que esta temática evidentemente no permite ninguna valoración cuantitativa.

⁹ Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/743 (1992).

¹⁰ Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/819 (1993).

Hasta la fecha nadie ha resumido los hechos ocurridos en Srebrenica mejor que la Corte Penal Internacional para la exYugoslavia, en el primer párrafo del caso contra Radoslav Krstić:

Pese a la resolución dada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas acerca de “la libertad de todo ataque armado u hostil” del enclave, las unidades del ejército bosnio-serbio atacaron y tomaron la ciudad. En el transcurso de pocos días, cerca de 25,000 musulmanes bosnios, en su mayoría mujeres, niños y ancianos habitantes de la zona, fueron capturados por las fuerzas bosnio-serbias y transportados en camiones en un ambiente de terror hacia la zona musulmana sitiada por los bosnios. Los hombres de Srebrenica, por otro lado, fueron consignados a otro destino. Como miles de ellos intentaron huir del área, fueron tomados prisioneros, detenidos en condiciones brutales y posteriormente ejecutados. Más de 7,000 personas murieron.¹¹

Cuando ocurrieron estos hechos, la ONU contaba con cuatrocientos cincuenta soldados neerlandeses presentes en Srebrenica, quienes actuando como cascos azules pretendían acompañar los transportes, lo que supondría la idea de que con la presencia de la ONU los bosnios no serían ejecutados; sin embargo, fueron impedidos por el ejército de la República Srpska. Al final los soldados no tomaron ninguna medida para prevenir el genocidio, el cual estaba ocurriendo frente a sus ojos.¹²

El proceso jurídico internacional de tales hechos se llevó a cabo ante el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, el cual ha abierto casos penales contra aproximadamente ciento sesenta personas. Además, la Corte Internacional de Justicia claramente declaró los hechos como genocidio,¹³ y varios Estados, encabezados por la Unión Europea, ejercieron una presión política a los países de la exYugoslavia.

Todas estas medidas resultaron insuficientes para los familiares de las víctimas del genocidio, los cuales están integrados en una asociación conocida como *las Madres de Srebrenica*. La asociación reclama, *inter alia*, la

¹¹ International Tribunal for the Territory of Former Yugoslavia, Prosecutor vs. Radislav Krstić, 2.8.2001, IT-98-33-T, párrafo 1, traducción propia del inglés al español.

¹² Para un análisis detallado de los hechos, incluyendo una descripción del cerco de Srebrenica antes del genocidio y el rol de los cascos azules, véanse Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 53/35 de la Asamblea General. La caída de Srebrenica*, A/54/549, 15.11.1999.

¹³ Véanse International Court of Justice, *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 2007, International Court of Justice Reports, 2007, p. 1.

responsabilidad de las Naciones Unidas por los hechos ocurridos en 1995. Si bien es cierto y evidente que las tropas de la ONU no han participado activamente en el genocidio, cabe preguntarnos si las Naciones Unidas tenían la obligación de prevenirlo y quién determina si éstas tenían una responsabilidad en este sentido.

Estas preguntas reflejan perfectamente nuestro planteamiento inicial en esta investigación, y las mismas planteadas por las Madres de Srebrenica. Sin embargo, las posibilidades de exigir la responsabilidad de las Naciones Unidas son limitadas, ya que la ONU no forma parte de ningún tratado de derechos humanos ni existe un tribunal u otro órgano cuasijudicial que pueda determinar su responsabilidad internacional.

Ante tales circunstancias y a la falta de otro foro eficiente para el reclamo de sus derechos, *las Madres de Srebrenica* demandaron a la ONU y a los Países Bajos por daños y perjuicios de sus muertos ante las cortes nacionales de Holanda. La Corte neerlandesa desestimó dicha demanda, argumentando que los soldados, en el momento del genocidio, no estaban bajo el comando del Estado, sino bajo los cascos azules de Naciones Unidas. La demanda de *las Madres de Srebrenica* por daños y perjuicios contra las Naciones Unidas fue desestimada con base con el artículo 105 de la Carta, según el cual las Naciones Unidas gozan de inmunidad frente de las cortes nacionales de sus Estados miembros.¹⁴ Como consecuencia, los familiares de las víctimas carecieron de foro para su demanda y sin respuesta a su pregunta: ¿son las Naciones Unidas quienes declararon Srebrenica una zona segura, responsables por omisión de la muerte de nuestros familiares? O más general, ¿quién vigila a la ONU en el establecimiento de la paz? A continuación analizaremos el concepto de inmunidad de las Naciones Unidas en este sentido.

¹⁴ Véase el caso contra los Países Bajos y en la primera instancia contra las Naciones Unidas en “Judgments from the District Court of The Hague in proceedings brought against the Netherlands and the United Nations with respect to Srebrenica”, *Netherlands International Law Review*, año 55, núm. 3, 2008, pp. 425-455, así como la apelación contra la ONU en Appeal Court in The Hague, *Association of Citizens Mothers of Srebrenica vs The State of the Netherlands and the United Nations*, 30.3.2010, 200.022.151/01.

III. LA INMUNIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

1. *Artículo 105 de la Carta y la Convención de Inmunidades y Privilegios*

El artículo 105 de la Carta de Naciones Unidas dispone lo siguiente:

Artículo 105

1. La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarias para la realización de sus propósitos.

2. Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarias para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización.

3. La Asamblea General podrá hacer recomendaciones con el objeto de determinar los pormenores de la aplicación de los párrafos 1 y 2 de este Artículo, o proponer convenciones a los Miembros de las Naciones Unidas con el mismo objeto.

Como se puede observar, el artículo 105 de la Carta dispone tanto la inmunidad de la Organización (párrafo 1) como también de sus representantes y funcionarios (párrafo 2). El tercer párrafo ofrece a la ONU y sus Estados miembros la posibilidad, a propuesta de la Asamblea General, de especificar estos privilegios mediante convenciones entre ellos. Precisamente de esta manera lo hicieron valer la ONU y sus miembros en febrero de 1946, apenas medio año después de su fundación, a través de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas.¹⁵ Este acuerdo ha sido ratificado por 157 Estados miembros de la ONU;¹⁶ a causa de esa gran aceptación y sobre todo por su especial y cercana relación con el artículo 105 de la Carta, su contenido goza de validez frente a todos los miembros de la ONU.¹⁷ La Convención no es aplicable frente a las agencias especiales de la ONU, dado que desde 1947 existe un propio acuerdo para ellos bajo términos muy similares.¹⁸

¹⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas*, A/1/22A, 13.2.1946; *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, 1 U.N.T.S. 15 y 90 U.N.T.S. 327 (corrigendum to vol. 1).

¹⁶ Los datos corresponden al 1.9.2010.

¹⁷ En este sentido, Gerster, Michael y Rothenberg, Dirk, "Article 105", en Simma, Bruno (comp.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1314-1325, p. 1316, párrafo 2.

¹⁸ *Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies*, 21. 11. 1947, 33 U.N.T.S. 261, el cual tenía hasta septiembre de 2010 116 ratificaciones.

La Convención de 1946 mantiene la separación del artículo 105 de la Carta entre la inmunidad de la organización en sí (artículos II y III) y de la cual gozan sus funcionarios y los representantes de sus miembros (artículos V a VII). Aunque existe una amplia y lógica conexión entre estos dos instrumentos jurídicos, sobre todo en sus alcances, prevaleciendo importantes diferencias. De acuerdo con el objeto de la presente investigación, se analizará el contenido y práctica de la inmunidad organizacional.

La Convención de 1946 establece los privilegios de las Naciones Unidas frente a los Estados, como por ejemplo la inviolabilidad de sus bienes y archivos y facilidad de comunicación. Sobre la inmunidad dispone en su artículo II, sección II, que,

Las Naciones Unidas, así como sus bienes y haberes en cualquier parte y en poder de cualquier persona, gozarán de inmunidad contra todo procedimiento judicial a excepción de los casos en que renuncie expresamente a esa inmunidad. Se entiende, sin embargo, que esa renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria.

Por consiguiente, las Naciones Unidas, como organización, gozan de una inmunidad frente a cualquier proceso nacional, cualquiera que sea su materia o característica.

En contraste con todo esto, los Estados gozan sólo de una inmunidad restringida, limitada a actos donde los Estados actúen en el ejercicio de su soberanía (actos *iure imperii*), mas no en actos de derecho privado (actos *iure gestionis*). Esta doctrina —desarrollada en los años setenta del siglo pasado mediante la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972¹⁹ y en el United States Foreign Sovereign Immunities Act de 1976— está prácticamente aceptada de manera universal. Muestra de lo anterior es la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes,²⁰ la cual está actualmente²¹ abierta a la ratificación por parte de los Estados.

Esta discrepancia entre los privilegios de las Naciones Unidas y los Estados nacionales se explica al observar que la inmunidad de la ONU data de 1946. En este entonces las recién fundadas organizaciones internacionales simplemente reclamaron los mismos privilegios e inmunidades absolutos con respecto a los Estados. Sin embargo, las inmunidades de las Naciones

¹⁹ *European Convention on State Immunity*, 1495 U.N.T.S. 182.

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, A/RES/59/38.

²¹ Los datos corresponden al 1.9.2010.

Unidas nunca fueron sujetas a una restricción o reforma, y, por ende, siguen en vigor en sus términos y características de 1946.²²

2. La inmunidad en la práctica

La Convención de 1946 prevé como única excepción de inmunidad, el que las Naciones Unidas la cedan voluntariamente. Esta posibilidad de cesión del derecho por parte del mismo titular resulta lógica y congruente, pero es importante señalar que no requiere de ninguna justificación o explicación por parte de las ONU.²³

Actualmente la renuncia voluntaria de inmunidad por parte de las Naciones Unidas tiene relevancia en muy pocas ocasiones. Los ejemplos existentes se reducen a casos de alcance político limitado, tales como aquellos de accidentes de tráfico u otros accidentes menores. Para estos tipos de casos la ONU estableció la práctica de ceder su inmunidad y ser demandada como un particular, lo cual puede implicar incluso una revisión judicial del asunto.²⁴ El secretario general ha determinado en la mayoría de los casos previos, la renuncia de inmunidad de la Organización.²⁵ Además de estos casos menores, y seguramente también por actividad limitada de la ONU durante la guerra fría, hasta los años noventa no se presentaron cuestiones de inmunidad jurisdiccional ante la ONU.²⁶

Otras organizaciones internacionales que también gozan de inmunidad similar a la de las Naciones Unidas establecieron prácticas parecidas a la renuncia voluntaria de sus privilegios, cediendo su inmunidad igualmente en accidentes de tráfico u otros casos de alcance menor.²⁷ En general, la po-

²² Singer, Michael, "Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns", *Virginia Journal of International Law*, año 36, núm. 1, 1996, p. 56.

²³ Tauchmann, Stefanie, *Die Immunität internationaler Organisationen gegenüber Zwangsvollstreckungsmaßnahmen*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 140; Bekker, Peter H. F., *The Legal Position of Intergovernmental Organizations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 192.

²⁴ Secretaría de las Naciones Unidas, *Relations between States and international organizations (second part of the topic). The practice of the United Nations, the specialized agencies and the International Atomic Energy Agency concerning their status, privileges and immunities: study prepared by the Secretariat*, A/CN.4/L.383 and Add. 1-3, 28.7.1985, p. 162, párrafo 18-20.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Singer, Michael, *op. cit.*, nota 22, pp. 85 y 86.

²⁷ Gaillard, Emmanuel y Pingel-Lenuzza, Isabelle, "International Organisations and Immunity from Jurisdiction: to Restrict or to Bypass", *The International and Comparative Law Quarterly*, año 51, núm. 1, 2002, p. 2.

lítica de las organizaciones internacionales se concentra en la preservación de su independencia frente a los Estados nacionales. Es por tal razón que no surgieron casos de mayor importancia a la interpretación sustancial de una Corte.²⁸

No resulta sorprendente que las Naciones Unidas no cedieran su inmunidad en el caso de *las Madres de Srebrenica*, ya que implicaría un análisis de fondo del núcleo de dicha organización por un órgano judicial nacional.

3. Sección 29

Además de la cesión de inmunidad —que depende exclusivamente de la voluntad política de las Naciones Unidas sin dar garantía jurídica alguna— la Convención de 1946 expresa en su sección 29 algunas disposiciones relativas al arreglo de controversias:

Sección 29. Las Naciones Unidas tomarán las medidas adecuadas para la solución de:

- a) disputas originadas por contratos u otras disputas de derecho privado en las que sean parte las Naciones Unidas;
- b) disputas en que esté implicado un funcionario de las Naciones Unidas, que por razón de su cargo oficial disfruta de inmunidad, si el Secretario General no ha renunciado a tal inmunidad.

Las Naciones Unidas implementaron la sección 29 de la Convención de 1946 mediante la incorporación de cláusulas de arbitraje en sus contratos de derecho privado, tales como contratos de compraventa, *leasing*, etcétera. De esta manera, la ONU garantiza el acceso a una decisión cuasijudicial, como un arbitraje.²⁹ Mientras que este sistema funciona sin mayores dificultades, los problemas se encuentran más bien en aquellos casos que carecen de una base contractual, como las reclamaciones a daños y perjuicios. Si bien en este ámbito las Naciones Unidas ceden su inmunidad en asuntos de alcance menor, son las medidas de mantenimiento de la paz que requieren un análisis más profundo y detallado.

Es importante determinar si los reclamos de daños y perjuicios dentro de las competencias de mantener la paz y seguridad internacionales se encuen-

²⁸ Wenckstern, Manfred, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts. Die Immunität Internationaler Organisationen*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1994, p. 140, párrafo 440.

²⁹ Singer, Michael, *op. cit.*, nota 22, p. 85; Ehrenfeld, Alice, “United Nations Immunity distinguished from Sovereign Immunity”, *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting*, 1958, p. 93.

tran incluidos dentro de este concepto de derecho privado. La respuesta a ello puede ser afirmativa, ya que en un análisis sobre la aplicación de la sección 29 de la Convención de 1946 consideró como parte del derecho privado los daños a terceros relacionados con operaciones de mantenimiento de la paz.³⁰

De acuerdo con el cambio de característica de operaciones de mantenimiento de la paz, las Naciones Unidas desarrollaron en 1990, con base en la sección 29, un Acuerdo modelo sobre el Estatuto de las fuerzas para las operaciones de mantenimiento de la paz y los Estados receptores, documento que prevé en su artículo 51 el establecimiento una comisión para reclamaciones del derecho privado.³¹

Este acuerdo muestra la conciencia de las Naciones Unidas en la problemática de la implementación de la sección 29 en casos de daños y perjuicios, y parece ser su solución. Sin embargo, trae consigo un par de debilidades.

Tal y como lo reconocen las mismas Naciones Unidas, se requiere la cooperación del Estado receptor en la firma del acuerdo modelo. Contar con ello, no es comúnmente un problema en operaciones de mantenimiento de la paz, basados en el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, acordados en un consenso entre la ONU y el Estado, pero son justamente los nuevos tipos de conflictos con mandatos con base en capítulo VII de la Carta, los cuales arrojan más problemas de violencia y de posibles reparaciones con base en el derecho privado. Como la característica de las operaciones coercitivas del capítulo VII es justamente la de no contar con el consenso del Estado receptor, no es aplicable el acuerdo modelo de la ONU para ellos.³²

Como excepción a lo anterior, la operación en Bosnia y Herzegovina tenía su fundamento en el capítulo VII. Además, el país receptor celebró un acuerdo modelo con las Naciones Unidas, que previó en su artículo 48 el es-

³⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Examen de la Eficiencia del Funcionamiento Administrativo y Financiero de las Naciones Unidas. Procedimientos establecidos para la aplicación de la sección 29 del artículo VIII de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, A/C.5/49/65, 24.4.1995, párrafo 16.

³¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Modelo de acuerdo sobre el estatus de las fuerzas para las operaciones de mantenimiento de la paz*, A/45/594, 9.10.1990, artículo 51.

³² Asamblea General de las Naciones Unidas, *Examen de la Eficiencia del Funcionamiento Administrativo y Financiero de las Naciones Unidas. Procedimientos establecidos para la aplicación de la sección 29 del artículo VIII de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*, A/C.5/49/65, 24.4.1995, párrafo 17.

tablecimiento de una comisión de reparaciones.³³ Esta Comisión nunca fue establecida —como supone Wellens— por la falta de voluntad política del Estado receptor o bien, porque considerar a las comisiones locales establecidas unilateralmente por las Naciones Unidas, lo suficientemente eficiente y satisfactorias.³⁴

Las juntas locales de examen de reclamaciones son comités establecidos por las Naciones Unidas en cualquier operación de mantenimiento de la paz, independiente de su tamaño, mandato o lugar. La diferencia principal en una comisión conjunta es la composición, ya que las comisiones locales se componen exclusivamente por personal de las Naciones Unidas (por lo general de tres personas). Es así como estas comisiones carecen de independencia, y tienden a tomar soluciones más institucionales. Pero sobre todo, no cuentan con ningún respaldo legal, el cual podría garantizar su ejecución, como un tratado; sus juntas no son abiertas al público y ni siquiera se hacen públicos sus fallos. Además, llegan fácilmente al límite de sus capacidades, pues cuentan sólo con tres integrantes, y son precisamente los nuevos tipos de operaciones de mantenimiento de la paz, los cuales causan un mayor número de reclamaciones.³⁵

Se puede plantear como resultado provisional que el sistema de la sección 29 de la Convención de 1946 se muestra bastante arbitrario. Si bien es cierto que funciona en relaciones contractuales con la ONU a través de arbitrajes, o bien en casos de accidentes menores mediante la cesión voluntaria de inmunidad, no resulta eficiente en cuestiones de daños y perjuicios en casos de operaciones de mantenimiento de la paz. La solución depende de la implementación de un acuerdo internacional entre la ONU y un Estado receptor, o bien del funcionamiento de comisiones locales por parte de las Naciones Unidas. Así, no resulta sorprendente que la ONU nunca haya

³³ *Agreement on the status of the United Nations Protection Force in Bosnia and Herzegovina*, 15.5.1993, 1722 U.N.T.S. 78.

³⁴ Spijkers, Otto, “The Immunity of the United Nations in Relation to the Genocide in Srebrenica in the Eyes of a Dutch District Court”, *Journal of International Peacekeeping*, año 13, núm. 1-2, 2009, p. 208; Asamblea General de las Naciones Unidas, *Aspectos administrativos y presupuestarios de la financiación de las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz: financiación de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas*, A/51/903, 21.5.1997, párrafo 8; Wellens, Karel, *Remedies against International Organisations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 98 y 103.

³⁵ Megret, Frederic, “The Vicarious Responsibility of the United Nations for «Unintended Consequences of Peace Operations», *SSRN eLibrary*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1266654, 2007, p. 12.

aplicado un método de solución de controversias a los reclamos de *las Madres de Srebrenica*.³⁶

A continuación analizaremos las implicaciones de un procedimiento de la sección 29 en el concepto de la inmunidad de las Naciones Unidas.

4. *La falta de una medida adecuada de acuerdo a la sección 29*

En primer lugar, es importante señalar que las Naciones Unidas no son parte de la Convención de 1946, ya que ésta fue suscrita exclusivamente por 157 de sus Estados miembros. Por ende, la ONU no tiene una obligación directa respecto a esta Convención. Como señala Reinisch, resulta evidente que la ONU es el beneficiario de los privilegios previstos en la Convención, lo cual también conlleva obligaciones implícitas. Mientras que se hace poca referencia a una obligación directa, son los tribunales internacionales los que regularmente reconocen la conexión entre la inmunidad ante instancias nacionales y la obligación de la ONU para establecer los modos alternativos de solución de controversias, tal y como se expresa la sección 29.³⁷ Como consecuencia, se puede determinar que las Naciones Unidas tienen la obligación de brindar un sistema de arreglo conforme a la sección 29 de la Convención de 1946.

En 1966, una Corte belga analizó cuáles son las consecuencias de un procedimiento de la sección 29 para la inmunidad de la que gozan las Naciones Unidas. Durante el conflicto del Congo, el territorio del señor Manderlier, de nacionalidad belga, sufrió algunos daños por parte de abusos cometidos por soldados implicados en operaciones de mantenimiento de la paz. Con base en un acuerdo celebrado entre la ONU con el gobierno belga, al señor Manderlier le fue ofrecido un pago único. Él rechazó el pago, y en 1966 demandó a la ONU por daños y perjuicios en Bélgica.

La Corte nacional analizó primero el contenido del artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas y de la Convención de 1946, y llegó así a la pregunta central: si un procedimiento, de acuerdo con la sección 29 de la Convención, es *conditio sine qua non* para que las Naciones Unidas gocen de inmunidad. La Corte negó esta cuestión. Tal caso resultó notable por la crítica abierta que formuló la Corte hacia las Naciones Unidas:

³⁶ Spijkers, Otto, *op. cit.*, nota 34, p. 208.

³⁷ Reinisch, August, "The immunity of international organizations and the jurisdiction of their administrative tribunals", *Chinese Journal of International Law*, año 7, núm. 2, 2002, p. 289.

La demandada equivocadamente considera que el acuerdo mencionado anteriormente, alcanzado entre la ONU y Bélgica el 20 de febrero de 1965, constituye el método apropiado de solución prevista en el artículo 29. El acusado contaba con las reclamaciones hacia el caso y en particular los del demandante, examinado por sus propias autoridades, sin argumentos de ningún tipo. Luego optó por una decisión unilateral por la cual, según su escrito del 20 de febrero de 1965, se creía obligado a limitar su intervención espontánea. El acusado ha sido así en la realidad juez de su propia causa. Este procedimiento de ninguna manera constituye un método apropiado de solución para decidir una controversia.³⁸

En una opinión consultiva sobre la inmunidad, presentada ante la Corte Internacional de Justicia en 1999, realizada por parte de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos, se llegó a una conclusión similar a aquella emitida por la Corte Nacional belga en el caso *Manderlier*. En primer lugar, señala la necesidad de separar la cuestión de la inmunidad y de la indemnización. Y no deben ser las cortes nacionales las que determinen la responsabilidad de las Naciones Unidas, sino son las mismas Naciones Unidas las que establezcan los mecanismos, de acuerdo con la sección 29.³⁹

En el caso de *las Madres de Srebrenica*, todas las partes admitieron ante la Corte neerlandesa que las víctimas no disponían de una medida adecuada, de acuerdo con la sección 29 de la Convención de 1946.⁴⁰ Al igual que en el caso *Manderlier*, y de acuerdo con la opinión de la Corte Internacional de Justicia, las cortes de los Países Bajos concluyeron que la falta de un procedimiento de la sección 29 no puede limitar la inmunidad de las Naciones Unidas.⁴¹

Lo anterior implica que la ONU no puede ser alegada en un proceso nacional, en el cual las Naciones Unidas sigan teniendo inmunidad absoluta.

³⁸ Belgium, Civil Tribunal of Brussels, “*Manderlier vs. Organisation des Nations Unies and État Belge (Ministre des Affaires Étrangères)*”, *International Law Reporter*, 1966, vol. 45, p. 452. Los cursivas son nuestras.

³⁹ International Court of Justice, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, International Court of Justice Reports, 1999, p. 62, párrafo 66. Resulta interesante mencionar que la Corte al parecer, evita el debate si la ONU está obligada de la Convención de 1946, refiriéndose sólo a que “Las Naciones Unidas pueden ser obligadas a asumir la responsabilidad...”. Véase nota 37.

⁴⁰ Las Naciones Unidas no se presentaron en el caso; sin embargo, los intereses de éstas fueron defendidos por los Países Bajos, con base en el artículo 105 de la Carta de Naciones Unidas.

⁴¹ Judgments from the District Court of The Hague in proceedings brought against the Netherlands and the United Nations with respect to Srebrenica, *op. cit.*, nota 14, p. 437.

Como consecuencia, las reclamaciones con base al Acuerdo de 1946 sólo pueden ser resueltas por las Naciones Unidas en el ámbito del derecho internacional público.

5. Sección 30. *La Corte Internacional de Justicia*

La sección 29 únicamente ofrece procedimientos, los cuales están sujetos a la discrecionalidad y arbitrariedad de las Naciones Unidas. Al parecer, la sección 30 de la Convención de 1946 ofrece la posibilidad de una revisión por parte de la Corte Internacional de Justicia. Textualmente menciona lo siguiente:

Sección 30. Todas las diferencias que surjan de la interpretación o aplicación de la presente convención, serán referidas a la Corte Internacional de Justicia, a menos que en un caso determinado, las partes convengan en recurrir a otra vía de solución. Si surge una diferencia de opinión entre las Naciones Unidas por una parte, y un Miembro por la otra, se solicitará una opinión consultiva sobre cualquier cuestión legal conexas, de acuerdo con el Artículo 96 de la Carta y el Artículo 65 del Estatuto de la Corte. La opinión que dé la Corte será aceptada por las partes como decisiva.

El principal objetivo de la sección 30 es el establecimiento de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para conflictos entre Estados, tal como está previsto en el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De la misma manera, establece la posibilidad de que ésta proporcione una opinión consultiva para la interpretación de la Convención de 1946 entre las Naciones Unidas y sus Estados miembros. Es decir, la Corte se puede expresar mediante una opinión sobre cualquier cuestión de la inmunidad de la ONU. Sin embargo, es importante señalar que el proceso de la opinión consultiva está sujeto a los procedimientos dispuestos en los artículos 96 de la Carta de las Naciones Unidas y 65 del Estatuto de la Corte, lo que significa que el derecho de iniciativa corresponde a los órganos de las Naciones Unidas.

Como se puede observar, en el texto de la sección 30 no se contempla la participación de individuos, a diferencia de la sección 29. Es decir, los individuos no tienen *ius standi* ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Ellos dependen más bien de la voluntad de sus Estados al defender sus intereses. Como los Estados no tienen el derecho de iniciativa para solicitar una opinión consultiva ante la CIJ, dependen entonces de otros Estados, los

cuales apoyan la petición de la Corte dentro de la Asamblea General. Y aun así, sería la misma Asamblea General, y no el Estado —y mucho menos el individuo afectado— quien formularía las preguntas concretas de la opinión consultiva.⁴²

No obstante que la revisión contempla un tribunal independiente, podríamos afirmar que la sección 30 es igual a un método insuficiente para supervisar el concepto de la inmunidad de las Naciones Unidas de manera eficiente e independiente. Primero, porque los individuos no cuentan con el *ius standi*. Incluso los Estados, como defensores de sus ciudadanos, dependen del apoyo de otros Estados dentro de la Asamblea General. Si bien estas cuestiones se pueden resolver mediante una reforma a la Convención de 1946, aun así la CIJ sería el lugar inadecuado para solucionar estas problemáticas, ya que es un foro que se dedica a conflictos casi exclusivamente interestatales.

En 1949, la Asamblea General solicitó ante la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre las retribuciones del personal de la ONU, que han sido heridos en el desempeño de sus servicios. La CIJ, basando su argumentación en las obligaciones y los derechos de la Convención de 1946, reconoció la personalidad jurídica de las Naciones Unidas y la posibilidad de exigir los derechos de sus agentes frente a los Estados en el derecho internacional público. La Corte fue más allá del clásico concepto de la protección diplomática, y argumentó que los “agentes con misiones importantes a realizar en partes perturbadas del mundo” requieren de una protección especial.⁴³ La opinión consultiva no solamente se enfoca en los derechos de las Naciones Unidas, sino también se puede referir a sus respectivas obligaciones; quiere decir que otros actores del derecho internacional pueden exigirle derechos.

Sin embargo, existe la controversia de la inmunidad de las Naciones Unidas, ya que no se trata de un típico conflicto entre dos sujetos del derecho internacional, sino que afecta más bien a individuos, y como consecuencia tiene más el carácter de problemas de derechos humanos. Una revisión por parte de órganos de derechos humanos pareciera mucho más factible que uno de la Corte Internacional de Justicia.

⁴² Wouters, Jan y Schmitt, Pierre, “Challenging Acts of other United Nations’ Organs, Subsidiary Organs and Officials”, *Leuven Centre for Global Governance Studies*, Working Paper núm. 49, 2010, pp. 40, p. 35; Wellens, Karel, *op. cit.*, nota 34, p. 231.

⁴³ International Court of Justice, “Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations”, Advisory Opinion of April 11th, 1949, *International Court of Justice Reports*, 1949, p. 174.

IV. LA INMUNIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. *Posibles límites a la inmunidad de las Naciones Unidas por parte del derecho internacional*

Ya hemos mencionado que la inmunidad de las Naciones Unidas, tal como está descrita en el artículo 105 de su respectiva Carta y en la Convención de 1946, nació en términos absolutos y derivada de la inmunidad estatal. Desde entonces, la inmunidad de los Estados-naciones ha sido restringida de diversas maneras, ya sea mediante la descrita limitación a actos *iure imperii* o bien mediante el derecho penal internacional o los derechos humanos.

En este contexto, no es sorprendente que los argumentos para restringir la inmunidad de las Naciones Unidas nacieran de la práctica correspondiente frente de los Estados nacionales. Son las mismas Naciones Unidas las que esperan que estas tendencias tengan influencia en su propia inmunidad. Así lo reconocen en un reporte de 1985, que,

Aunque directamente no se aplica a las organizaciones internacionales, la doctrina versátil de la inmunidad estatal [...] de los estados soberanos inevitablemente tendrá un impacto en las actividades de las organizaciones internacionales desde el punto de vista de las cortes nacionales.⁴⁴

Consecuentemente, los argumentos que presentan las víctimas en procesos frente a cortes nacionales para limitar la inmunidad, tanto de Estados nacionales como de organizaciones internacionales, son muy similares, y se concentran en dos conceptos principales. Primero, argumentan con base en una violación de sus derechos humanos. Segundo, con el concepto de *ius cogens*, figura imperativa y de carácter superior del derecho internacional,⁴⁵ el cual, según la argumentación, se encuentra jerárquicamente por encima del concepto de inmunidad. A continuación analizaremos estos dos argumentos para limitar el concepto de inmunidad.

⁴⁴ Secretaría de las Naciones Unidas, *Relations between States and international organizations (second part of the topic). The practice of the United Nations, the specialized agencies and the International Atomic Energy Agency concerning their status, privileges and immunities: study prepared by the Secretariat*, A/CN.4/L.383 and Add. 1-3, 28.7.1985, p. 161.

⁴⁵ Véase para ello el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 U.N.T.S. 331.

2. *Derechos humanos*

Además de los argumentos de la sección 29 de la Convención de 1946, el señor Manderlier alegó en el proceso contra las Naciones Unidas en una corte nacional de Bélgica, que debido a la inmunidad de las Naciones Unidas se estaban violando sus derechos a un proceso justo, tal como está descrito en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos.⁴⁶ La Corte nacional desestimó esta argumentación, ya que las Naciones Unidas no son miembros de la Convención Europea, y además la Declaración de Universal no es un instrumento vinculante, y cuenta sólo con el carácter de una recomendación.⁴⁷

Aproximadamente cuarenta años después, *las Madres de Srebrenica* desarrollaron una argumentación similar en su demanda contra las Naciones Unidas frente a las cortes nacionales de los países bajos. La asociación argumentó sobre sus derechos a un proceso indicado bajo el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos e igualmente con base en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁸ Tanto la Corte de primera instancia como la Corte de apelación ya no entraron de fondo al problema, dado que las Naciones Unidas no son parte de los tratados de derechos humanos, y se basan en el carácter consuetudinario del derecho.⁴⁹ La cuestión principal en este caso es ¿bajo cuáles circunstancias el derecho a un proceso justo puede limitar el derecho de inmunidad?

La jurisprudencia respecto a la relación de inmunidad y un debido proceso existe sobre todo en temas laborales. Las organizaciones internacionales generalmente gozan de inmunidad frente a sus Estados miembros, y sobre todo frente a su Estado anfitrión por los tratados internacionales que sostienen entre ellos. Tal como lo realizó la ONU mediante su Convención de 1946, las cuestiones laborales entre organizaciones laborales y sus empleados no pueden ser resueltas ante las cortes laborales del Estado anfitrión. Sin embargo, existe una amplia aceptación entre cortes nacionales y de de-

⁴⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 217 A (III); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 213 U.N.T.S. 222.

⁴⁷ Belgium, Civil Tribunal of Brussels, *Manderlier vs. Organisation des Nations Unies and État Belge (Ministre des Affaires Étrangères)*, cit., nota 38, p. 452.

⁴⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171.

⁴⁹ Véase, sobre todo, Appeal Court in The Hague, *Association of Citizens Mothers of Srebrenica vs The State of the Netherlands and the United Nations*, cit., nota 14, párrafo 5.1.

rechos humanos, especialmente en Europa, para limitar estos derechos. Así lo dijo la Corte Europea de Derechos Humanos en un caso contra la Agencia Espacial Europea:

Para la Corte, un factor importante en la determinación de si la concesión de inmunidad de jurisdicción de la ESA... es admisible en el contexto de la Convención [Europea de Derechos Humanos] es, si los demandantes tenían a su disposición los medios alternativos para proteger eficazmente su derechos...⁵⁰

Las organizaciones internacionales generalmente disponen a sus empleados, mecanismos internos para resolver cuestiones laborales, ya sea a través del tribunal administrativo de la Organización Internacional de Trabajo⁵¹ o en el caso de las Naciones Unidas, mediante tribunales propios.⁵² De esta manera, los empleados de organizaciones internacionales tienen a su disposición un sistema efectivo e independiente, sujeto incluso a la revisión subsidiaria de las instituciones de derechos humanos.

En la cuestión planteada por *las Madres de Srebrenica*, la Corte de apelación evaluó si en este caso de daños y perjuicios deberían estar medios alternos eficaces al alcance de las víctimas. Todas las partes en el proceso admitieron que el sistema interno de la sección 29 era insuficiente. Sin embargo, esta falta interna no era decisiva para la Corte, resolviendo que el medio eficiente para las víctimas debía ser la persecución de las personas que cometieron el delito y el Estado responsable para ellos.⁵³

Con esta argumentación, la Corte pareció mezclar las responsabilidades activas del Estado y sus representantes, con las posibles obligaciones que tienen las Naciones Unidas para mantener la paz y seguridad internacionales, tal como está definido de manera abstracta en los principios del artículo 1o. de la Carta, y como lo hicieron de forma concreta, declarando Srebrenica como zona segura, con base en la resolución 819 del Consejo de Seguridad. Son estos hechos los que pueden causar responsabilidades de Naciones

⁵⁰ European Court of Human Rights, *Case of Waite and Kennedy vs Germany*, 1999, párrafo 68, traducción al español por parte del autor. Para más ejemplos de la jurisprudencia véase Reinisch, August, *op. cit.*, nota 37, pp. 290 y p. 305, o bien Hailbronner, Kay, "Immunity of International Organizations from German National Jurisdiction", *Archiv des Völkerrechts*, 2004, año 42, núm. 3, p. 330.

⁵¹ Para mayores detalles véase <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/> (1.9.2010).

⁵² Véase <http://www.un.org/es/oaj/unjs/> (1.9.2010).

⁵³ Appeal Court in The Hague, *Association of Citizens Mothers of Srebrenica vs. The State of the Netherlands and the United Nations*, *cit.*, nota 14, párrafo 5.13.

Unidas conforme a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,⁵⁴ los cuales requieren una revisión por parte de un cuerpo independiente. La resolución de ello resulta trascendental; sin embargo, no a través de la remisión de la responsabilidad a los Estados, tal como lo hizo la Corte neerlandesa. Como señala Singer, puede haber casos en los cuales una organización internacional viola derechos humanos expresamente protegidos por el derecho internacional. En este caso, el Estado en el cual se produce la violación en sí puede violar el derecho internacional mediante la concesión de la inmunidad jurisdiccional a la organización internacional.⁵⁵

Además de los casos contra organizaciones internacionales, existe igual jurisprudencia similar, que incluye la relación de los derechos humanos con la inmunidad que gozan los Estados. Como la inmunidad de los Estados tiene los objetivos muy parecidos y han surgido de las mismas raíces históricas, pueden servir de ejemplos.

El caso clave en esta temática es el caso *Al-Adsani contra el Reino Unido*, asunto que se desarrolló con base en la Convención Europea de Derechos Humanos. El señor Al-Adsani fue un piloto kuwaití durante la Segunda Guerra del Golfo. En este periodo llegaron a su posesión ciertas cintas de video con contenido sexual de un jeque influyente en el gobierno de Kuwait. Después de la ocupación iraquí, el gobierno de Kuwait detuvo y torturó al señor Al-Adsani, el cual, en agosto de 1991, aprovechó una estancia en el Reino Unido para demandar a Kuwait ante tribunales británicos. Sin embargo, las cortes británicas negaron la admisibilidad del caso basándose en la inmunidad kuwaití frente a tribunales extranjeros. Como consecuencia, el señor Al-Adsani demandó al Reino Unido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aludiendo una violación de su derecho a un debido proceso, tal como está estipulado en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁵⁶

La Corte Europea de Derechos Humanos en su resolución distingue entre la responsabilidad penal internacional y la responsabilidad civil en casos de violación de derechos humanos. Mientras que la Corte reconoce una prác-

⁵⁴ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 78 U.N.T.S. 277.

⁵⁵ Singer, Michael, *op. cit.*, nota 22, p. 89; véase también Bodeau-Livinec, Pierre *et al.*, “Agim Behrami & Bekir Behrami vs. France; Ruzhdi Saramati vs. France, Germany & Norway. Joined App. Nos. 71412/01 & 78166/01”, *The American Journal of International Law*, año 102, núm. 2, 2008, pp. 323-331. En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró ciertas violaciones de derechos humanos en Kosovo por parte de la *Kosovo Force* (KFOR) atribuibles a las Naciones Unidas.

⁵⁶ European Court of Human Rights, *Case of Al-Adsani vs The United Kingdom*, 2001.

tica existente para limitar la inmunidad para los supuestos de responsabilidad penal, no llega a la misma conclusión para demandas de derecho civil contra un Estado extranjero. La Corte observa una creciente importancia de los derechos humanos en esta temática, pero al final no encuentra una aceptación basada en el derecho internacional, que un Estado no tenga derecho a inmunidad de demandas civiles por daños y perjuicios, aun en casos de graves violaciones de derechos humanos.⁵⁷

El caso *Al-Adsani* es notable, por dos razones. Primero, es el asunto clave en la materia, esto es, que todos los casos siguientes que tratan la relación entre inmunidad y derechos humanos se basan en él. Tanto una Corte nacional canadiense en un caso similar de tortura contra el Irán⁵⁸ como el caso neerlandés de *las Madres de Srebrenica*⁵⁹ se sostienen en su argumentación. Por otra parte, es importante señalar que el caso solamente fue decidido con un voto de diferencia; es decir, de los diecisiete jueces que integraron la Gran Sala, nueve votaron a favor y ocho en contra de la sentencia.⁶⁰ Es obvio que la resolución con una mayoría tan estrecha tiene mucho menos poder de sentar un precedente sólido, que si hubiera sido aprobada por una amplia mayoría o por unanimidad.

3. *Ius cogens*

En el caso *Al-Adsani* y en el de *las Madres de Srebrenica* se presentaron argumentos *ius cogens*, que pueden limitar la inmunidad que gozan los Estados y las organizaciones internacionales.

Como es bien sabido, las normas de *ius cogens* tienen un carácter destacado e imperativo en el derecho internacional, los cuales no permiten acuerdos en contrario. Una norma de *ius cogens* puede ser positiva o bien basarse en derecho consuetudinario, pero su existencia siempre se debe comprobar mediante una *opinio iuris* intensificada.⁶¹ Si bien de esta manera no exis-

⁵⁷ *Ibidem*, párrafos 61-66.

⁵⁸ Ontario Superior Court of Justice, *Bouzari vs. Iran*, 2002, *O.J.*, núm. 1624, Court File Núm. 00-CV-201372.

⁵⁹ Judgments from the District Court of The Hague in proceedings brought against the Netherlands and the United Nations with respect to Srebrenica, *op. cit.*, nota 14, párrafo 5.20.

⁶⁰ Se recomienda la lectura de las fuertes críticas por parte de los jueces disidentes en la parte final de la sentencia *Al-Adsani*.

⁶¹ Pellet, Alain, "Article 38", en Zimmermann, Andreas (comp.), *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 777, párrafo 279.

te una definición cien por cien aceptada sobre cuáles derechos concretos tienen este carácter, sí está universalmente aceptado que la prohibición de tortura —el caso *Al-Adsani*—, como la prohibición del genocidio —el caso de *las Madres de Srebrenica*— son *ius cogens*.⁶²

En el caso *Al-Adsani*, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció una tendencia general en el derecho internacional, según la cual una violación de *ius cogens* puede ser una excepción de inmunidad. Dicha tendencia se reduce a casos que tratan la responsabilidad personal de individuos como representantes de Estados,⁶³ pero no implica la limitación de la inmunidad directa de los Estados. En 1999, en un reporte preparativo para la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, la Comisión de Derecho Internacional reconoció que existe una cierta tendencia de limitar la inmunidad estatal en casos de una violación de *ius cogens*, pero llegó a la conclusión de que en la mayoría de ellos prevalecía la inmunidad.⁶⁴ Sustentándose en el fallo de la Corte Europea, una Corte nacional de Canadá llegó en un caso muy similar a la misma conclusión.⁶⁵

En este sentido, también resulta interesante la opinión que emitió el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, entre ellos el juez Antonio Cassese, en el caso *Furundžija*. Al analizar la relación entre la prohibición de tortura y *ius cogens*, los jueces argumentaron que

No tendría sentido argumentar, por una parte, que, a causa del valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o normas consuetudinarias que prevé la tortura sería nula y sin efecto desde un principio, y luego acordar de un Estado por ejemplo, adoptar medidas nacionales que autoriza o permite la tortura o de absolver a sus autores a través de una ley de amnistía... Actas podrían ser presentadas por las víctimas potenciales si tenían legitimación para recurrir ante un órgano judicial competente internacional o nacional, con miras a pedir para sostener la medida nacional como internacionalmente ilícito, o la víctima puede presentar una demanda civil por daños en un tribu-

⁶² Véase, entre muchos, Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 510-512.

⁶³ European Court of Human Rights, *Case of Al-Adsani vs The United Kingdom*, 2001, párrafo 61, citando los casos *Pinochet* y *Furundžija*.

⁶⁴ International Law Commission, "Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session", 3 May - 23 July 1999, *Official Records of the General Assembly, Fifty-fourth session, Supplement No. 10*, 1999, p. 172 párrafos 6 y 7.

⁶⁵ Ontario Superior Court of Justice, *Bouzari vs. Iran*, 2002, O.J. Núm. 1624 Court File Núm. 00-CV-201372, párrafo 62.

nal extranjero, por lo que se pedía, en particular no tener en cuenta el valor jurídico del acto nacional de pagos.⁶⁶

La Corte Internacional de Justicia hasta la fecha sólo se expresó en el caso *Orden de Arresto entre la República Democrática del Congo y Bélgica*. Al analizar la legalidad de una orden de detención de Bélgica contra un ex ministro del Congo, la Corte llegó a la conclusión de que no existe una práctica o excepción establecida que limite la inmunidad jurisdiccional.⁶⁷

De la misma manera, fueron rechazados los argumentos de *ius cogens* en el caso de *las Madres de Srebrenica*. La Corte neerlandesa se negó a ver una posible limitación de la inmunidad de las Naciones Unidas basada en el *ius cogens* y, como consecuencia, no entró a su valoración, como lo propusieron las víctimas del genocidio.⁶⁸

Sin embargo, existen dos ejemplos importantes sobre la limitación de la soberanía estatal con base en *ius cogens*. Tanto la Corte suprema de Grecia como la de Italia reconocieron reclamos de daños y perjuicios por parte de civiles contra Alemania por crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial. Como las reparaciones de guerras se regulan como cualquier conflicto de derecho internacional público entre los Estados, las cortes nacionales tenían que recurrir al *ius cogens* para romper la inmunidad alemana. Mientras que la decisión griega muestra algunas debilidades en su argumentación,⁶⁹ la Corte Suprema de Italia analizó detalladamente la práctica estatal en la materia. La Corte italiana concluyó que se encontraban en un constante proceso de erosión del clásico derecho de inmunidad en actos estatales.⁷⁰ Como Alemania no aceptó esta limitación de su inmunidad frente las cortes nacionales italianas, demandó a Italia en la CIJ, donde actualmente el caso se encuentra pendiente.⁷¹ La resolución de la CIJ, que

⁶⁶ International Tribunal for the Territory of Former Yugoslavia, Prosecutor vs. Anto Furundžija, 10.12.1998, IT-95-17/1-T, p. 59-60, párrafo 155.

⁶⁷ International Court of Justice, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium), 2002, ICJ Reports, 2002, 3, p. 24, párrafo 58.

⁶⁸ Judgments from the District Court of The Hague in proceedings brought against the Netherlands and the United Nations with respect to Srebrenica, *op. cit.*, nota 14, párrafo 5.21.

⁶⁹ Gavouneli, Maria y Bantekas, Ilias, "Prefecture of Voiotia vs Federal Republic of Germany. Case núm. 11/2000", *The American Journal of International Law*, año 95, núm. 1, 2001, p. 204.

⁷⁰ Andrea, Bianchi, "Ferrini vs. Federal Republic of Germany", *The American Journal of International Law*, año 99, núm. 1, 2005, p. 242.

⁷¹ Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy), <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=ai&case=143&k=60> (1.9.2010).

se espera para el 2011, será la primera que se exprese sobre la inmunidad estatal en relación con *ius cogens*, y seguramente va a aclarar cuestiones importantes en esta materia.

4. *¿Límites a la inmunidad?*

En todo lo anterior hemos visto que existen buenos argumentos para limitar el concepto de la inmunidad, tanto por razones de derechos humanos⁷² como por *ius cogens*. Pero también se han señalado otros argumentos del porqué no es así. Tal y como dijo la Corte italiana en el caso *Ferrini*, nos estamos enfrentando a una erosión del clásico concepto de inmunidad, y cada vez se desarrollará más práctica estatal al respecto. Y a pesar de no contar con ésta, la CIJ, muy probablemente en el actual caso *Alemania vs. Italia*, no dé el paso decisivo para respaldar esta limitación, llegará el momento cuando concluirá la formación de una *opinio iuris* al respecto.

La diferencia entre la inmunidad estatal y la de las organizaciones internacionales es mínima en su contenido y alcances, mas no en sus consecuencias, porque mientras que todos los Estados, aunque de diferente grado, están sujetos a supervisión internacional en el cumplimiento de sus obligaciones, las Naciones Unidas carecen totalmente de un control de este tipo. Pero de esta manera, y junto con un efectivo e independiente proceso con base en la sección 29 de la Convención de 1946, será más probable que una Corte nacional limite los derechos de la ONU a una inmunidad por falta de otros medios eficaces, tal como se hizo ya en el citado caso *Waite & Kennedy* en materia laboral.

Como la inmunidad de la ONU cumple el importante objetivo de garantizar su independencia frente a sus Estados miembros, tenemos que plantear la cuestión de si conviene a la ONU que erosione su inmunidad ante las Cortes nacionales. La respuesta es obviamente que no, también porque correría el riesgo de no producir una línea de jurisprudencia uniforme por parte de las diferentes cortes nacionales. Pero sobre todo, las Naciones Unidas, como uno de los grandes promotores de derechos humanos en el mundo, deben aceptar estas nuevas tendencias en materia de inmunidad; reconocer tanto los derechos humanos que nacieron en su seno como también el concepto del *ius cogens* como fundamento del derecho internacional, y desarrollar respecto de sus hechos, una revisión independiente y básica del derecho internacional.

⁷² Sobre todo en el contexto de la Convención Europea de Derechos Humanos.

V. LA INMUNIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL

Actualmente, uno de los proyectos más ambiciosos dentro de las Naciones Unidas es sin duda la iniciativa de Austria con el apoyo de otros Estados, entre ellos México, sobre la creación de un Estado de derecho internacional, la cual concluyó en 2008 en un informe a la Asamblea General.⁷³ De la misma manera, la Asamblea General afirmó ya en una resolución del 2005, *inter alia*, el compromiso de las Naciones Unidas,

...con los propósitos y principios de la Carta y el derecho internacional, así como con un orden internacional basado en el imperio de la ley y el derecho internacional, que es esencial para la coexistencia pacífica y la cooperación entre Estados.⁷⁴

Los resultados de la iniciativa austriaca tienen su principal fundamento en varios trabajos y conferencias científicos sobre la temática, en los cuales participaron expertos de alto reconocimiento internacional, como Simon Chesterman, Alain Pellet o Thomas M. Franck. De esta manera, no sólo nos enfrentamos con una iniciativa política de unos Estados, sino sobre todo refleja importantes partes de la doctrina al respecto.

Partiendo de la tradición alemana de Weimar, ya existe una abundante literatura y discusión sobre qué comprende el Estado de derecho a nivel nacional, y aunque todavía sujeto a discusiones generales y particularidades nacionales y regionales, existe un consenso más o menos generalizado sobre su contenido y sus características.⁷⁵ Por el otro lado, en el derecho

⁷³ A /63/69, S /2008/270; Chesterman, Simon, "The UN Security Council and the Rule of Law", *United Nations General Assembly Security Council, Doc. A/63/69-S/2008/270*, 2008.

⁷⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Documento Final de la Cumbre Mundial, A/RES/60/1, párrafo 134. A partir del 2005, la Asamblea General reitera este compromiso anualmente. Igualmente es notable que la Asamblea General tiene desde 1993 el "Fortalecimiento del Estado de Derecho" (véanse como ejemplo Asamblea General de las Naciones Unidas, *Fortalecimiento del estado de derecho*, A/RES/48/132) en su agenda, destacando también desde 2005, el carácter internacional del Estado de derecho. También en la *Declaración del Milenio*, la Asamblea alude al Estado de derecho, cuando se refiere en los párrafos 9, 24 y 30 a la paz, la seguridad, el desarmamiento, a los derechos humanos y al fortalecimiento de la Corte Internacional de Justicia (Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración del Milenio*, A/RES/55/2).

⁷⁵ Para un resumen véase Chesterman, Simon, "An International Rule of Law?", *American Journal of Comparative Law*, año 56, núm. 2, 2008, pp. 331-370.

internacional público la idea de un Estado de derecho es muy novedosa, y, como consecuencia, hasta la fecha existe muy poca discusión dentro de la doctrina sobre sus aspectos y contenido, ya sea en su definición teórica como en sus contenidos prácticos.⁷⁶

Simon Chesterman es sin duda el autor que más destaca en el debate sobre el Estado de derecho internacional. Ha publicado numerosos trabajos sobre el tema. De acuerdo con ellos, resulta indiscutible que el Estado de derecho depende de su aplicabilidad en el sistema muy particular que establece el derecho internacional público; esto es, que no se pueden aplicar los elementos ya existentes, establecidos en la discusión sobre el Estado de derecho a nivel nacional.⁷⁷ Chesterman ha identificado tres elementos claves y generales para considerar un Estado de derecho internacional: el derecho internacional no debe ser arbitrario, llevar un imperio de la ley, y contener elementos de protección de individuos.⁷⁸ La mencionada resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas también alude a la importancia del imperio de la ley, lo cual parece ser el elemento clave de un Estado de derecho internacional.

Si estos criterios para considerar un Estado de derecho internacional se enfocan principal o únicamente a Estados, o bien si serían aplicables de la misma manera a las Naciones Unidas, todo ello es parte de una gran incertidumbre. Por una parte, las Naciones Unidas no son parte de ningún tratado de derechos humanos, los cuales fueron negociados bajo sus auspicios, y son monitoreados a través de sus agencias. Eso muestra las funciones clásicas de las Naciones Unidas, bajo la premisa que son los Estados que violan los derechos humanos.

Por el otro lado, que las Naciones Unidas asuman cada vez más los clásicos poderes estatales, tal como lo requieren sus nuevas funciones de establecimiento de la paz.⁷⁹ Si las Naciones Unidas están garantizando la seguridad para ciertas áreas, o bien, incluso administrando territorios enteros, también deben estar sujetos a los derechos humanos, y de manera específica al Estado de derecho internacional.

El sistema de inmunidad de las Naciones Unidas tiene su base legal en el artículo 105 de la Carta y la Convención de 1946; establece así reglas

⁷⁶ Para ver en detalle las diferentes teorías sobre qué comprende un Estado de derecho internacional véase el trabajo de José Ruiz en este volumen.

⁷⁷ Chesterman, Simon, "An International Rule of Law?", *American Journal of Comparative Law*, año 56, núm. 2, 2008, p. 369.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 368.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 358.

concretas sobre su inmunidad. Debido a que las Naciones Unidas ceden voluntariamente su inmunidad, este sistema funciona sin mayores problemas en sus relaciones contractuales, sus asuntos laborales, así como también en casos de accidentes con un alcance menor. Mientras que de esta manera las Naciones Unidas se respaldaron de muchas demandas y, sobre todo, de un debate sobre su sistema de inmunidad, se muestra su arbitrariedad fundamentalmente en sus nuevas funciones después de la guerra fría.

Según la sección 29 de la Convención de 1946, la ONU debe tomar medidas para resolver disputas de derecho privado en los cuales está involucrada; ello incluye claramente casos de daños y perjuicios en sus operaciones de mantenimiento de la paz. Sin embargo, dependen, tanto la cesión voluntaria de la inmunidad como las comisiones basadas en la sección 29, de la cooperación, y como consecuencia, de la arbitrariedad del secretariado. Es cierto que la inmunidad de las Naciones Unidas tiene una importancia fundamental de garantizar la independencia de la Organización frente a los Estados, pero de esta manera se justifica la arbitrariedad o, más bien, la discrecionalidad en la cesión de la inmunidad hacia cortes nacionales. El problema radica más bien en que la Convención de 1946 carece de procedimientos eficientes y eficaces para la resolución de conflictos dentro del mismo sistema de las Naciones Unidas. Por ende, no existe un mecanismo que garantice la protección de los individuos frente a actos que cometan las Naciones Unidas, sobre todo en sus cada vez más ampliadas operaciones para mantener la paz y la seguridad internacionales.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Regresando a nuestra pregunta inicial ¿quién vigila a las Naciones Unidas?, tenemos que contestar: nadie, y como mucho las mismas Naciones Unidas.

Como hemos visto a lo largo del presente análisis, las Naciones Unidas gozan de inmunidad frente a cualquier jurisdicción nacional. Esta inmunidad —estipulada en el artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas y detallada a través de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas de 1946— juega un papel muy importante para preservar la independencia de la ONU frente a sus Estados miembros. Como consecuencia, la demanda de la asociación *Madres de Srebrenica* contra las Naciones Unidas sobre su responsabilidad en el genocidio en Bosnia y Herzegovina fue rechazada por una corte neerlandesa.

A parte de todo ello, la sección 29 de la Convención de 1946 establece que las Naciones Unidas están obligadas a tomar medidas adecuadas para la solución de disputas de derecho privado. Por esta misma razón, la ONU cede voluntariamente su inmunidad en casos de accidentes menores, establece un sistema de arbitraje en sus relaciones contractuales, o bien dispone de una jurisdicción interna independiente para cuestiones laborales.

Se deduce claramente de la práctica de las Naciones Unidas, que reclamos de daños y perjuicios de operaciones de mantenimiento de la paz son igual una parte del derecho privado y, como consecuencia, es la sección 29 de igual modo aplicable a estos casos. Las Naciones Unidas resuelven estos reclamos mediante comisiones locales, las cuales están únicamente compuestas por personal de la ONU, y así carecen de independencia y tienden a tomar decisiones institucionales. Al final hay que considerar estas comisiones arbitrarias, como muestra también que a *las Madres de Srebrenica* nunca les fue ofrecida una conciliación de este tipo. De esta manera, la fuerte organización internacional está abusando de su poder y de su inmunidad frente a los individuos desprotegidos.⁸⁰

Otros instrumentos del derecho internacional público, en concreto de derechos humanos y *ius cogens*, tampoco pueden romper la inmunidad de las Naciones Unidas para garantizar los derechos de los individuos. Aunque en la actualidad existen tendencias de limitar la inmunidad de los Estados —la cual comparte muchos elementos de la inmunidad de organizaciones internacionales— en este sentido, todavía no podemos hablar de una práctica aceptada y establecida. La actual demanda *Alemana contra Italia* ante la CIJ seguramente va a ayudar en la clarificación de esta cuestión, pero hasta el momento todo indica que a lo largo se va a limitar la inmunidad estatal en casos de violación de derechos humanos o *ius cogens*.

De la misma manera, una práctica igual de romper la inmunidad de organizaciones internacionales no existe todavía, pero teniendo en mente la importancia de la independencia de las Naciones Unidas frente sus Estados miembros, nos tenemos que preguntar si esto sería un resultado deseado, ya que significaría la revisión de actos de la ONU por parte de tribunales nacionales. Y aparte de perder la autonomía frente a los Estados miembros, también significaría una interpretación heterogénea de la jurisprudencia al respecto, por los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

Conociendo estas circunstancias y debilidades, resulta obvio que el sistema de inmunidad de las Naciones Unidas —y a pesar de una definición

⁸⁰ En este sentido, Reinisch, August, *op. cit.*, nota 37, p. 289.

exacta— no cumple con los criterios de un Estado de derecho internacional. Tal como estableció la CIJ en su opinión consultiva de 1949, las Naciones Unidas portan derechos y obligaciones internacionales al respecto, y la resolución a este problema consecuentemente sólo se puede encontrar dentro del mismo derecho internacional, ya sea mediante una reforma de los métodos de la Convención de 1946, una revisión por parte de la Corte Internacional de Justicia o bien mediante una suscripción de los tratados de derechos humanos por parte de la ONU.

Evidentemente, todas estas posibilidades tienen ventajas y desventajas, y deben ser discutidas en investigaciones siguientes y en conformidad con el actual debate sobre el Estado de derecho internacional.